

New York University

---

From the Selected Works of Sergio Verdugo R.

---

2015

# Subsidiariedad. Mitos y Realidades en Torno a su Teoría y Práctica Constitucional

Sergio Verdugo, sverdugor@udd.cl  
José Francisco García



Available at: [https://works.bepress.com/sergio\\_verdugo/53/](https://works.bepress.com/sergio_verdugo/53/)

## SUBSIDIARIEDAD: MITOS Y REALIDADES EN TORNO A SU TEORÍA Y PRÁCTICA CONSTITUCIONAL

José Francisco García G.<sup>1</sup>

Sergio Verdugo R.<sup>2</sup>

### INTRODUCCIÓN

El principio de subsidiariedad es una de las materias más polémicas en el debate constituyente y político que actualmente experimenta el país. Jurídicamente, el mismo ha sido debatido especialmente a propósito de la libertad económica, del régimen de las empresas públicas o con participación estatal, de la autonomía de establecimientos educacionales y de la garantía del derecho a la protección de la salud frente a las Isapres. Políticamente, la subsidiariedad ha sido puesta en tela de juicio por representar un modelo de sociedad que varios autores repudian. En particular, se lo ha visto como contrario al Estado social de Derechos, al Estado de bienestar, al Estado laico, a la solidaridad y a los derechos sociales. Otros sencillamente niegan su existencia. Por otra parte, los defensores del principio de subsidiariedad ofrecen una perspectiva valórica muy fuerte, asociada a elementos como la familia y el desarrollo de la persona o a las bases económicas que permiten el desarrollo de una sociedad libre.

Sin perjuicio de que este debate suele estar acompañado de consignas y caricaturas que no siempre son leales con los orígenes del principio de subsidiariedad, ni a la manera en que este ha sido desarrollado por la doctrina constitucional o económica, la definición del mismo no ha sido fácil en la jurisprudencia. En efecto, la jurisprudencia, lejos de explicarle a la comunidad la manera en que el principio de subsidiariedad se *objetiva* en los casos concretos, ha usado el dis-

---

1 Doctor y Máster en Derecho, Universidad de Chicago. Abogado. Magíster y Licenciado en Derecho, P. Universidad Católica de Chile. Coordinador de Políticas Públicas de Libertad y Desarrollo. También es Profesor de Derecho Constitucional de la P. Universidad Católica de Chile.

2 Estudiante de doctorado en Derecho, Universidad de Nueva York (NYU). Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica de Chile. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Constitucional e Investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

curso de este principio de manera poco predecible y sin generar estándares claros en relación al mismo. Ello ha producido, entre otras cuestiones, que los valores que los críticos de la subsidiariedad invocan para ponerla en duda puedan ser compatibles con ella.

Considerando lo anterior, hay dos consecuencias lógicas que proponemos a modo de hipótesis en este ensayo: en primer lugar (i), que la subsidiariedad ha fracasado en tanto *test* judicial y, en segundo lugar (ii), que las críticas contrarias a la subsidiariedad basadas en doctrinas sociales que se suponen adversas pierden importancia gracias a la jurisprudencia, sin perjuicio de que puedan tenerla en el debate político.

Las implicancias de nuestras hipótesis son importantes tanto para los defensores de la subsidiariedad como para sus críticos. Sus defensores debieran considerar que la doctrina de subsidiariedad no coincide con su aplicación práctica actual, por lo que debieran revisar la utilidad de argumentar a su favor sin antes proponer una manera de corregir esta asimetría. De esta manera, quienes creemos en la promoción de una sociedad de libertades, debiéramos evaluar si la inversión del capital político en un principio cuya aplicación ha sido relativamente escasa se justifica efectivamente, o si ella debiera condicionarse a una estrategia más pragmática a la hora de enfrentar acuerdos políticos.

Así las cosas, si se mantiene constante el estado actual de las cosas, el principio de subsidiariedad debiera reducir su importancia e influencia en el debate constituyente, salvo que los partidarios de la nueva Constitución logren contrastarlo fuertemente con las ideas que promueven (como el Estado de bienestar). El problema de esa posibilidad es que el éxito de los críticos dependerá del éxito de una contradicción: la actual falsa dicotomía entre subsidiariedad y políticas sociales fuertes. Por ello, los críticos debieran tomar nota de que la doctrina de subsidiariedad que critican ha sido modificada por el cambio de paradigma. Si bien ello no invalida su cuestionamiento, al menos permite esclarecer la poca utilidad del mismo para el debate público actual.

Por consiguiente, tanto los defensores como los críticos de la subsidiariedad tienen razones para no darle tanta importancia a esta materia en el debate constituyente.

Este ensayo se organiza de la siguiente manera. En primer lugar (I), repasaremos brevemente las bases constitucionales del principio de subsidiariedad (y del Estado subsidiario). Si bien esta sección será fundamentalmente descriptiva, ella

permitirá mostrar la forma en que los liberales económicos y los conservadores se aliaron en la configuración de un principio que, así formulado, ha traído críticas desde el progresismo jurídico. Además, y aunque no pretendemos agotar la revisión de la literatura, esta sección permitirá demostrar la existencia de perspectivas comunes en torno al concepto de subsidiariedad, las que luego serán contrastadas con la realidad práctica.

En segundo lugar (II), revisaremos algunas sentencias del Tribunal Constitucional que nos parecen ilustrativas de la aplicación práctica del principio de subsidiariedad. En esta sección, constataremos la (in)existencia de un *test* judicial que permita estandarizar la aplicación de la subsidiariedad de forma objetiva y predecible. Además, constataremos que las demandas políticas contrarias a la subsidiariedad no son, en realidad, necesariamente incompatibles con la manera en que este principio aparece formulado.

En tercer lugar (III), resumiremos la diferencia existente entre la teoría y la práctica. Lo que han sostenido los defensores y los críticos se basa en una manera de ver el principio de subsidiariedad que no coincide con la forma en que el Tribunal Constitucional lo ha desarrollado. En esta sección, profundizaremos en las implicancias de esta diferencia para el debate constituyente. Finalmente (4), sintetizaremos nuestras principales conclusiones.

## I. EL DEBATE CONSTITUCIONAL TEÓRICO SOBRE EL ESTADO SUBSIDIARIO

El principio de subsidiariedad no está explícitamente dispuesto en la Constitución, razón por la cual una parte de la doctrina sostiene que éste no es parte de nuestro sistema constitucional<sup>3</sup>. Agregan a ello que tampoco forma parte de nuestra tradición y corrigen la manera de interpretar la Carta Fundamental. No obstante ser una posición todavía minoritaria en la doctrina e inexistente en la jurisprudencia, quienes desconocen la existencia del principio de subsidiariedad añaden una carga importante en el resto de los autores que no debiera ser ignorada.

Sin perjuicio de lo anterior, la mayoría de los críticos del principio de subsidiariedad no niegan su existencia. Por el contrario, varios reconocen el mismo y

---

3 Pablo Ruiz-Tagle, "Principios constitucionales del Estado empresario", *Revista de Derecho Público* (U. de Chile), n° 62 (2000): 49-65; Rodrigo Vallejo y Diego Pardow, "Derribando mitos sobre el Estado empresario", *Revista Chilena de Derecho* 35, n° 1 (2008): 135-156.

proponen su revisión mediante una interpretación evolutiva de la Constitución<sup>4</sup> (frente a lo cual a veces se sirven de la ilegitimidad o de los problemas del originalismo como escuela interpretativa<sup>5</sup>), o derechamente proponen el reemplazo de la subsidiariedad por otras doctrinas que les parecen interesantes y contradictorias con la misma, como ocurre con el Estado social de derechos<sup>6</sup>, el Estado de bienestar, la solidaridad, el reconocimiento fuerte de los derechos sociales y el “principio de contribución constitucional”<sup>7</sup>. En ocasiones, estas ideas han servi-

---

4 Sobre las posibilidades de la interpretación evolutiva en materia constitucional, un ejemplo es el trabajo de Jaime Bassa, “La evolución en la protección constitucional de los derechos sociales vía interpretación constitucional”, en *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, de Gonzalo Aguilar (coordinador) (Santiago: Librotecnia, 2012), 93-112, quien se refiere a ella a propósito de los derechos sociales.

Hay otros trabajos que promueven una visión similar, aunque con distinta nomenclatura y objetivos: Jaime Bassa y Christian Viera, “Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado Constitucional. Notas para su interpretación”, *Revista de Derecho, Valdivia XXI*, n° 2 (2008): 131-150; Rodolfo Figueroa, “De por qué no debemos prestar tanta atención al argumento genético en la interpretación constitucional”, *Revista de Ciencias Sociales*, n° 45 (2000): 587-603. Para una visión escéptica de las posibilidades de la interpretación evolutiva, ver Christian Suárez, “Los derechos económicos y sociales en la Constitución chilena y los límites de la jurisprudencia”, en *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*, de Humberto Nogueira (coordinador) (Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Librotecnia, 2010), 95-172, quien es pesimista respecto de la idea de que la hermenéutica de los tribunales pueda superar las barreras institucionales de la Constitución de 1980 para ajustarlas a los estándares internacionales de derechos humanos.

5 Sobre las críticas al originalismo como escuela de interpretación, pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos: Figueroa, “De por qué no debemos prestar tanta atención al argumento genético en la interpretación constitucional”; Tomás Vial, “La ilegitimidad de la historia fidedigna de la Constitución de 1980”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, n° 212 (2002): 317-328; Patricio Zapata, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008); Bassa y Viera, “Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado constitucional”.

6 Ello motivó que, a propósito de la reforma constitucional de 2005, el ex senador Silva Cimma propusiera adicionar a la Constitución un “Estado Social y Democrático de Derecho”. Su justificación estuvo dada debido a las “debilidades o restricciones de un Estado subsidiario”. Ver el interesante debate sobre este punto, con ocasión de la tramitación de la reforma constitucional del año 2005, en Emilio Pfeffer, *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes – Debates – Informes* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 552-556.

7 Tomás Jordán, “El principio de contribución constitucional y la abrogación del principio de subsidiariedad en materia de derechos sociales”, en *Estudios de Derecho Público* (Santiago: Editorial Legal Publishing-Thomson Reuters, 2011), 553-573.

do para justificar el cambio constituyente. Por ejemplo, Christian Suárez sostiene que algunos principios constitucionales del orden público económico (dentro de los cuales considera al principio de subsidiariedad) son parte de la “camisa de fuerza” de la Constitución de 1980, y que la jurisprudencia siempre estará limitada por ellos, debido a lo cual debe producirse un cambio constitucional<sup>8</sup>.

Como puede observarse, existen diferencias entre los críticos del principio de subsidiariedad que son reveladoras de algunas debilidades doctrinarias que podrían dividir a quienes demandan un cambio de la Constitución<sup>9</sup>, por ejemplo, con quienes argumentan que la Constitución de 1980 estableció originalmente un “Estado Social de Derecho”<sup>10</sup>. En cualquier caso, la perspectiva que estos autores utilizan para conceptualizar la subsidiariedad y las doctrinas y principios que invocan como contradictorias de ella, es reveladora de una concepción especial respecto del mismo. De esta forma, se ha sostenido, entre muchas ideas, que el principio de subsidiariedad: sería incompatible con los derechos sociales<sup>11</sup> o los desprotegería debido a la “política radical de privatización de los beneficios sociales impulsada por Pinochet”<sup>12</sup>; que no posee una verdadera dimensión activa o

---

8 Suárez, “Los derechos económicos y sociales en la Constitución chilena”.

9 Cabe hacer presente, en todo caso, que no todos los autores críticos de la subsidiariedad promueven su eliminación. En efecto, algunos de ellos proponen su revisión y reforma. Por ejemplo, Augusto Quintana propone acotar la aplicación de la subsidiariedad a áreas específicas, como la descentralización, en materia de pueblos originarios u otras organizaciones relevantes. Ver Augusto Quintana, “El principio de subsidiariedad”, *Revista de Derecho Público*, edición especial de marzo de 2014 sobre *Reformas Constitucionales*, 2014, 127-138.

10 Por ejemplo, ver el trabajo de María Pía Silva, “El Estado social de derecho en la Constitución chilena”, en *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, de Gonzalo Aguilar (coordinador) (Santiago: Librotecnia, 2012), 29-48. Ella sostiene que las bases del Estado social fueron dadas por “juristas formados en la Universidad Católica” con una “doctrina social-cristiana”. *Ibid.*, 39. Para ella, la subsidiariedad forma parte de ese pensamiento, por lo que no podría existir una contradicción entre Estado social y subsidiariedad. *Ibid.*, 40. Esta autora no es la única que sostiene que en Chile el constituyente de 1980 instituyó un “Estado Social de Derechos”. En efecto, una explicación parecida la realiza José Luis Cea. Ver, por ejemplo, la manera en que este autor vincula el Estado social con las garantías constitucionales en José Luis Cea, *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1988), 87.

11 Jordán, “El principio de contribución constitucional”.

12 Domingo Lovera, “Derechos sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005)”, en *En Nombre del Pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, ed. Claudio Fuentes (Santiago: Heinrich Böll Stiftung, ICSO, 2010), 217-243.

positiva<sup>13</sup>; que establece un “Estado mínimo”<sup>14</sup>; que la Constitución de 1980 dispone una economía de mercado del *laissez faire*<sup>15</sup> o asociada al “libertarismo”<sup>16</sup> o que obedece a una “impronta neoliberal”<sup>17</sup> o al “capitalismo neoliberal”<sup>18</sup>; que hay que derogar (o “abrogar”) la subsidiariedad por contradecir exigencias internacionales<sup>19</sup>; y que la subsidiariedad restringe “al máximo la participación del Estado y llevándolo a una posición abstencionista que se confinaría a la mera fiscalización”<sup>20</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, también hay autores que reconocen el vínculo entre la subsidiariedad y una visión aristotélico-tomista de la sociedad, la que se rechaza invocando razones asociadas a la democracia y al pluralismo<sup>21</sup>.

Aunque muchas de estas afirmaciones son discutibles si se considera que el principio de subsidiariedad fue, en nuestro país, producto de una alianza entre conservadores de inspiración cristiana y liberales económicos, ellas reflejan que gran parte de la literatura crítica al mismo lo asocia más bien con una concepción económica neoliberal vinculada a teóricos como Hayek y Nozick<sup>22</sup>. Para efectos

13 Jordán, “El principio de contribución constitucional”.

14 Alejandra Zúñiga, “Las teorías de la justicia detrás de nuestra Constitución. El caso de los derechos sociales”, en *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, de Gonzalo Aguilar (coordinador) (Santiago: Librotecnia, 2012), 51; Tomás Jordán, “Claves para compatibilidad entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional en materia de derechos educacionales”, en *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*, de Humberto Nogueira (coordinador) (Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Librotecnia, 2010), 360.

15 Suárez, “Los derechos económicos y sociales en la Constitución chilena”, 101.

16 Incluso, se ha sugerido un vínculo (al menos teórico) entre la tesis libertaria de Nozick con la Constitución de 1980. Ver Zúñiga, “Las teorías de la justicia detrás de nuestra Constitución”, 50-54 y Quintana, “El principio de subsidiariedad”, 128.

17 Rodrigo Bustos, “Derechos sociales y Constitución. Algunas reflexiones sobre el modelo chileno”, en *Derechos Fundamentales. Libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda* (Santiago: Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 2012), 53.

18 Francisco Cumplido y Humberto Nogueira, *Teoría de la Constitución* (Santiago: Cuadernos Universitarios Universidad Nacional Andrés Bello, 1990), 280.

19 Jordán, “Claves para compatibilidad entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional en materia de derechos educacionales”, 367.

20 Zúñiga, “Las teorías de la justicia detrás de nuestra Constitución”, 54.

21 Por ejemplo, ver Kamel Cazor y Mónica Fernández, “Constitución, principio democrático y reformas constitucionales”, *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, n° 12 (2002): 153.

22 Por ejemplo, ver referencia al supuesto espíritu hayekiano de la Constitución, en Bassa

de nuestro ensayo, no es relevante que lo anterior sea un error o, a lo menos, una afirmación parcial. Lo relevante es que es esa la creencia que ha justificado gran parte de las ideas que promueven un cambio constitucional, ya sea mediante la interpretación o mediante el reemplazo de reglas y principios de la Constitución. En la segunda sección de nuestro ensayo, mostraremos que el cambio de paradigma que ha sufrido el principio de subsidiariedad en nuestra jurisprudencia le quita importancia a estas críticas, pues reconoce una concepción diferente de la versión que se propone cambiar.

Frente a esta literatura especializada, es importante revisar los manuales y tratados de Derecho Constitucional, ya que, después de todo, son ellos los que más influyen en la educación legal general. Es común que los manuales reconozcan la existencia del principio de subsidiariedad<sup>23</sup>, aunque algunos digan que éste se encuentra implícito en ciertas normas constitucionales (y no explícito)<sup>24</sup>. Al contrario de lo sostenido por algunos de los textos citados más arriba, en general los manuales reconocen que la subsidiariedad también tiene una dimensión activa y positiva, a través de la cual el Estado actúa<sup>25</sup>. Junto con ellos, la doctrina

---

y Viera, "Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado constitucional", 134-135.

23 Entre otros, Cea, *Tratado de la Constitución de 1980*, 168-170; Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV*, 2ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), 51-52; Mario Verdugo, Emilio Pfeffer, y Humberto Nogueira, *Derecho Constitucional. Tomo I* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002), 112; Ángela Vivanco, *Curso de Derecho Constitucional. Bases Conceptuales y Doctrinarias del Derecho Constitucional*, Tomo II (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007), 59-61; Carlos Cruz-Coke, *Instituciones políticas y derecho constitucional* (Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, 2009), 305-307; Alan Bronfman, José Ignacio Martínez, y Manuel Núñez, *Constitución Política comentada. Parte dogmática* (Santiago: Abeledo Perrot, LegalPublishing Chile, 2012), 33-38.

24 Por ejemplo, Hernán Molina, *Derecho constitucional*, 6ª ed. (Santiago: Lexis Nexis, 2006), 59 y; Miriam Henríquez y José Ignacio Núñez, *Manual de Derecho Constitucional* (Santiago: Editorial Metropolitana, 2007), 19. Si bien no hay una definición explícita del principio, a diferencia del principio de autonomías sociales (art. 1 inciso 3º) o de bien común (art.1 inciso 4º), encontramos diversas manifestaciones del mismo. Por supuesto, las dos referencias anteriores del artículo 1 son fundamentales. A estas se agregan las normas sobre libertad de asociación (art. 19 N° 15), libertad de enseñanza (art. 19 N° 11), prohibición de monopolio estatal sobre los medios de comunicación y derecho a fundar, editar y mantener medios de comunicación (art. 19 N° 12 incisos 2º y 5º, respectivamente), y la sanción respecto del mal uso por parte de los grupos intermedios de su autonomía (art. 23).

25 Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV*, 52; Verdugo, Pfeffer,



suele valorar la subsidiariedad como una base importante de la estructura política, social y económica<sup>26</sup>; especialmente (pero no exclusivamente) en lo que dice relación con el orden público económico<sup>27</sup> y la denominada “economía social de mercado”<sup>28</sup>. El vínculo entre el principio de subsidiariedad y la economía ha dado lugar no solo a las críticas que resumimos brevemente algunos párrafos atrás, sino también a una literatura liberal económica especializada que simpatiza con la doctrina de la subsidiariedad<sup>29</sup>.

Cabe hacer presente, y como ya adelantamos previamente, que la defensa de la subsidiariedad ha estado marcada por dos perspectivas distintas que se han complementado: la liberal económica y la social-cristiana. No obstante, la subsidiariedad nace de la mano de esta última. El Estado subsidiario, proveniente desde la doctrina social de la Iglesia que hacia fines del siglo XIX buscaba fijar una posición propia<sup>30</sup>, al momento de acercarse a la cuestión acerca del adecuado modo de relacionarse entre el individuo y su familia, la sociedad civil y el Estado, alejándose del individualismo y del colectivismo extremo, fue desarrollado con fuerza en nuestro país por Jaime Guzmán desde fines de los años '60<sup>31</sup>, y a nivel institucional comienza a consagrarse desde “las Metas u Objetivos fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República” de 26 de abril de 1973. Por supuesto, todo lo anterior es bastante menor al lado del trabajo del “Comisionado” Guzmán en la CENC al articular las bases fundamentales del principio de subsidiariedad.

---

y Nogueira, *Derecho Constitucional*, Tomo I, 112; Henríquez y Núñez, *Manual de Derecho Constitucional*, 19; Vivanco, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II, 60-61.

26 Por ejemplo, Verdugo, Pfeffer, y Nogueira, *Derecho Constitucional*, Tomo I, 112; Vivanco, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II, 59.

27 Por ejemplo, autores como José Luis Cea tratan la subsidiariedad justamente a propósito de este tópico. Ver Cea, *Tratado de la Constitución de 1980*, 168-170.

28 Cruz-Coke, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 307.

29 Entre otros trabajos, pueden verse Arturo Fermandois, *Derecho Constitucional Económico. Tomo I*, 2ª ed. (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006), 89-108 y Sebastián López, *Libertad de empresa y no discriminación económica* (Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 48, 2012), 25-66.

30 Destacan la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII (1891), y su seguidora, *Quadragesimo Anno* de Pío XI (1931).

31 Su pensamiento como constitucionalista en Jaime Guzmán, *Derecho político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, ed. Gonzalo Rojas, Marcela Achurra, y Patricio Dussailant (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996).

La doctrina simpatizante del principio de subsidiariedad ha sido enfática en el reconocimiento de la subsidiariedad como principio o doctrina constitucional<sup>32</sup>, lo que ha sido, a su vez (y como veremos), confirmado por parte de la jurisprudencia del TC<sup>33</sup>. En el ámbito económico, la subsidiariedad emana con cierta fuerza del artículo 19 N° 21 de la Constitución, en relación con otras disposiciones. Para Soto Kloss, en este ámbito la subsidiariedad implica “por una parte, una propia y muy específica *limitación* para el Estado legislador y Administración (“respetarlo”) en orden (1) a no interferir ese derecho mediante “prohibiciones”, respecto de lo cual carece de competencias, ya que la Constitución no se las ha atribuido, y (2) a no afectar su “contenido esencial” (artículo 19 N° 26) respecto a la regulación legal de su ejercicio”<sup>34</sup>.

Este tipo de posiciones han sido criticadas por los escépticos, para quienes la Constitución no dispone prohibiciones al Estado ni tampoco condiciona su actividad a requisitos específicos<sup>35</sup>. Estas críticas, en general, implican una discusión respecto del contenido del principio de subsidiariedad. Ellas no solo critican la misma, sino que entienden una versión diferente de ella que permite conciliarla con ciertos valores que se estiman importantes, o derechamente niegan su existencia. En este punto, entre los críticos de la subsidiariedad existen severas diferencias: (i) algunos dicen que ella no es parte de la Constitución, (ii) otros la observan solo en su versión liberal económica y proponen su eliminación o reemplazo, y (iii) otros pretenden modificarla mediante su integración con otros principios.

---

32 Ver Eduardo Soto Kloss, *Derecho administrativo. Temas fundamentales* (Santiago: Legal Publishing, 2009), 67-89; Fermandois, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, 89-109; Silva Bascañán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, 51-53; Verdugo, Pfeffer, y Nogueira, *Derecho Constitucional*, Tomo I, 111-112; Alejandro San Francisco, “Jaime Guzmán y el Principio de Subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho (PUC)* 19, n° 3 (1992): 529-534; y Enrique Alcalde Rodríguez, *Los principios generales del derecho* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003), 87-90.

33 Ver por ejemplo STC Rol N° 226-1995 (“Ley de Prensa”) y STC Rol N° 352-2002 (“Liceo Manuel de Salas”).

34 Soto Kloss, *Derecho administrativo*, 409.

35 Desde quienes desconocen la subsidiariedad en términos absolutos, ver el trabajo de Vallejo y Pardow, “Derribando mitos sobre el Estado empresario”, quienes desarrollan este punto con ocasión del análisis del Estado empresario. Otra opinión es la de Augusto Quintana, quien sostiene lo anterior desde una perspectiva más general, y reconociendo la existencia del principio, pero modificándolo. Quintana, “El principio de subsidiariedad”, 131.

Se trata, como puede verse, de afirmaciones que, si bien pueden tener una base política común, jurídicamente son contradictorias entre sí.

Desde la dimensión positiva o activa de la subsidiariedad, se abre al Estado la posibilidad de intervenir (subsidiariamente) en un determinado ámbito, cumpliendo algunos requisitos copulativos y exigiéndosele a su vez los denominados requisitos post-intervención, cuestión que ha sido elaborada especialmente por Arturo Fermandois<sup>36</sup>. Entre los primeros destaca: (a) el que se trate de actividades o fines que apunten al bien común, (b) que los privados no estén logrando un determinado fin o no exista presencia de privados en un ámbito fundamental para el bien común y (c) que el Estado haya agotado lealmente todos los esfuerzos para que dichas actividades sean desarrolladas por los particulares. Entre los segundos, encontramos que el Estado (d) debe continuar incentivando a los particulares para que tomen o retomen dicha actividad y (e) debe retirarse de un ámbito, abandonando completamente su intervención subsidiaria, una vez que los particulares están en condiciones o estén asumiendo dicha actividad.

Si bien esta concepción del principio de subsidiariedad ha sido criticada desde la vereda de los escépticos<sup>37</sup>, ella ha sido influyente en una parte importante de la doctrina y forma parte de la enseñanza legal que muchos profesores ofrecen a sus alumnos.

En suma, existen grandes diferencias entre los defensores y los críticos de la subsidiariedad. Mientras los primeros tienen la compleja tarea de armonizar las dos versiones que se aliaron para su consagración constitucional (la social-cristiana y la liberal económica), los segundos han ofrecido perspectivas y propuestas contradictorias en relación a la misma. Mientras algunos quieren eliminarla, otros pretenden reinterpretarla, otros la niegan y otros proponen su reemplazo por otras doctrinas o principios.

## II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: SUBSIDIARIEDAD APLICADA

En esta sección, sintetizaremos una parte importante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la subsidiariedad. El objetivo es constatar que existe una distancia entre la práctica jurisprudencial y la teoría ofrecida por la

36 Fermandois, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, 89-109.

37 Por ejemplo, Augusto Quintana ha sostenido que ella es una "visión más ideológica". Quintana, "El principio de subsidiariedad", 131.

doctrina. No pretendemos abarcar todas las sentencias relevantes, sino solo algunas que parecen especialmente influyentes. Cabe advertir que nuestro análisis se limita al Tribunal Constitucional, sin abordar los tribunales ordinarios, por lo que las inferencias y conclusiones que puedan extraerse del mismo están restringidas a una parte de la práctica jurisprudencial, y no son necesariamente representativas de lo que ocurre en otras sedes jurisdiccionales.

Una posible consecuencia de la práctica jurídica en torno al entendimiento de la Constitución Económica o el Orden Público Económico en su lectura, imperante, de deferencia al Estado regulador, tiene que ver con la suerte de depreciación de la subsidiariedad en su versión libertaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si bien existen una serie de precedentes robustos que ratifican una interpretación libertaria del principio de subsidiariedad (*Ley de Prensa*, *Liceo Manuel de Salas* y *People Meter*), coexisten con interpretaciones de la subsidiariedad que imponen obligaciones positivas a los privados (*Isapres*) o ponen énfasis en la “adecuada” autonomía de los grupos intermedios (*Franja primarias*)

#### **i. Ley de Prensa (1995) y Liceo Manuel de Salas (2002)**

Con ocasión de la discusión del proyecto de ley sobre “Libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo” (más conocido como “Ley de Prensa”) que buscaba establecer la obligación jurídica del Estado de asegurar la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión así como la variedad social, cultural y económica de las regiones, el TC sostuvo que ello implicaba la correspondiente intromisión en la autonomía de esos cuerpos intermedios o grupos asociativos que son los medios de comunicación social, lo que vulnera el artículo 1°, inciso tercero, de la Constitución, una de las Bases Fundamentales de la Institucionalidad<sup>38</sup>. Sostuvo asimismo que:

No es ocioso recordar que el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios o entes asociativos, es uno de los pilares básicos en la organización de la sociedad civil, y así lo establece, ya en su artículo 1° la Carta Fundamental, garantizando al mismo tiempo su adecuada autonomía, a fin de permitirles —

---

38 STC Rol 226-1995, considerando 28°.

como células vivas de la sociedad— la obtención de sus fines propios, contribuyendo de este modo a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la sociedad. Reconocimiento, amparo y garantía de su autonomía son los términos en que la Constitución se expresa a su respecto<sup>39</sup>.

Dicha autonomía para cumplir con sus propios fines específicos implica, sostuvo el TC, “la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar los objetivos que se desean alcanzar, para organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo”<sup>40</sup>, y sin más limitaciones que las que impongan la Constitución; es decir, “las que derivan de la moral, el orden público y la seguridad del Estado (artículos 19, N° 15, y 23), no interviniendo la autoridad pública sino en la medida que infrinjan el ordenamiento o su propio estatuto o ley social”<sup>41</sup>.

Posteriormente, en el caso conocido como “Liceo Manuel de Salas”, el TC reconoce expresamente que en el artículo 1° inciso tercero de la Constitución “se consagra... el principio de subsidiariedad como uno de los principios rectores del orden social”<sup>42</sup>. De acuerdo a dicho principio, profundiza el TC:

al Estado no le corresponde, entonces, absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se entiende sin perjuicio, por cierto, de aquellas que, por su carácter, ha de asumir el Estado. Eso explica el reconocimiento y amparo que el artículo 1°, inciso tercero, de la Constitución, presta a los ‘grupos intermedios’<sup>43</sup>.

---

39 STC Rol 226-1995, considerando 28°.

40 STC Rol 226-1995, considerando 29°.

41 STC Rol 226-1995, considerando 29°.

42 STC Rol 343-2002, considerando 4°.

43 STC Rol 343-2002, considerando 7°.

## ii. La herencia de los casos “Isapres”

Desde el primer fallo “Isapre”<sup>44</sup>, y con mayor razón desde “Isapre III”<sup>45</sup>, en los cuales se declaró inaplicable por inconstitucional el artículo 38 ter de la Ley de Isapres, la interpretación que realizó el TC respecto de los alcances de este principio cambia de manera relevante frente a los precedentes “*Ley de Prensa*” y “*Liceo Manuel de Salas*”.

En efecto, el TC sostuvo que:

el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza<sup>46</sup>.

Tal es, exactamente, para el TC, lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud.

Para este tribunal, las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, “pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud”<sup>47</sup>.

Así, “habiéndoles reconocido el Poder Constituyente a las Instituciones de Salud Previsional, como manifestación del principio de subsidiariedad, la facultad de intervenir en el proceso de satisfacer el derecho constitucional a la protección de la salud de sus afiliados”<sup>48</sup>, en los términos contemplados en el precepto respectivo, ellas deben “siempre y en todo caso, procurar que los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, en especial aquél cuya satisfacción les ha sido reconocida y está am-

44 STC Rol 976 (2008).

45 STC Rol 1218 (2009).

46 STC Rol 976 (2008), considerando 36°.

47 STC Rol 976 (2008), considerando 37°.

48 STC Rol 976 (2008), considerando 38°.

parada por la Carta Fundamental, no sean afectados en su esencia o menoscabados por la imposición de condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio...”<sup>49</sup>.

Bajo este contexto, el reconocimiento de los derechos sociales se vigoriza —para algunos nace—, *sobre la base* de la subsidiariedad, no *contra* ella.

### iii. El caso *People meter*

Con ocasión del requerimiento presentado por un grupo de diputados respecto de una norma del proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre que tenía por objeto prohibir el *people meter on line*, el TC declaró su inconstitucionalidad, entre otras razones, porque:

esta Magistratura Constitucional ha puesto de manifiesto la inconveniencia de toda forma de interferencia estatal en los medios de comunicación social, de cara a la vulneración de la autonomía que a los cuerpos intermedios —y los medios de comunicación social son tales— tal interferencia produce, infringiendo lo dispuesto en el artículo 1°, inciso tercero, de la Constitución<sup>50</sup>.

Volviendo sobre el precedente establecido en Ley de Prensa, específicamente sus considerandos 28° y 29°, sostiene a continuación el TC que se resolvió que

no es ocioso recordar que el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios o entes asociativos, es uno de los pilares básicos en la organización de la sociedad civil, y así lo establece, ya en su artículo 1°, la Carta Fundamental, garantizando al mismo tiempo su adecuada autonomía, a fin de permitirles —como células vivas de la sociedad— la obtención de sus fines propios, contribuyendo de este modo a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la sociedad. Reconocimiento, amparo y garantía de su autonomía son los términos en que la Constitución se expresa a su respecto.

---

49 STC Rol 976 (2008), considerando 36°.

50 STC Rol 2358 (2013), considerando 18°.

Para añadir en el considerando 29° que:

...Dicha autonomía para cumplir con sus propios fines específicos implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar los objetivos que se desean alcanzar, para organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo, y sin más limitaciones que las que impongan la Constitución<sup>51</sup>.

Así, con *People Meter* volvía a cobrar vigor una versión más bien libertaria de subsidiariedad, lo que se fortalecía con reconocer el precedente de “Ley de Prensa”. Sin embargo, pocos meses más tarde, un nuevo precedente cambiaría el escenario.

#### **iv. “Franja primarias” y la “adecuada” autonomía de los grupos intermedios**

El TC pronunciándose en sede de control preventivo obligatorio, respecto del proyecto de ley que establece la obligación de los canales de televisión de libre recepción de transmitir propaganda electoral para las elecciones primarias presidenciales, en el caso denominado doctrinalmente “*Franja primarias*”<sup>52</sup>, establecería una interpretación restrictiva respecto del entendimiento de la frase “adecuada autonomía de los grupos intermedios” del artículo 1° inciso tercero de la Constitución, enfatizado el que se trata de una autonomía “adecuada”.

Para el TC una obligación como la propuesta no afecta la autonomía de los grupos intermedios —dado que dicha autonomía es “la adecuada” para cumplir los fines específicos de la asociación. La televisión no es un grupo intermedio cualquiera, pues la Constitución convoca a la ley para regular una serie de aspectos; y no es sinónimo de imposibilidad para que el legislador los regule, porque es la manera en que el Estado los “reconoce y ampara”.

Así, en la parte relevante, el TC comienza sosteniendo que:

51 STC Rol 2358 (2013), considerando 19°.

52 STC Rol 2487 (2013).



para que estemos en presencia de un grupo intermedio, la agrupación respectiva debe ser creada en virtud del derecho de asociación, no por el legislador. Debe tratarse de entidades con fines distintos a los del Estado y sus organismos. Las agrupaciones intermedias son entidades diferentes a las del aparato público. Son organizaciones no gubernamentales (STC 1295/2009). Dicha autonomía le permite a la organización administrarse, organizarse y fijar sus objetivos sin injerencia externa (STC 184/1994)<sup>53</sup>.

Que, sin embargo, prosigue el TC, “dicha autonomía es “la adecuada” para cumplir los fines específicos de la asociación”<sup>54</sup>. La televisión no es un grupo intermedio cualquiera, pues la Constitución convoca a la ley para regular una serie de aspectos:

Por una parte, para determinar qué personas o entidades distintas del Estado o de las universidades pueden establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Por la otra, porque es una ley de quórum calificado la que debe regular la organización y atribuciones del Consejo Nacional de Televisión. En la Ley N° 18.838, se establece que solo las personas jurídicas constituidas en Chile y con domicilio en el país, pueden ser titulares de concesión de radiodifusión televisiva. Asimismo, se establece que dicho Consejo supervigila y fiscaliza a la televisión. No puede afirmarse, entonces, que la televisión es una organización intermedia completamente al margen de las intervenciones legislativas<sup>55</sup>.

Que, además, para el TC la autonomía de los grupos intermedios “no es sinónimo de imposibilidad para que el legislador los regule. Por de pronto, porque es la manera en que el Estado los “reconoce y ampara”. Enseguida, porque varios de estos grupos intermedios tienen derechos específicos, consagrados en el artículo 19, que traducen dicho mandato de reconocimiento y amparo”<sup>56</sup>. Para el TC este es también el caso de los sindicatos (artículo 19, N° 19°), las empresas (artículo 19, N° 21°) y las asociaciones en general (artículo 19, N° 15°).

Asimismo, es la misma Constitución, sostiene el tribunal:

---

53 STC Rol 2487 (2013), considerando 45°.

54 STC Rol 2487 (2013), considerando 46°.

55 STC Rol 2487 (2013), considerando 46°.

56 STC Rol 2487 (2013), considerando 47°.

la que establece que tratándose de las empresas, esta actividad debe llevarse a cabo “respetando las normas legales que las regulan” (artículo 19, N° 21°). Del mismo modo, la potestad legislativa tiene también rango constitucional. El legislador está llamado a dictar normas generales y obligatorias, de modo que cuando cumple esa tarea, no realiza una intromisión ilegítima en dicha autonomía. Dicha intervención legislativa, por definición, afecta la autonomía, porque establece restricciones, limitaciones, obligaciones. Sin embargo, lo relevante es que no la elimine y que no la restrinja gravemente<sup>57</sup>.

Podría sostenerse que se trata de un precedente que se enmarca exclusivamente bajo el contexto especial de la regulación de la televisión, el que sería un tipo de ámbito donde la injerencia estatal es reconocidamente mayor. La tesis cobra fuerza si se integra con los precedentes de los casos *Isapres*, también en el contexto de un mercado regulado.

Con todo, y con independencia de esta interpretación, es posible decir que con “*Franja primarias*” la versión libertaria de la subsidiariedad se ve mermada a todo evento.

### III. CONTRASTANDO LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA. IMPLICANCIAS PARA EL DEBATE CONSTITUYENTE

Como puede observarse en las secciones anteriores, la teoría elaborada por los constitucionalistas respecto de la subsidiariedad y la práctica que este principio ha tenido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, deben reconocerse ciertas asimetrías. Lo anterior no debiera ser extraño, ya que existe una diversidad importante de opiniones en materia teórica y varios fallos en áreas diferentes que descansan sobre concepciones diferentes de la subsidiariedad. De esta manera, la asimetría no se observa solamente cuando se confronta *la* teoría con *la* práctica, sino que también se observan diferencias importantes *dentro* de la teoría y *dentro* de la práctica.

En general, y como vimos, los manuales y los críticos suelen resaltar la dimensión negativa abstencionista de la subsidiariedad, dejando la versión estatal-activa en un plano secundario. Aunque los defensores social-cristianos de la subsidiariedad debieran desafiar esta perspectiva (como algunos efectivamente lo hacen), en general la teoría sobre la subsidiariedad tiene esta entonación, ade-

---

57 STC Rol 2487 (2013), considerando 47°.

más de un énfasis especial en su dimensión económica. Por ello, si bien la literatura reconoce que la subsidiariedad tiene manifestaciones sociales más amplias que la económica, es en este último punto donde ha habido mayores desarrollos y discusiones a nivel teórico, tanto por los defensores de la misma (en especial los liberales económicos) como por los críticos de ella (en especial los que oponen otros valores a la subsidiariedad, como la solidaridad y el Estado social, entre otros). De esta manera, y salvo excepciones, el debate sobre la subsidiariedad ha sido reducido a su dimensión económica y a su vínculo con el sistema de mercado y la protección de los derechos sociales.

Si bien las recetas que se ofrecen son diversas y contradictorias entre los críticos (desconocer el principio, hacerlo evolucionar o reemplazarlo), entre los defensores existen posiciones doctrinarias más unitarias en reconocer su existencia y en promover su aplicación.

De cara a este estado actual de la literatura, y sin perjuicio de estudios sobre la jurisprudencia al respecto<sup>58</sup>, en esta última las tendencias han sido contradictorias. En efecto, es posible observar diversas etapas en la jurisprudencia. En primer lugar, en los primeros casos asociados a la prensa y a la educación, el Tribunal Constitucional estuvo comprometido con la defensa de la doctrina de la subsidiariedad, evitando profundizar mayormente en la forma en que se vulneraba la subsidiariedad. Con ello, el Tribunal daba a entender su concepción, pero no creaba estándares claros y objetivos que permitieran predecir su aplicación respecto de otros casos de diversa naturaleza. Estos casos parecen ser compatibles con la explicación que la literatura más tradicional ofrece acerca de la subsidiariedad, especialmente aquella que la analiza desde una perspectiva originalista. Por ello, tanto defensores como críticos de la subsidiariedad tenían en esta época un lugar común desde el cual debatir.

La cuestión se complejizó de manera repentina con los casos de las Isapres, donde hubo una manera diferente de observar el problema, probablemente debido a cambios importantes en la integración del Tribunal. Bajo estos fallos, la subsidiariedad es compatible con los derechos sociales (de hecho, ellos parecen una exigencia *de* la subsidiariedad), ella se puede invocar en contra de particu-

---

58 Por ejemplo, Fermandois, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, 95-108; López, *Libertad de empresa y no discriminación económica*; Bassa, "La evolución en la protección constitucional de los derechos sociales vía interpretación constitucional", 101-106; Suárez, "Los derechos económicos y sociales en la Constitución chilena".

lares (y no solo del Estado) y ella exige el respeto a valores que antes eran vistos como antagónicos a ella, como la solidaridad. Con estos casos, los oferentes de mercados regulados relacionados con derechos sociales no pueden abstraerse de proveer dichos bienes, perdiendo libertades en la dimensión económica del problema. Asimismo, estos casos resaltan la dimensión activa de la subsidiariedad y, por consiguiente, alteran el escenario dentro del cual la discusión teórica tiene lugar, distanciando los paradigmas clásicos del debate de la realidad práctica.

Bajo la óptica de estos casos, pierden importancia aquellos argumentos que criticaban la subsidiariedad sobre bases asociadas al capitalismo liberal o al Estado de bienestar, entre otras. Además, las críticas realizadas sobre el Estado empresario restringido deberían dirigirse en contra de los requisitos del mismo, pero no sobre la base de la subsidiariedad, ya que esta nueva concepción no impediría necesariamente la iniciativa estatal. En cuanto a los defensores de la subsidiariedad, estos casos parecen haber dejado contentos a social-cristianos, pero no a liberales económicos, con lo que se quebraría la alianza originalmente establecida. Una muestra de ello, por ejemplo, es la participación de ministros como José Luis Cea en los primeros fallos de las Isapres.

Las Isapres marcaron un cambio de paradigma en la subsidiariedad y, al igual que en los primeros casos analizados en materia de prensa y educación, estos casos también fracasaron en la construcción de *tests* judiciales objetivos que permitan predecir una aplicación futura en casos diversos con cierta probabilidad. Si bien ellos marcaron la pauta en una serie de interminables derrotas judiciales para las Isapres, ellas hoy no tienen directrices claras para sujetar su actuación a normas que la jurisprudencia no ha sido capaz de entregar ante el vacío legal existente, especialmente después de la sentencia derogatoria respectiva.

El futuro de los últimos casos citados tampoco ofrece, al menos todavía, una manera predecible de observar la forma en que la subsidiariedad operará judicialmente en el futuro. Hoy, el problema parece estar más relacionado con los equilibrios políticos al interior del Tribunal Constitucional (y su integración) que con un debate relativo a la manera concreta en que judicialmente debe utilizarse la doctrina de la subsidiariedad. Ello ha ocasionado una separación importante entre el principio y la doctrina de la subsidiariedad, con la manera en que esas ideas se concretan judicialmente mediante *tests* que puedan ofrecer relativa certeza jurídica a quienes se pueden ver afectados por ella.

Así las cosas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha hecho que la discusión teórica sea menos importante que antes. Mientras los críticos y los liberales económicos ofrecen conceptos contradictorios con ella, los social-cristianos parecen avanzar de una manera poco predecible y, tal vez, poco sostenible en el tiempo.

Quienes hoy participan del debate constituyente no deberían prescindir de las consideraciones anteriores. Ni la teoría ni la práctica ofrecen un diagnóstico muy claro respecto del estado actual de la cuestión, y sus contradicciones plantean más preguntas que respuestas acerca del mismo. Por ello, trabajar con una parte de la literatura implica correr el riesgo de tener una evaluación parcial más cercana a las consignas incompletas que a un buen parámetro desde donde discutir políticamente. Este debate estará necesariamente vinculado con lo que ocurra en relación con las propuestas institucionales de modificar el Tribunal Constitucional, y también con el éxito que puedan tener otros elementos asociados, como ocurre con los derechos sociales y el Estado social de derecho, por ejemplo. Lo anterior tiene implicancias importantes para quienes negocien o participen de la eventual redacción de una nueva Constitución.

## **Conclusiones**

Tanto los defensores como los críticos del principio de subsidiariedad analizan el mismo sobre una premisa libertaria y a veces conservadora en su configuración. La teoría constitucional respecto de la subsidiariedad, entonces, se relaciona con una manera reducida de concebir al Estado en materia social y económica. No obstante, esta perspectiva no corresponde a la realidad práctica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, especialmente después de los paradigmáticos casos de las Isapres. Bajo esta jurisprudencia, se ha hecho una entonación en la dimensión positiva y activa de la subsidiariedad, de la cual nacen obligaciones que se pueden invocar incluso contra particulares. Con ello, la subsidiariedad no se opone a los derechos sociales, sino que los fortalece. Uno de los problemas de esta jurisprudencia es la ausencia de un *test* judicial que permita inferir la manera en que el tribunal tratará con la doctrina de la subsidiariedad en otros casos en el futuro. De esta manera, la subsidiariedad no ha podido convertirse en un estándar que le entregue certeza a la comunidad jurídica respecto de otras regulaciones que podrían ser impugnadas en el futuro.

Lo anterior ha generado una diferencia entre la teoría y la práctica de la doctrina de la subsidiariedad, que debiera llevar a los autores a revisar la manera en que enfrentan el debate constituyente.

Por una parte, los defensores de la subsidiariedad debieran condicionar su defensa a la aplicación práctica de una doctrina que hoy parece desvanecerse. De lo contrario, debieran buscar otras formas más efectivas de defender los principios de una sociedad libre. En este punto, podría observarse una separación de la alianza original entre los social-cristianos y los liberales económicos. Dicha alianza, que explica la importancia que tuvo la subsidiariedad en la Constitución de 1980, hoy tiene matices que parecen favorecer más la posición social-cristiana que la liberal. Por esa razón, la manera en que se enfrentará el debate constituyente puede observar una división que podría debilitar a la derecha política frente al progresismo jurídico. El pragmatismo político no puede quedar olvidado en este punto, razón por la cual nuestro llamado es práctico: debiera buscarse la forma más eficaz de defender la sociedad de libertades bajo prismas comunes.

Por otra parte, varios de los críticos de la subsidiariedad debieran reconocer que sus contraargumentos se dirigen a una perspectiva teórica que hoy solo tiene cabida en la doctrina, lo que restringe enormemente la importancia de la crítica. Si hoy la subsidiariedad (en su versión *aplicada*) no se opone a la defensa de los derechos sociales, ni es útil para cuestionar regulaciones sociales que podrían asociarse al Estado social o al Estado de bienestar, entonces la crítica que se formula al mismo pierde sentido desde la perspectiva puramente constitucional. Si bien el discurso del progresismo jurídico puede nutrirse del enemigo común asociado al modelo económico, será difícil superar la tensión producida por quienes argumentan que la Constitución de 1980 debe evolucionar hacia posiciones más igualitarias, y quienes utilizan este argumento para justificar el cambio constitucional formal.