

DOCTRINA

Servicialidad del Estado, no subsidiariedad: Hacia una reinterpretación del artículo 1 de la Constitución chilena de 1980

*State service, not subsidiarity: Towards a reinterpretation
of article 1 of the Chilean Constitution of 1980*

Patricio Ponce Correa 

Universidad de Tarapacá, Chile

RESUMEN El presente ensayo trata del contenido de la servicialidad del Estado, consagrada constitucionalmente, a fin de establecer que es este último principio el que encabeza el marco axiológico fundamental destinado a dirigir el actuar del Estado chileno. Sostiene que el artículo 1 de la Constitución impone al aparato público un deber activo de permanente adecuación de sus funciones hacia la consecución del bien común, tutelando intereses individuales y colectivos. Dicha premisa resulta contraria a la idea de reducción del Estado, que ha prosperado bajo cierta interpretación constitucional ligada a la noción de subsidiariedad.

PALABRAS CLAVE Servicialidad, subsidiariedad, servicio público, Estado, Constitución.

ABSTRACT This essay addresses the content of the State service, constitutionally enshrined, and maintains that this principle heads the fundamental axiological framework intended to guide the actions of the Chilean State. It maintains that article 1 of the Constitution imposes on the State an active duty of permanent adaptation of its functions towards the achievement of the common good, protecting individual and collective interests. This premise is contrary to the idea of reduction of the State, which has flourished in Chile under a certain constitutional interpretation linked to the notion of subsidiarity.

KEYWORDS State service, subsidiarity, public service, State, Constitution.

Planteamiento

La construcción axiológica en torno al Estado, como forma de organización política moderna, ha registrado sustanciales cambios a lo largo del tiempo. Entre los principios que con mayor relevancia han marcado esta evolución conceptual en el último período, cabe considerar la noción de servicialidad del aparato público (Burdeau, 1975: 159).¹

A partir del siglo XX, la concepción del Estado evidencia un nuevo paradigma, que se aparta de la tipología liberal de fines del siglo XVII y lo posiciona como un ente responsable del desarrollo social, tanto individual como colectivo (Cerde Medina, 1995: 75-82).² Sujeto a una lógica de prestaciones ejecutadas en cumplimiento de obligaciones normativas y no meras concesiones gratuitas, el aparato público interactúa bajo un enfoque de derechos y condiciones exigibles por los ciudadanos (Carré de Malberg, 2000: 230).³

En el plano europeo, por ejemplo, se ha consagrado abiertamente el «derecho a una buena administración» en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁴ Esta línea también ha sido recogida en el ámbito sudamericano, donde se plantea la necesidad de que la función pública se centre en las personas (Del-piazzo, 2014) y que el Estado cumpla obligaciones y condiciones de actuar específicas en favor de estas últimas (Padilla Linares, 2010).

1. Burdeau señala: «La segunda mitad del siglo XX se halla dominada por un nuevo fenómeno: la expansión económica consciente, continua y socializada. [...] En la perspectiva abierta por este descubrimiento, la dinámica política sufre una conversión por el hecho de que las fuerzas de movimiento, en vez de poner en cuestión el orden establecido, se apoyan en él para transformarlo. El papel del poder no es ya el de instrumento de quienes niegan la sociedad establecida ni el del servidor de los que de ella se aprovechaban, sino el de extraer, de esa misma sociedad, las fuerzas susceptibles de promover su cambio».

2. Mario Cerde Medina anota que el «Estado de derecho liberal funcionó adecuadamente desde fines del siglo XVIII y con mayor eficiencia durante el siglo XIX y parte del siglo XX, aunque también en esos períodos emergen otras concepciones políticas acerca del orden social deseable, con amplia difusión y eco, en la época de la primera y segunda guerras mundiales, provocando el agrietamiento, y hasta el ocaso, de las instituciones políticas establecidas a partir del constitucionalismo inglés, francés y norteamericano (altibajos del individualismo, democracia, representación, parlamentarismo, libertad, justicia, para señalar algunos)».

3. Carré de Malberg expone que «el individuo, como persona, posee ciertas facultades, inherentes a su misma cualidad de hombre o de ciudadano, y que, por lo tanto, no son producto de un acto de potestad estatal y cuya consagración, por la ley positiva, no se puede considerar, por eso mismo, como concesión benévola o medida de favor consentida arbitrariamente por el Estado».

4. Dicha norma prescribe: «Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua».

Así, hoy, las obligaciones estatales no se agotan por el solo cumplimiento de deberes de abstención y reconocimiento de esferas de autonomía privada individual, sino que conllevan la ejecución de actividades de diversa índole, destinadas a potenciar el desarrollo de todos los actores sociales (Heller, 1983: 221).⁵ A consecuencia de ello, corresponde entender el Estado como un instrumento activo, cuya existencia teleológica propende hacia el desarrollo social, tanto individual como colectivo.

Esta visión parece recogida por el inciso 4 de la Constitución Política de la República de Chile,⁶ norma que ha llevado a parte importante de la doctrina publicista nacional, especialmente en el ámbito administrativo, a identificar la existencia de un principio constitucional de servicialidad del Estado (Soto Kloss, 1995: 13-28; Pantoja Bauzá, 2004: 168; Cordero Vega, 2015: 108; Celis Danzinger, 2019: 203; entre otros).

No obstante, tanto la doctrina (Vivanco, 2006: 34; Nogueira Alcalá, 2012: 573; Cea Egaña, 2012: 61; Celis Danzinger, 2011: 135; Jiménez Larraín y Jiménez Loosli, 2014: 103; Mohor, 2018: 223; entre otros ejemplos) como la jurisdicción constitucional chilena (por ejemplo, sentencias del Tribunal Constitucional, roles 352-2002, 2002: considerando tercero; 1295-2008-INA, 2009: considerando 58; y 5282-2018-INA, 2012: considerando segundo, entre otras) han construido una interpretación del artículo 1 de la Constitución Política de la República centrada en el principio de subsidiariedad del Estado, cuya consagración, no explícita en dicha norma,⁷ ha sido persistentemente afirmada como una realidad indiscutida, presente a lo largo de toda la Carta de 1980 y, en especial, en la disposición mencionada (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 467-2006-INA, 2006: considerando catorce).⁸

Cabe advertir, en todo caso, que la noción de subsidiariedad no es unívoca al interior de la doctrina y jurisprudencia constitucional chilena. Existe un debate especialmente centrado entre aquellos que la conciben solo a partir de una faz negativa o abstencionista del Estado, ligada principalmente al ámbito económico, y quienes re-

5. Para Heller, «la función del Estado consiste, pues, en la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un *status vivendi* común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica, la cual, en tanto no exista un Estado mundial, aparece delimitada por otros grupos territoriales de dominación de naturaleza semejante».

6. «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».

7. Si bien la subsidiariedad aparece expresamente consagrada en la «Declaración de principios del Gobierno de Chile», a la vez que las opiniones expresadas por algunos miembros de la Comisión Ortúzar abogaban por su consagración explícita, no existió consenso al interior de dicha comisión para incorporarlo al proyecto de nueva Constitución (Vallejo, 2016: 255).

8. Este señala que «Dentro de la filosofía económica que se expresa en la norma constitucional contenida en el inciso 2 del artículo 19, número 21, el Estado puede, excepcionalmente, desarrollar actividades empresariales, autorizado por ley de quórum calificado, siendo en todo caso la regla general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. Se trata, entonces, de una preceptiva que es consecuencia del principio de subsidiariedad, consagrado en el artículo 1 de la carta fundamental».

conocen, en este principio, un contenido activo y un ámbito de aplicación que incluso abarca lo social (García y Verdugo, 2015: 207).

Así, existiría una importante diversidad de opiniones, tanto en el ámbito teórico como en los fallos del Tribunal Constitucional, que «descansan sobre concepciones diferentes de subsidiariedad» (García y Verdugo, 2015: 221). Si bien se advierte una apertura jurisprudencial más reciente en orden a reconocer que la subsidiariedad integra determinados valores que antes eran vistos como antagónicos, como, por ejemplo, la solidaridad, la jurisprudencia denota contradicciones y no ha arribado a construir un test de subsidiariedad que ofrezca certezas (García y Verdugo, 2015: 224).

Ahora, más allá de la discusión en torno al contenido de la subsidiariedad, cuestión que no pretendemos abordar en este trabajo, el asumir que dicho principio se halla consagrado efectivamente en el artículo 1 de la Constitución crea, en nuestra opinión, un problema en relación con la servicialidad: lleva al contrasentido de explicar esta última en aras de la primera. Todo esto, al punto de que resulta habitual ver que ambos términos se expliquen bajo una suerte de sinonimia o, cuando menos, de correlato.

Así, la servicialidad se entiende a partir de la subsidiariedad del Estado chileno (Soto Kloss, 1996b: 19; Cea Egaña, 2008: 182; Nogueira Alcalá, 2012: 576; entre otros),⁹ lo que, a nuestro entender, nos aleja del verdadero propósito de este principio consagrado constitucionalmente y, lo que es peor, puede incluso llegar a pugnar con su contenido ínsito.

Más allá de la existencia de variadas opiniones en torno al contenido y el alcance de la servicialidad y la subsidiariedad, el presente ensayo se aparta de la línea precedentemente expuesta, ya que, en nuestra opinión, servicialidad no es subsidiariedad, ni le sirve de fundamento. Entre ambas nociones, existiría una absoluta disociación terminológica, al punto que, en ciertos contextos, sostener un criterio de servicialidad del Estado obliga precisamente a excluir la idea de subsidiariedad.

Ahora, toca prevenir que tal afirmación no pretende naturalizar la intervención estatal bajo una concepción *ius fundamental* ilimitada y esperar de este la solución a todas las dificultades de la vida social y económica, como a veces se suele cuestionar (Alcalde, 2016: 81). Afirmar que la función pública está al servicio de la persona no implica, en consecuencia, sostener que toda necesidad humana deba ser satisfecha por el aparato público.

En nuestra opinión, la servicialidad busca exigir una condición de sentido a la actividad estatal y no responder a la pregunta acerca de cuándo es necesario que el Estado intervenga. Definir la servicialidad en función de la subsidiariedad lleva a la reducción *ex ante* del aparato público y, en tal escenario, al contrasentido de justificar la inhibición de la función pública como un servicio.

Así, este trabajo discurre acerca de la necesidad de reinterpretar el artículo 1 de la Constitución, por la vía de desarrollar el contenido de la servicialidad del Estado, para

9. Los autores citados son algunas voces autorizadas que apuntan en esta línea.

llegar a establecer que es esta esta última, y no la subsidiariedad, el encabezado axiológico fundamental que debe dirigir el actuar del Estado chileno.

La servicialidad del Estado en la Constitución de 1980

La servicialidad del Estado aparece en el inciso 4 del artículo 1 de la Constitución (Arancibia Mattar, 2020: 19).¹⁰ Dicha disposición no formaba parte del proyecto elaborado al interior de la Comisión Ortúzar,¹¹ ni aparece incorporada por el Consejo de Estado.¹² Su inclusión en el texto definitivo se atribuye a la Junta de Gobierno (Carrasco Delgado, 2002: 245). Pese a ello, se ha sostenido que se trata de un principio que estuvo presente en el espíritu de la discusión al interior de la Comisión de Estudio (Salazar, 1995: 57-65; Pantoja Bauzá, 2004: 169).

Ahora, cierto es que no se trata propiamente de una creación de la carta constitucional (Vallejo, 2016: 269), sino más bien de una construcción derivada del principio de primacía de la persona y el rol que le asiste al Estado en función de esta última (Soto Kloss, 1995: 21), incluso reconocido en otros textos constitucionales sudamericanos¹³ como parte esencial del Estado de derecho (Delpiazzo, 2014: 9).

Si bien la servicialidad, como tal, ha sido recogida por la doctrina nacional a partir de la referida disposición constitucional, las diversas posturas difieren, a nuestro entender, en la intensidad y aplicabilidad concreta de esta. Para algunos, constituye simplemente un deber de orientación de la labor pública, solo asible en virtud de su

10. Cabe observar que esta disposición aparece por primera vez en la Constitución de 1980, pues no se registra precepto similar en ninguno de los textos constitucionales chilenos que la antecedieron.

11. El proyecto definitivo, elaborado por dicha comisión, contenía un artículo 1 de 6 incisos, ninguno de los cuales hace referencia textual a la servicialidad: «Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado la protegerá y propenderá a su fortalecimiento. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios de la comunidad y les garantiza una adecuada autonomía para cumplir sus fines propios. El Estado debe contribuir a crear las condiciones que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, alcanzar su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a la seguridad, libertad y dignidad del ser humano y a su derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y propender a la integración armónica de todos los sectores de la Nación. Se rechaza toda concepción totalitaria de la sociedad o inspirada en el fomento de antagonismos sociales». Para más información, véase «Antecedentes Constitucionales Constitución de 1980», Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en bit.ly/3hN2TC9.

12. El Consejo de Estado abordó la discusión en torno al artículo 1º en sus sesiones 56.ª del (28 de noviembre de 1978), 100.ª del (08 de enero de 1980) y 110.ª del (01 de julio de 1980.) y en ninguna de ellas acordó introducir el texto del actual inciso 4.º.

13. Así, por ejemplo, el artículo 58 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967 dispone: «Los funcionarios están al servicio de la Nación»; el artículo 2 de la Constitución colombiana de 1991 señala: «Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad»; y el artículo 39 de la Constitución Política del Perú de 1993 dispone que: «Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación»; entre otros textos políticos.

plasmación normativa ulterior; para otros, una garantía normativa de cierta aplicación directa, aunque limitada.

La primera de estas lecturas implica concebir la servicialidad como aquella orientación general que, se espera, persiga la actividad pública, es decir, con una intención más bien programática (Cerde Medina, 1995: 81).¹⁴ Así, la servicialidad vendría a formar parte del catálogo de principios que, con mayor o menor fuerza práctica, pretende conducir la labor pública en términos mediatos, abstractos e incontrolables de manera efectiva.

Sin negar la eficacia directa de la Constitución, se enmarcaría en los valores y principios que forman parte del marco axiológico fundamental, pero con una vocación esencialmente interpretativa y de aplicación indirecta (Aragón Reyes, 2013: 203).¹⁵ Su eficacia se obtendría solo a través del marco jurídico legal y reglamentario que le brinda aplicación.

En este escenario, la servicialidad estaría dotada de un componente propositivo carente de consecuencias jurídicas inmediatas frente a su inobservancia, ya sea por no prever nuestro ordenamiento constitucional sanciones directas frente a su incumplimiento, no disponer de elementos específicos que permitan fijar su contenido exigible al caso concreto o quedar entregada su concreción al establecimiento de otros principios y reglas *infra* constitucionales.

En una interpretación de mayor intensidad, se ha sostenido, en cambio, que la servicialidad existe como una garantía sustantiva complementaria a las garantías formales del inciso 1 del artículo 7 de la Constitución. Se trataría de un deber general de buena fe o fidelidad estatal (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2693-2014-INA, 2015: considerando dieciocho),¹⁶ que permite sancionar actuaciones administrativas formalmente ajustadas a la norma, pero realizadas con desviación de poder. Constituiría, además, uno de los fundamentos de la confianza legítima (Cordero Vega, 2015: 108).

No obstante, si bien esta última interpretación reconoce una aplicación directa a la servicialidad, lo hace en función de otras garantías formales, bajo una óptica más bien acotada en cuanto a su extensión; como un deber general de lealtad de los órganos públicos y no como un principio esencial Estado.

14. Para Cerde Medina, «No cabe mayor duda de que esos incisos [artículo 1 de la Constitución] indican un programa que debe realizar el Estado a través de diversas vías para alcanzar el bien común al servicio de la persona humana. Ese programa se encuentra, en parte, en actual operatividad mediante leyes y otras fuentes subordinadas que, bien o mal, están encaminadas a la promoción del bien común».

15. Seguimos, en esta materia, la tipología de normas constitucionales formulada por Manuel Aragón Reyes, que distingue entre reglas, principios y valores.

16. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que «la consagración del principio de servicialidad del Estado es una garantía de buena fe y lealtad estatal que vendría a complementar los elementos puramente formalistas reconocidos en el artículo 7 de la Constitución, de una manera sustancialista, reconociendo la primacía del sentido finalista pro persona». Véase, en el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional, roles 2921-2015-INA, 2016: considerando ocho; y 3028-2016-INA, 2016: considerando ocho).

En nuestra opinión, la servicialidad tiene un sentido más profundo del que tales interpretaciones le atribuyen. Se trata de un elemento teleológico inherente al aparato público, asociado a la propensión del bien común como fin último y que, como tal, irradia permanentemente cada función y actuación estatal. Esta línea interpretativa ofrece un mayor alcance y motiva el análisis que se plantea en este trabajo, según intentaremos exponer a continuación.

La servicialidad y el bien común como fin del Estado

La manifestación de la servicialidad, a nivel constitucional, sucede al reconocimiento de la persona, así como de la familia y los cuerpos intermedios. Desde esta perspectiva, tal ordenación nos da cuenta de una subordinación del Estado, el cual queda concebido como un instrumento que tiende permanentemente al desarrollo del individuo y de la sociedad civil (Cea Egaña, 2008: 182).¹⁷

Como elemento axiológico, la servicialidad se construye a partir de una premisa básica: reconocer al Estado como un ente cuya existencia se orienta en el solo sentido de alcanzar el bien común. Así entendido, el Estado es un instrumento cuya esencia se halla en el deber de servir a la sociedad y a la persona, y no a sí mismo; por tanto, esta forma de organización política debe ser estimada, en todo momento, como un medio y no un fin (Verdugo y otros, 2002: 112).

El Estado existe para alcanzar el bien común (Verdugo y otros, 2002: 142; FERNANDEZ, 2006: 85; VIVANCO, 2006: 239; CEA EGAÑA, 2008: 182; NOGUEIRA ALCALÁ, 2012: 576; REYES RIVEROS, 2013: 34; ZÚÑIGA URBINA, 2013: 9; JIMÉNEZ LARRAÍN y JIMÉNEZ LOOSLI, 2014: 106; ente otros)¹⁸ y, por tanto, está obligado a buscar y desarrollar, de manera permanente y activa, «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 [fundamentales]» (Nogueira Alcalá, 2012: 576). Dicho propósito no se alcanza por la sola consecución de bienes personales, sino también colectivos (Areitio, 1998: 38).¹⁹

La servicialidad aparece constitucionalmente asociada al fin último del Estado. Así, la organización política solo existe para alcanzar dicho propósito y, sin este elemento

17. Cea anota que servir a la persona humana corresponde a un deber trascendental, de ejecución permanente e interminable, que abarca la multitud de funciones y cometidos del Estado.

18. Así, los autores citados sostienen que la Constitución de 1980 se adscribe a la tradición aristotélico-tomista y declara que el fin objetivo e indispensable del Estado es la propensión al bien común.

19. Areitio argumenta que, «racionalmente, no puede haber oposición entre las exigencias del bien común y el personal, pues estos dos términos responden a una misma realidad, el hombre en los dos aspectos esenciales de su naturaleza social e individual. [...] Cuando se trata de bienes que pertenecen a un mismo plano y a un mismo orden, generalmente prevalece el bien personal sobre el bien común, aunque a veces el bien personal protegido por el derecho de propiedad privada pueda ser limitado por el Estado siempre que lo exija un bien superior [...] a la luz de este principio se deben resolver los aparentes conflictos de derechos entre la sociedad y el hombre. La sociedad y el bien común que ella procura son necesarios a la persona humana para su desarrollo y perfeccionamiento».

teleológico, su existencia carece de sentido (Vivanco, 2007: 239). La instrumentalidad queda vinculada, entonces, a la existencia del Estado en sí, de manera que se extiende, en todo momento, a todas sus reparticiones y funciones. No admite distinción temporal, material u orgánica.

Sin distinción temporal

El definir el bien común como fin último del Estado constituye una determinación permanente y continua. Forma parte indisoluble de la noción de Estado y, como tal, lo orienta en todo momento, en cada etapa del desarrollo y concreción de las funciones públicas. En este sentido, el Estado es, en todo momento y durante toda su existencia, un servidor.

Esto no implica la inmovilidad o anacronismo de las funciones. Por el contrario, para responder efectivamente a la premisa de servicialidad, la determinación de lo público debe orientarse permanentemente hacia la mejor satisfacción de los intereses sociales, tanto individuales como colectivos; una búsqueda constante de utilidad. Así, la función pública muta en el tiempo, ya que requiere ser receptiva y adaptativa frente al dinamismo de los intereses a los que responde.

De esta forma, la función pública es activa y dinámica, pues el Estado no deja nunca de estar al servicio de la persona y, por tanto, recae sobre este una obligación constante de orientar sus actuaciones hacia ese fin. Esto nos obliga a rechazar las definiciones absolutas en orden a establecer una frontera pétrea entre lo público y privado.

La servicialidad obliga a rechazar las ideas reduccionistas del Estado. Este último es una organización que tiende, en todo momento, a servir y, como tal, su campo de acción no está llamado a reducirse ni ampliarse, sino a adaptarse. Así, la pregunta no será si debe existir más o menos Estado en un cierto momento, sino, dentro de cada contexto temporal, cuál es el rol activo que cabe al Estado para satisfacer el bien común.

En nuestra opinión, la noción de Estado servicial rechaza la idea de totalitarismo, en la misma medida que se opone a una visión de reduccionismo estatal. De acuerdo con este principio, la función del Estado muta, se adapta, pero no está llamada *per se* a desaparecer. Toca así rechazar cualquier construcción normativa o sistémica que, de una u otra forma, plantee la inexistencia o inutilidad del Estado en la satisfacción de necesidades sociales.

Por esa razón, estimamos que sentar *ex ante* criterios de inhibición de la actuación del aparato público resulta contrario a la servicialidad e implica rechazar el carácter adaptativo de la función pública. En otras palabras, reducir de antemano la participación del Estado implica desconocer su necesidad de tender al bien común permanentemente. El límite constitucionalmente fijado a la intervención estatal es el respeto y la protección de los derechos humanos, no la subsidiariedad.

Sin distinción funcional

El texto constitucional atiende al sentido que persigue la labor o actividad estatal y no a su contenido. Luego, la servicialidad conlleva mirar toda función pública como un servicio, más allá de la definición legal, incluso cuando se trate de ejercicios potestativos (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1295-2008-INA, 2010: considerando 43).²⁰

La voz servicio, entonces, no queda restringida a la labor meramente prestacional, sino también a los casos en que el Estado hace uso de facultades exorbitantes o ejerce una potestad pública normativa, sancionatoria o de cualquier otra índole, en virtud de la cual puede llegar a coartar la libertad individual o imponer cargas a las personas y entidades privadas.

De esta forma, incluso cuando el Estado dispone de los recursos o bienes públicos, está condicionado al cumplimiento de un servicio. El Estado no existe para sí y, por ende, sus recursos tampoco. Incluso en los casos en que determinados bienes estatales queden sujetos a regímenes jurídicos bajo criterios de patrimonialización, en los que el Estado aparezca como dueño o sujeto activo, tal atribución jurídica potestativa debe ser ejercida enfocada hacia el bien común.

Esto último nos lleva a advertir cómo el Estado reconoce criterios de disponibilidad de recursos diversos a aquellos que gobiernan el ámbito privado, de modo que los beneficios sociales, que de la intervención pública derivan, no pueden ser satisfechos materialmente a partir del simple desarrollo de la sociedad civil. Precisamente, una de las principales funciones de los recursos públicos resulta ser la corrección de desigualdades sociales.

Sin distinción orgánica

Todo órgano del Estado está al servicio de la persona (Diez Urzúa, 1999: 77).²¹ El diseño de la estructura estatal, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los cuerpos intermedios, no se orienta hacia la obtención de su mayor desarrollo integral posible, sino del de la persona y las colectividades humanas. Así, cualquiera sea el régimen jurídico a que se sujete el órgano público, su propósito estará indisolublemente ligado al fin del Estado.

20. Esta opinión se aparta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Para dicho organismo, «es necesario distinguir entre las funciones públicas y el servicio público. Las primeras son inherentes al Estado, de modo que sin ellas este no podría subsistir; también se distinguen porque son comunes a todo Estado y son realizadas por órganos públicos. Es el caso de la función legislativa, de la función ejecutiva y gubernativa, y de la función jurisdiccional. El servicio público, en cambio, se expresa en actividades que no pertenecen al Estado en su esencia, pero que este asume por razones técnicas, económicas y/o sociales, sin que eso impida la participación de particulares. Por lo mismo, requieren una decisión legislativa. De ahí que las actividades de servicio público varíen de un Estado a otro».

21. Para Sergio Díez, «el bien común que señala la Constitución y que se indica como meta del Estado es una norma moral, pero también una norma jurídica que tiene una fuerza imperativa con respecto a todos los órganos públicos».

La servicialidad no queda determinada por la definición de servicio público desde una perspectiva orgánica. Toda entidad pública es un servicio y ello conlleva que las funciones que desarrolla no sean para sí, sino en favor de otros. Las funciones públicas, entonces, no configuran un ejercicio gracioso del aparato estatal, sino que implican, en todo momento, un deber de actuar.

Tampoco la servicialidad queda determinada por el régimen jurídico del órgano público. Este último, aún en el caso que se sujete a las normas propias del ámbito privado, como ocurre con algunas empresas públicas, persigue la satisfacción de intereses diversos a los de las entidades particulares, lo que condiciona sus actuaciones, más allá del régimen patrimonializado y de autonomía del que pueden gozar sus actuaciones.

La diferenciación entre las relaciones jurídicas que se materializan en el ámbito público de aquellas que se desarrollan en un marco netamente privado, radica en la especial finalidad a la que se orientan las primeras. Este factor teleológico resulta determinante al momento de distinguir unas de otras, más allá de la intensidad de la juridicidad y la especificidad del marco normativo a que se sujeten.

En otras palabras, el carácter identitario de la relación jurídica pública está determinado, entonces, por la finalidad de servicio que gobierna la actuación estatal, de la cual constituye un elemento de la esencia. Tal propósito no resulta exigible en las relaciones jurídicas que se dan exclusivamente entre particulares, al menos no como elemento indispensable.

Por esta razón consideramos que toda noción dogmática erigida en torno al aparato público y, por ende, en el ámbito del derecho administrativo, debe recoger necesariamente esta naturaleza instrumental de la actuación estatal. En ello radica la *publicatio*.

Subsidiariedad: Una carga inmerecidamente atribuida al artículo 1

A casi cuarenta años de vigencia de nuestro actual texto constitucional, la idea de que, en virtud del artículo 1, la subsidiariedad configura el principio rector de la actividad estatal, ha sido permanentemente sostenida por la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Dicha interpretación ha servido para alimentar la idea de que el Estado chileno está constitucionalmente definido como subsidiario y que, por tanto, cambiar esta realidad exige dictar una nueva carta.

En nuestra opinión, resulta patente que diversos aspectos del sistema económico chileno han sido basalmente estructurados a partir de una lógica en sumo limitativa de la intervención estatal, reconociendo amplias esferas de autonomía privada, precaria regulación normativa, escasa articulación fiscalizadora o sancionatoria y, por cierto, propiciando la existencia de amplios márgenes de desigualdad social y una escasa capacidad redistributiva.

No obstante, creemos que atribuir tal subsidiariedad a un diseño constitucional se basa en una premisa equívoca, pues reconocer su consagración y contenido a partir del artículo 1 ha sido un sesgo interpretativo del constitucionalismo chileno y no una decisión propia del constituyente de 1980. Lo que no obsta, por cierto, a que dicho principio

sí pueda encontrarse en otros pasajes de la carta, como el numeral 21 del artículo 19. Así, en este punto, nos parece que la tesis bajo la cual resulta enjuiciada la Constitución actual ha sido el fruto de una corriente interpretativa y no de su contenido efectivo.

Para abordar este tema, primero debemos advertir que la subsidiariedad puede ser entendida de diversa forma, pues obedece a nociones surgidas en distintos períodos históricos. La Grecia antigua, el liberalismo económico clásico, la doctrina social de la Iglesia Católica y, por cierto, el desarrollo neoliberal y la doctrina ordo-liberal de Friburgo, entre otros (Loo Gutiérrez, 2009: 391-426). La doctrina social de la Iglesia ha sido la fuente de autoridad mayormente citada por el constitucionalismo chileno (Soto Kloss, 1996a: 130-146).

De acuerdo con la doctrina de la Iglesia (Papa Pío XI, 1931;²² Papa Pío XII, 1956),²³ al Estado solo le asiste el deber de intervenir en aquellos ámbitos en que los individuos, sea por sí mismos o a través de sus cuerpos intermedios, no resulten capaces de desarrollar, de forma adecuada, sus capacidades en orden a procurar la satisfacción de los intereses y necesidades sociales (Loo Gutiérrez, 2009: 399).

Desde esta perspectiva, se suele atribuir a la subsidiariedad dos ámbitos: uno positivo, que propende al desarrollo de las capacidades del sector privado para la satisfacción de necesidades sociales en campos en que la actividad privada es aún inexistente o insuficiente, lo que obliga a una intervención directa del Estado; y otra negativa, que conlleva la abstención del aparato público, a fin de respetar el desarrollo óptimo ya alcanzado por el individuo y organizaciones intermedias.

No obstante, si el Estado no debe intervenir en aquello que los particulares satisfacen adecuadamente, es decir, cuando la actuación estatal no puede mejorar de ninguna forma la función privada, ante los índices de desigualdad endémicos que posee Chile, cabe preguntarse si acaso existe algún sector o ámbito en nuestro sistema político y

22. Se suele atribuir su origen a la encíclica *Quadragesimo Anno* del papa Pío XI de 1931, cuyo párrafo 80 consigna: «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 solo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija». «Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes 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».

23. El Papa Pío XII expone: «Ma sia lecito di augurare che lo Stato sappia rimanere nei limiti della sua funzione di supplire alla intrapresa privata, che la segua, che al bisogno l'aiuti, ma che non si sostituisca ad essa, quando può agire con utilità e buon successo. Tra i due componenti del movimento economico, le forze di progresso e gli elementi di organizzazione, l'equilibrio deve essere mantenuto, se non si vuol cadere nella anarchia o nel ristagno». Traducción: «Pero es legítimo esperar que el Estado sepa mantenerse dentro de los límites de su función subsidiaria de la iniciativa privada, que la secunde, que la ayude cuando sea necesario, pero que no la sustituya, cuando pueda actuar con utilidad y éxito. Entre los dos componentes del movimiento económico, las fuerzas del progreso y los elementos de la organización, se debe mantener el equilibrio, si no se quiere caer en la anarquía o en el estancamiento».

económico en el que las necesidades sociales puedan considerarse plena y satisfactoriamente cubiertas por el sector privado.

¿La sola consideración de una desigualdad social excesiva y persistente en el tiempo, sin una intervención redistributiva adecuada por parte del Estado (Mieres, 2020: 121),²⁴ no resulta un índice suficientemente objetivo a considerar para estimar que la función de este no ha respondido a los criterios fijados por la doctrina de la Iglesia? En respuesta, se ha sostenido que ello obedece a un desmedido énfasis en el enfoque negativo del término, en desmedro de la faz positiva de la subsidiariedad (Nogueira Alcalá, 2012: 573).

Si bien se sostiene que persiste el debate en torno al contenido efectivo de la subsidiariedad al interior de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional chilenas (García y Verdugo, 2015: 207), creemos, no obstante, que, actualmente, hablar de subsidiariedad en sentido positivo en Chile es similar a asumir que el término «burocracia» sigue siendo empleado en su sentido weberiano.

Se trata de un concepto que, más allá de las indiscutidas bondades y riqueza que toca reconocer a su desarrollo en la doctrina de la iglesia, parece haberse instalado, desde hace décadas, en un sentido totalmente opuesto entre los sectores sociales de nuestro país. Así, en la práctica, actualmente la subsidiariedad es entendida en dichos sectores solo como sinónimo de ausencia de Estado. La inhibición del aparato público frente al reconocimiento de esferas exacerbadas de autonomía privada, pese a la existencia de gigantescas brechas sociales, extendidas en el tiempo, y demandas colectivas insatisfechas.

Esto responde a la visión propia del neoliberalismo que, precisamente, plantea la necesidad de reducir progresivamente el Estado, como correlato del reconocimiento de una capacidad exponencial del sector privado para autosatisfacer las necesidades sociales en el tiempo. Así, toca asumir que, en la práctica, subsidiariedad ha sido comprendida en Chile como reducción del Estado.

Desde nuestra perspectiva, esto no es lo que fluye del texto Constitucional, que pregoná precisamente una idea distinta: el servicio del Estado y no su abstención. Nos parece que identificar en el artículo 1 un principio de subsidiariedad como directriz orientadora de todo el aparato público es una carga interpretativa innecesaria e innecesaria, que se ha engarzado a la actual carta constitucional.

A nuestro parecer, el artículo 1 refiere a la persona, la familia y los cuerpos intermedios como elementos que gozan de valor intrínseco, en tanto concibe al Estado como una organización cuya existencia se dispone solo en función de los anteriores. Ello configura una reducción valorativa del Estado, mas no funcional. El aparato público no es

24. A partir de una revisión de los indicadores económicos y de desigualdad de ingreso en Chile, especialmente durante el período comprendido entre 1990 y 2016, concluye Michelle Mieres que las épocas en que se verifican incrementos de los ingresos de aquellos hogares más ricos conciden precisamente con los períodos de mayor desigualdad social en Chile, lo que desmiente la pretendida efectividad de la teoría del «goteo».

un fin en sí, pues existe para otros, pero de ahí a negarle intervención en la vida social, nos parece una cosa distinta.

El Estado está llamado a ser un instrumento indispensable para la promoción, protección y respeto de los derechos humanos, así como para la satisfacción de ciertos bienes jurídicos que el constituyente expresamente le impone en el inciso final del artículo 1 u otras disposiciones constitucionales.

Así, consideramos que la subsidiariedad, en el sentido con el que dicho término ha prevalecido en la práctica, no es compatible con la servicialidad prevista en el artículo 1 y, por tanto, no forma parte, implícita ni explícita, del contenido de dicha disposición constitucional, sino de la interpretación que cierta parte de la doctrina le ha atribuido durante años.

Servicialidad y proceso constituyente

Según hemos dicho en acápite anteriores, la función del Estado no es rígida, sino dinámica; se amolda en relación con las necesidades sociales. La pregunta no es si debe existir más o menos Estado, sino cuáles son las funciones del Estado servicial en un momento y cuáles serán en otro, sin ánimo de prescindir del aparato público.

La plena satisfacción de las necesidades sociales por parte de la sociedad civil no lleva a la desaparición del Estado, sino a un cambio dinámico de sus funciones, las cuales deberá cumplir con igual intensidad, pero en esferas diversas. Como hemos sostenido, el Estado servicial no desaparece, se adapta a las necesidades sociales.

Bajo determinados contextos, ello puede concluir en una abstención de la intervención estatal prestacional directa y, bajo otros, en una actuación más intensa. No obstante, la servicialidad no permite, en ningún caso, la total desvinculación del Estado en la satisfacción de las necesidades sociales, pues este último está, en todo momento, al servicio de la persona. El abandono de la persona implica, precisamente, la falta de servicialidad.

Frente a una prestación privada satisfactoria, la actividad prestacional estatal mutará, por ejemplo, en el desarrollo de funciones de fomento, de control, de fiscalización, de fijación del marco regulatorio más eficiente y, sobre todo, de corrección de las desigualdades ínsitas que derivan de las lógicas que gobiernan las relaciones jurídico-privadas; por medio de justicia distributiva que es, finalmente, la labor eminentemente pública (Arancibia Mattar, 2017).²⁵

No obstante, esta premisa no ha sido aquella considerada por el constitucionalismo chileno bajo el amparo de la actual carta constitucional, pues se ha insistido en la prevalencia del principio de la subsidiariedad del Estado en su aspecto negativo, sin una defensa que llevara a plasmar, en la práctica y de manera eficiente, su pretendida vertiente positiva o activa. Esto representa, en nuestra opinión, un problema del constitucionalismo antes que de la propia carta.

25. En esta línea, Arancibia Mattar destaca que la relación público privada se construye bajo un criterio de justicia distributiva y no conmutativa, pues esta última es propia de las relaciones enteramente privadas.

Es por esta razón que, frente al desarrollo de un proceso constituyente en Chile, creemos indispensable hacer una revisión de la servicialidad del Estado, la forma en que dicho principio debe ser realmente entendido y aplicado, pues entendemos que su reposicionamiento resulta indispensable en el contexto del Estado actual.

Precisiones finales

A nuestro entender, la instrumentalidad del Estado configura un nuevo paradigma en el entendimiento del aparato público y su construcción teórica, que conlleva concebir el Estado como un ente cuya existencia propende únicamente al desarrollo social, tanto de los individuos como del colectivo.

Tal noción se extiende permanentemente a todas las reparticiones y funciones públicas, sin distinción temporal, material u orgánica. Refiere a la orientación que persigue la labor pública y nos obliga a considerar, en cada momento, toda función pública como un servicio, más allá de la definición legal, incluso cuando se trate de ejercicios potestativos y no meramente prestacionales.

De ella deviene un requisito teleológico propio de la relación público-privada, que se materializa en cada actuación estatal. Se trata de un elemento identitario de esta clase de relaciones, que nos permite distinguirla de aquellos vínculos jurídicos que se desarrollan, exclusivamente entre particulares, al alero del derecho privado.

La servicialidad obliga al Estado en todo tiempo, materia, y a través de cada uno de sus órganos, a orientar su función hacia el bien común, individual y colectivo. Impone al Estado una carga activa y dinámica, no absoluta e invariable. Ello puede llevar al Estado a adaptar sus condiciones de actuación, según la valoración del contexto y necesidades sociales, no con criterios predeterminados en forma absoluta.

No obstante, la interpretación del artículo 1 ha estado centrada en el reconocimiento implícito de la subsidiariedad del Estado. Esta última noción ha prevalecido en Chile, desde el punto de vista práctico social, conforme a la visión propia del neoliberalismo, a partir de la idea de reducir progresivamente el Estado a fin de reconocer la capacidad exponencial del sector privado para autosatisfacer las necesidades sociales en el tiempo.

Este último resulta contrario a la servicialidad, explícitamente reconocida. Ello no supone un problema de la Constitución de 1980, sino de su interpretación sostenida. Es por esta razón que el presente ensayo plantea la necesidad de una revisión interpretativa de la Constitución actual, como condición indispensable frente al desarrollo de un proceso constituyente.

Referencias

- ALCALDE, Enrique (2016). *Principios generales del derecho: Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- ARAGÓN REYES, Manuel (2013). *Estudios de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2017). «La relación jurídica público-privada: Iter conceptual, atributos y criterios». En Eduardo Soto Kloss (editor), *El derecho administrativo y la protección de las personas: Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC*. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- . (2020). *Constitución Política de la República de Chile: Edición Histórica. Origen y trazabilidad de sus normas desde 1812 hasta hoy*. Santiago: Universidad de los Andes y *El Mercurio*.
- AREITIO, Ramón (1998). *Lecciones elementales de derecho natural*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- BURDEAU, Georges (1975). *El Estado*. Trad. por César Armando Gómez. Madrid: Seminarios y Ediciones.
- CARRASCO DELGADO, Sergio (2002). *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*. Santiago: Jurídica de Chile.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond (2000). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- CEA EGAÑA, José Luis (2008). *Derecho constitucional chileno*. Tomo I. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- . (2012). *Derecho constitucional chileno*. Tomo II. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- CELIS DANZINGER, Gabriel (2011). *Curso de derecho constitucional*. Santiago: Thomson Reuters.
- . (2019). *Manual de derecho administrativo general*. Santiago: Hamurabi.
- CERDA MEDINA, Mario (1995). «El Estado al servicio de la persona humana». *Revista de Derecho Público*, 57-58: 75-82.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de derecho administrativo*. Santiago: Thomson Reuters.
- DELPIAZZO, Carlos E. (2014). «Centralidad del administrado en el actual derecho administrativo: impactos del Estado constitucional de derecho». *Revista de Investigações Constitucionais*, 1 (3): 7-32.
- DIEZ URZÚA, Sergio (1999). *Personas y valores: Su protección constitucional*. Santiago: Jurídica de Chile.
- FERMANDOIS, Arturo (2006). *Derecho constitucional económico*. Tomo I. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- GARCÍA G., José Francisco y Sergio Verdugo (2015). «Subsidiariedad: Mitos y realidades en torno a su teoría y práctica constitucional». En *Subsidiariedad: Más allá del Estado y del mercado* (pp. 205-225). Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.
- HELLER, Hermann (1983). *Teoría del Estado*. Trad. por Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica.
- JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando y Fernando Jiménez Loosli (2014). *Derecho constitucional*. Tomo I. Santiago: Universidad Católica de la Santísima Concepción.

- LOO GUTIÉRREZ, Martín (2009). «La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*: 391-426.
- MIERES, Michelle (2020). «Develando los determinantes de la desigualdad del ingreso en Chile: Estudio empírico regional». *Revista de Análisis Económico*, 35 (1): 99-127.
- MOHOR, Salvador (2018). «El principio de subsidiariedad como fundamento esencial de una organización política humanizada (Ensayo)». *Revista de Derecho Público*: 221-227.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012). *Derecho constitucional chileno*. Tomo I. Santiago: Thomson Reuters.
- PADILLA LINARES, Cerveleón (2010). «Postulación del derecho fundamental a una administración pública servicial en Colombia». *Nova et Vetera*, 19 (63): 155-168.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2004). *La organización administrativa del Estado*. Santiago, Jurídica de Chile.
- PAPA PÍO XI (1931). *Carta Encíclica Quadragesimo Anno*. Disponible en bit.ly/3jXpcHX.
- . (1956): *Discorso di sua Santità Pio Pp. XII ai partecipanti al Convegno Nazionale dei dirigenti della Confederazione Generale del Commercio*. Disponible en bit.ly/3hMalh6.
- REYES RIVEROS, Jorge (2013). *Introducción al derecho administrativo general*. Santiago: Thomson Reuters.
- SALAZAR, Marta (1995): «Génesis de la frase: El Estado está al servicio de la persona». *Revista de Derecho Público*, 57-58: 57-65.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1995). «La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad». *Revista de Derecho Público*, 57-58: 13-28.
- . (1996a). *Derecho administrativo: Bases fundamentales*. Tomo I. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (1996b). *Derecho administrativo: Bases fundamentales*. Tomo II. Santiago: Jurídica de Chile.
- VALLEJO, Rodrigo (2016): «La Constitución económica chilena: Un ensayo en (de) construcción». *Estudios Constitucionales*, 14 (1): 247-290.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá (2002). *Derecho constitucional*. Tomo I. Santiago: Jurídica de Chile.
- VIVANCO, Ángela (2006). *Curso de derecho constitucional*. Tomo II. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- . (2007). *Curso de derecho constitucional*. Tomo I. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2013). *Tratado jurisprudencial de derecho administrativo: Bases constitucionales de la administración del Estado*. Santiago: Thomson Reuters.

Agradecimientos

Agradezco a los árbitros de la revista por sus valiosos aportes y comentarios críticos, los que contribuyeron enormemente al desarrollo de este trabajo.

Sobre el autor

PATRICIO PONCE CORREA es profesor de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional en la Escuela de Derecho de la Universidad de Tarapacá de Chile. Además, es doctorando en Derecho por la Universidad de los Andes de Chile. También es abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Tarapacá, y magíster en Ciencias Jurídicas por la misma casa de estudios. Su correo electrónico es pponce@academicos.uta.cl.  <https://orcid.org/0000-0003-0812-5986>.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

fperoti@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

revistaderechopublico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

publico@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

www.tipografica.io