

LA PROCURA EXISTENCIAL COMO FUNCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y
SU CONTRASTE CON EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

The provision for subsistence as a function of the Administration in the social State and its
contrast with the principle of subsidiarity

SOTO-DELGADO, PABLO*
Universidad Austral de Chile

Resumen

Esta investigación proporciona una elaboración conceptual y sistematizada de la función administrativa de procura existencial y analiza su vínculo con el Estado social. Para ello, se examinan la doctrina y la jurisprudencia constitucional que en Alemania desarrollan esa categoría, extrayéndose de ellas un modelo que pueda orientar el diseño, implementación y control de la Administración prestacional, confrontándolo críticamente con la matriz administrativa de la subsidiariedad y ofreciendo una posible armonización entre ambas.

Palabras clave

Procura existencial; prestaciones sociales; Estado social.

Abstract

This research provides a conceptual and systematized elaboration of the administrative function of provision for subsistence and analyzes its link with the social state. To this end, it examines German doctrinal sources and constitutional case law developing this category in order to build a model that can guide the design, implementation, and control of the social Administration. Lastly, it confronts this model with the administrative scheme based on the principle of subsidiarity and offers a possible harmonization between them.

Key words

Provision for subsistence; social benefits; social state.

Introducción

El aspecto social del Estado ha sido una preocupación persistente en la discusión política de los últimos años. Así es como el proyecto constitucional de la expresidenta Bachelet planteaba que Chile sería *“un Estado de Derecho democrático y social”*¹. Por su parte, la propuesta de Constitución de la Convención Constitucional pretendía constituir *“un Estado social y democrático de derecho”*². Luego del rechazo ciudadano de ese texto³, la reforma

* Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Calle Santiago s/n, Balneario Pelluco, Puerto Montt, Chile. Correo electrónico: pablo.soto@uach.cl; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3406-4451>.

Esta investigación se encuentra financiada por ANID/FONDECYT/Iniciación 11201297, titulado: “Modelando la procura existencial: provisión de servicios y regulación para un esquema estatal no subsidiario”. El autor agradece las valiosas observaciones efectuadas por los árbitros que evaluaron esta investigación.

¹ PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA (2018), p. 27.

² CONVENCION CONSTITUCIONAL (2022), p. 5.

³ Referéndum de 4 de septiembre de 2022.

constitucional que habilitó el también frustrado proceso constituyente del año 2023⁴ introdujo la siguiente fórmula como base fundamental: “Chile es un Estado social y democrático de derecho”⁵.

Un elemento que caracteriza el Estado social, y que en ese modelo determina parte esencial de los cometidos de la Administración, es la provisión o procura existencial (*Daseinsvorsorge*)⁶⁻⁷, categoría cuyo estudio pertenece al ámbito de las funciones administrativas⁸.

Las publicaciones nacionales proporcionan poco desarrollo sobre la procura existencial⁹⁻¹⁰, en concordancia con la ausencia de una definición social del Estado de Chile. Ahora bien, considerando el reciente debate público sobre la eventual vigencia de ese modelo y su compatibilidad o no con el principio de subsidiariedad, como se planteó durante el último proceso constituyente¹¹, es pertinente centrar la atención en la procura existencial, porque fundamenta y materializa el Estado social.

La presente investigación tiene cuatro objetivos: (i) proporcionar una elaboración conceptual y sistematizada de la función administrativa de procura existencial; (ii) ofrecer un estudio de la conexión entre esa categoría y el Estado social; (iii) proponer un modelo operativo que pueda orientar el diseño, implementación y control de la Administración de la procura existencial en el Estado social; y (iv) analizar críticamente la idea de una posible compatibilidad entre Estado social y Estado subsidiario, contrastando la matriz proporcionada por la procura existencial, que define lo social del Estado, con el esquema administrativo inspirado por el principio de subsidiariedad, detectando sus diferencias y una eventual armonización.

Además de esta introducción, el texto analiza el origen y fundamento de la procura existencial en la obra de Ernst Forsthoff (1), y continúa con su tratamiento doctrinario posterior (2). Enseguida, se examinan los desarrollos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (3). Luego se perfila un modelo de procura existencial del que pueden desprenderse diversas consecuencias para la Administración del Estado social (4), y se lo confronta con el modelo de Estado administrativo basado en la doctrina de la subsidiariedad para esbozar un germen de compatibilidad entre ambas perspectivas (5). Finalmente, se especifican las conclusiones.

⁴ Referéndum de 17 de diciembre de 2023.

⁵ Artículo 154 numeral 5 de la Constitución Política de la República.

⁶ FORSTHOFF (1938), p. 6.

⁷ Las traducciones del alemán que se incluyen en este texto son propias.

⁸ MAURER (2011), pp. 52-54; SCHULZE-FIELITZ (2012), pp. 825, 841-847.

⁹ Menciones incidentales en CEA (1983), p. 14; VIERA (2013), p. 30; VIERA (2014), pp. 460-461; PFEFFER Y LIZAMA (2015), p. 127; POYANCO (2017), p. 766; VALDIVIA (2018), p. 154. Recientemente, ALVEAR (2023).

¹⁰ Excepcionalmente, PIELOW (2004), pp. 17-31.

¹¹ FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN (2023), p. 6.

1. La procura existencial de Forsthoff

1.1. El espacio vital como justificación

La procura existencial es una categoría del derecho administrativo alemán¹² propuesta por Forsthoff¹³ en los años treinta del siglo XX¹⁴ para conceptualizar las nuevas actividades de la Administración estatal alemana como consecuencia de los cambios sociales generados mediante los adelantos tecnológicos y la urbanización. Como explicaba ese autor, las personas y sus núcleos familiares ya no dominan una esfera que les permita satisfacer autárquicamente sus necesidades vitales: la vida no se desenvuelve en la casa del campo ni en una granja que permita apropiarse de bienes para la subsistencia¹⁵. En su lugar, la sociedad moderna está conformada de masas sin un espacio vital controlado que satisfacen parte de sus necesidades existenciales mediante las posibilidades de apropiación proporcionadas por el salario¹⁶. Para ello, se desplazan territorialmente, lo que viene facilitado por el desarrollo de los medios de transporte¹⁷.

La procura o provisión existencial denomina aquellos actos que se realizan para satisfacer la necesidad de apropiación vital¹⁸. A su respecto, cabe preguntarse por quién tiene responsabilidad de solventarla, cuestión que puede radicarse en el individuo, aunque esto requiere condiciones: *“la responsabilidad individual por la existencia presupone que la seguridad de la existencia se da en el espacio vital controlado o, al menos, se garantiza como posibilidad mediante una apropiación de los bienes de la vida que funcione sin problemas”*¹⁹. Como estas circunstancias no existen en la vida moderna, el *“individuo sólo ve aseguradas sus posibilidades de existencia en la solidaridad del grupo social”*²⁰, concretada en los medios públicos radicados en la Administración del Estado²¹, dirigidos a garantizar la relación entre los salarios y los precios; a regular la economía; y a la prestación de servicios de vital dependencia. Entre estos se encuentran el abastecimiento de agua, gas, electricidad, medios de transporte, correos, telefonía, higiene, previsión para la vejez, invalidez, enfermedad y desempleo²²⁻²³. En tales ámbitos, la regulación pública es capital, debiendo descartarse los principios del derecho privado para organizar la prestación administrativa, puesto que ello *“conlleva directamente el peligro de que las obligaciones administrativas públicas se cumplan principalmente según principios económicos[;] existen límites al objetivo de obtener utilidades, y aún más claramente: está restringido por los imperativos de la justicia social que, por razones políticas ineludibles, deben tener prioridad”*²⁴.

¹² No debe desconocerse la influencia en el derecho constitucional y administrativo español de esta categoría, según se aprecia en GARCÍA-PELAYO (1994), pp. 26-34. Ya antes MARTÍN-RETORTILLO (1962), pp. 38-57. La procura existencial continúa siendo de interés en España, como lo muestra MAGALDI (2020), pp. 152-168, en concordancia con el principio de Estado social contenido en el artículo 1.1 de la Constitución Española. Según PAREJO (2018), pp. 467-468, entre los principales modos de actuación con *imperium* de la Administración se encuentra la procura existencial, que contempla la administración social, referida a las contingencias de la vida como la enfermedad, vejez o desempleo; las ayudas económicas y de suministro ante situaciones de desventaja; provisión de ciertos bienes como alimentos o aparatos médicos; y la seguridad social. Para GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2011), p. 70: *“la función del Derecho Público ya no se agota en la pura defensa de la libertad y de la propiedad individuales [...] sino que debe alcanzar también a encauzar adecuadamente una tarea de asistencia vital, de procura existencial, de aseguramiento de las bases materiales de la existencia individual y colectiva”*. Esta, indica BLANQUER (2010), p. 79, ha de garantizarse *“a todos los ciudadanos”*. Enfocado en la Administración en el Estado social, RODRÍGUEZ (2007), pp. 63-88.

¹³ Sobre la vida y obra de Forsthoff, MAGALDI (2007), pp. 56-70.

¹⁴ Esbozada ya en FORSTHOFF (1935), p. 398.

¹⁵ FORSTHOFF (1938), p. 4.

¹⁶ FORSTHOFF (1938), p. 6.

¹⁷ FORSTHOFF (1938), pp. 4-5.

¹⁸ FORSTHOFF (1938), p. 6.

¹⁹ FORSTHOFF (1938), p. 6.

²⁰ FORSTHOFF (1938), p. 6.

²¹ Para MAGALDI (2020), p. 163, *“se imputa una obligación jurídica a la Administración del Estado”*.

²² FORSTHOFF (1938), p. 7.

²³ El origen y evolución de la idea según la cual el Estado debe intervenir en la sociedad, asumiendo funciones de provisión existencial y redistribución, en BÖCKENFÖRDE (2000), p. 35.

²⁴ FORSTHOFF (1938), p. 23.

Para Forsthoff, la superación de lo individual en la provisión de las condiciones vitales de existencia restablece la primacía de la persona y precave el sometimiento humano a las cosas. La responsabilidad colectiva en la procura existencial restituye la importancia de la humanidad y establece la conexión correcta entre personas y cosas que deben controlarse. Esto supone un genuino enfoque constitucional, porque la Constitución establece una relación apropiada entre personas y elementos materiales²⁵.

1.2. El desarrollo en la posguerra

Instaurada la República Federal alemana, Forsthoff escribiría, en su clásico manual²⁶, que la Administración ya no solo era una organización para garantizar el orden, sino también, y primordialmente, una prestadora de servicios: así sucedía en *“las empresas municipales de agua, gas, electricidad; en las empresas de transporte público; en el control y distribución de víveres en épocas de crisis; en los servicios dentro del campo de la sanidad; en los actos culturales, etcétera”*²⁷.

El ámbito de la prestación dirigida a las personas se desenvuelve en un contexto en que la Administración tiene por objeto conformar la realidad y mejorar la situación social, que no puede ser vista como un hecho inmóvil ni considerarse *“fundamentalmente justa”*²⁸. Esta idea implica renunciar a la concepción de que la intervención administrativa involucra siempre una afectación indebida en los derechos individuales²⁹: la actuación estatal no es a todo evento una actividad de coacción que se opone a la libertad³⁰.

Las prestaciones de la procura existencial son controladas o llevadas a cabo por la Administración³¹, que puede servirse de medios objetivos (calles, plazas, canales, medios de transporte, industrias, etc.) propios o ajenos. Entre estos últimos, se encuentra la organización empresarial que, con su dirección y gestión económica, está en condiciones de servir la asistencia vital, aunque con una regulación específica de su responsabilidad frente a la Administración: *“Esto puede efectuarse por ley, por limitaciones establecidas en una concesión o por medio de contrato[;] existen, por otra parte, amplias posibilidades para regulaciones contractuales entre la Administración y las empresas privadas sobre distintas prestaciones de la asistencia vital”*³².

Esas prestaciones, que constituyen una función administrativa suplementaria de la imposibilidad individual de proveerse la propia existencia, no solo socorren a quienes están en situación de escasez³³, sino que operan en *“un sentido mucho más amplio”*³⁴: hacen participar del bienestar general a la mayor cantidad de capas sociales³⁵. Como consecuencia de esta generalidad o distribución igualitaria, las medidas para garantizar la procura existencial no deben condicionarse políticamente³⁶.

La procura existencial le otorga su atributo social al Estado³⁷. Esta idea, debe aclararse, significa que no es necesaria la constitucionalización del Estado social³⁸ para que un Estado tenga esa característica, algo que obedece a la metamorfosis socio-estatal producida a partir de la articulación entre la legislación y la Administración. En efecto, *“[c]asi todas las instituciones*

²⁵ FORSTHOFF (1938), p. 17.

²⁶ Afirma MAURER (2011), p. 65, que ese libro está entre los más influyentes del derecho administrativo del período; según STOLLEIS (2017), p. 132 generó en la temprana República Federal alemana la discusión sobre la Administración prestadora de servicios.

²⁷ FORSTHOFF (1958), p. 63.

²⁸ FORSTHOFF (1958), p. 109.

²⁹ FORSTHOFF (1958), p. 117.

³⁰ FORSTHOFF (1958), p. 473.

³¹ FORSTHOFF (1958), p. 473.

³² FORSTHOFF (1958), p. 480.

³³ Según FORSTHOFF (1938), p. 12, la procura existencial no solo abarca *“los bajos fondos de la vida social”*.

³⁴ FORSTHOFF (1986a), p. 49.

³⁵ FORSTHOFF (1975), p. 128.

³⁶ FORSTHOFF (2015), pp. 92-93.

³⁷ FORSTHOFF (1986a), p. 49.

³⁸ Sobre este punto, MAGALDI (2007), pp. 135-145.

de nuestro Derecho público, que han transformado al Estado en un Estado social, son obra de la legislación y de la administración. [...] No es, pues, por el ámbito constitucional, sino por el de la administración por donde el Estado social ha penetrado en la teoría del Derecho público”³⁹.

Las reflexiones de Forsthoff sirvieron como punto inicial en la discusión sobre la procura existencial y han sido desarrolladas por la doctrina iuspublicista alemana en conexión con el modelo de Estado social, lo que se revisa a continuación.

2. La categoría administrativa de procura existencial

2.1. La procura existencial como función administrativa del Estado social

El Estado social de Derecho es una construcción que vincula dos modelos: el Estado de Derecho, por una parte, y el Estado social, por otra⁴⁰. Esa concepción considera los intereses antagónicos presentes en el proceso democrático para producir una distribución justa de oportunidades y bienes⁴¹. De ahí que sus finalidades más importantes comprendan la ayuda contra la necesidad y la pobreza, un nivel de subsistencia digno para todos, la reducción de las diferencias de riqueza, el control de las relaciones de dependencia, la producción de mayor igualdad y seguridad contra las contingencias vitales; y el aumento y extensión de la prosperidad⁴². Estos objetivos compensan la incapacidad de los miembros de la sociedad para asegurar su propia existencia a través de los instrumentos del mercado, la libertad de comercio, los contratos y la propiedad⁴³. Así se alinean lo social y la procura existencial: lo primero comprende lo segundo⁴⁴, y en cuanto el Estado social es un elemento de carácter constitucional, cabe concluir que el Estado “*debe, en virtud de su Constitución, ser el garante de los servicios de procura existencial*”⁴⁵. Esto en ningún caso significa que el Estado detente el monopolio de lo social ni que pueda eliminar a la sociedad para garantizarlo⁴⁶.

El principio del Estado social se caracteriza por su amplitud e indeterminación y no proporciona pautas específicas de actuación directamente aplicables por los órganos estatales sin que exista un fundamento jurídico que le otorgue concreción. Por lo mismo, el desarrollo del Estado social a través de la procura existencial recae particularmente en el legislador⁴⁷, cuestión que puede verse, por ejemplo, en la regulación legal alemana sobre el transporte local, que alude al cometido y la responsabilidad pública en la materia, afirmando que: “*Garantizar que la población esté adecuadamente atendida por los servicios de transporte público local de pasajeros es una tarea de procura existencial*”⁴⁸. La realización de los objetivos estatales se lleva a cabo a través de la Administración. Por ello, adquiere sentido la afirmación de que el “*Estado social es necesariamente un Estado administrativo*”⁴⁹.

La procura existencial se basa en tres supuestos: (i) la dependencia particular de las personas en ciertos servicios, que aumenta debido al desarrollo demográfico, económico, social y tecnológico; (ii) la experiencia de que las fuerzas libres del mercado no siempre pueden proporcionar los servicios requeridos en la cantidad, calidad, fiabilidad, accesibilidad y asequibilidad deseadas; y (iii) la convicción de que el Estado tiene la responsabilidad de evitar dichos déficits, ya sea preventiva o compensatoriamente, y debe garantizar que los servicios se brinden apropiadamente y en la medida requerida⁵⁰. En otra formulación, se ha indicado que la

³⁹ FORSTHOFF (1986b), p. 78.

⁴⁰ STOLLEIS (2017), p. 152.

⁴¹ STAFF (1984), p. 27.

⁴² ZACHER (1987), p. 1060.

⁴³ BADURA (1966), p. 625.

⁴⁴ BENDA (2001), p. 530.

⁴⁵ RONELLENFITSCH (2003), p. 74.

⁴⁶ ZACHER (1987), p. 1061.

⁴⁷ SCHMIDT-ASSMANN (2012a), p. 330.

⁴⁸ §1 de la Ley de Regionalización del Transporte Público Local, de 1993.

⁴⁹ BADURA (1966), p. 625.

⁵⁰ SIMON (2009), p. 12.

responsabilidad directa del Estado se manifiesta en dos situaciones principales: cuando los particulares carecen de capacidad para desarrollar una infraestructura completa y abrir el mercado, y cuando se busca garantizar el cumplimiento adecuado de la procura existencial, mediante el aseguramiento de su acceso universal a precios asequibles⁵¹.

La provisión existencial ha de asegurar una *“estabilidad de la oferta de servicios y [...] la calidad de las prestaciones”*⁵² y se caracteriza por la generalidad, que se expresa en su distribución igualitaria y en la indiferencia tarifaria. De este modo, aquella categoría no solo alude a las prestaciones dirigidas a quienes están en una situación de debilidad social⁵³. Este componente ha sido descrito de la siguiente manera: *“la procura existencial alcanza a todos, no sólo a aquellos que ‘no podrían permitirse’ los servicios o bienes en cuestión si la comunidad no los proporcionara. Por principio, la procura existencial no escalona sus ‘precios’ socialmente. Ni son necesariamente más caros para los ‘más ricos’, ni son necesariamente más baratos o gratuitos para los ‘más pobres’”*⁵⁴.

La procura existencial se inserta en una economía social de mercado, inherente al Estado social. Esto implica no solo que la producción y distribución de bienes ocurre a través de mecanismos de mercado y empresas privadas compitiendo entre sí, sino también mediante el Estado, ya sea de manera directa o indirecta, si se presentan ciertas circunstancias. Así sucede cuando se trata de bienes que la economía de mercado no puede proporcionar de manera confiable o generalizadamente, como por ejemplo en el caso de los servicios de transporte y otras infraestructuras; lo mismo cuando están involucrados bienes que la economía de mercado no asigna a quienes los necesitan debido a su falta de recursos de capital o laborales, como con las ayudas sociales⁵⁵.

2.2. Contenidos, flexibilidad y nuevos desarrollos

La procura existencial se ha introducido en la ley⁵⁶ y se compone de un núcleo estable y permanente que incluye la eliminación de residuos, las comunicaciones (incluyendo vías), la atención médica, el cuidado de los niños en los jardines infantiles, la educación escolar y el transporte público⁵⁷. Esta categoría ha tenido especial relevancia en la infraestructura, esto es, en cuanto al conjunto de medios físicos, de personal y organizacionales que sirven para la movilidad de las personas, el transporte de mercancías y la comunicación a distancia⁵⁸. Su planificación permite integrar a la población y hacerla partícipe en la mejora común de las condiciones económicas⁵⁹. En todos esos ámbitos existe una responsabilidad pública que ha quedado directa o indirectamente radicada en la Administración⁶⁰.

Sin embargo, la procura existencial es una categoría flexible, lo que admite su adaptación a nuevas situaciones y ámbitos de referencia⁶¹. Esto confirma que los factores demográficos, económicos, sociales y tecnológicos producen cambios en la dependencia que tienen las personas respecto a los servicios y bienes vitales. Así, nuevos desarrollos incluso recurren a la procura existencial para considerar como infraestructura crítica a los mercados financieros⁶². Esta relativa indeterminación y la flexibilidad en las actividades que quedan sujetas al régimen de la procura existencial se decide caso a caso⁶³ por el legislador democrático.

⁵¹ RONELLENFITSCH (2003), pp. 77 y 80.

⁵² SCHMIDT-ASSMANN (2003), p. 182.

⁵³ RONELLENFITSCH (2003), p. 76.

⁵⁴ ZACHER (1987), p. 1061.

⁵⁵ ZACHER (1987), pp. 1080-1081.

⁵⁶ RONELLENFITSCH (2003), pp. 80-86.

⁵⁷ DEHNE (2019), pp. 62-63.

⁵⁸ HERMES (1998), p. 168.

⁵⁹ NEU (2009), p. 11; GRUPP (2009), pp. 65-71.

⁶⁰ VOSSKUHLE (2003), p. 286.

⁶¹ SCHMIDT-ASSMANN (2012b), p. 77; SCHMIDT-ASSMANN (2003), p. 180; MAGALDI (2020), pp. 167-168.

⁶² LANGENOHL (2020), pp. 6-7.

⁶³ SIMON (2009), p. 12.

La discusión sobre la procura existencial ha resurgido en la última década en Alemania a propósito de la reorganización y reinternalización local de ciertas prestaciones que fueron privatizadas, en el entendido que, jurídicamente, la categoría admite una orientación de provecho comunitario de los servicios, en lugar de la pura maximización de utilidades asociada a su explotación⁶⁴⁻⁶⁵. Es lo que ha acontecido con los servicios de agua potable en Brandeburgo⁶⁶.

2.3. Provisión administrativa directa y provisión privada de la procura existencial

La procura existencial no depende de su forma jurídica. Así, el uso de instrumentos jurídicos de derecho privado en la procura existencial no desnaturaliza su función pública⁶⁷. En concordancia, ella no solo se implementa mediante funciones directamente llevadas a cabo por la Administración. Por lo mismo, la responsabilidad administrativa ante las condiciones vitales de existencia opera mediante la utilización de organizaciones empresariales administradas por el Estado, o bien, a partir de la externalización de las prestaciones, pero con la garantía estatal⁶⁸.

Lo anterior permite entender que la procura existencial impone al legislador la obligación de producir *“la regulación correspondiente”*⁶⁹, ya sea para la provisión administrativa directa, o bien, para su aseguramiento cuando queda a cargo de los particulares. En este último caso adquiere relevancia la dimensión regulatoria como garantía prestacional, también definida como una función administrativa. Conforme a ella, la Administración tiene el deber de asegurar que los particulares ejecuten las prestaciones de la procura existencial transferidas al sector privado, incluso en régimen de mercado y competencia. Este aseguramiento debe ocurrir de modo tal que la Administración garantice *“a través de los mecanismos apropiados, que tales actividades, al ser necesarias para la población, son desarrolladas por las empresas privadas en una medida suficiente y de un modo adecuado”*⁷⁰. En estos términos, la Administración garante de prestaciones incluye todos aquellos cometidos que equilibran los intereses del sector privado, del Estado y el bien común, creando condiciones que minimicen el perjuicio a este último a causa de fallas de los mercados. Esto incluye la estructuración del mercado (libre competencia y protección al consumidor), la regulación administrativa⁷¹ y la planificación⁷², respetando siempre la dinámica y capacidad de actuación de la esfera social⁷³.

3. El perímetro constitucional de la procura existencial

3.1. Constitucionalización, ámbitos y garantía

A pesar de que en el planteamiento primigenio de Forsthoff la procura existencial no requería un fundamento constitucional, el Tribunal Constitucional Federal Alemán produjo una constitucionalización de la categoría a través de sus decisiones. En efecto, al estudiar la jurisprudencia de esa Corte⁷⁴ es posible encontrar sentencias que han ido construyendo las

⁶⁴ BAUER (2012), p. 23.

⁶⁵ WOLLMANN (2013), pp. 74-75.

⁶⁶ BECKER (2012), pp. 50-54.

⁶⁷ BADURA (1966), p. 631.

⁶⁸ SCHULZE-FIELITZ (2012), p. 843.

⁶⁹ MAURER (2011), p. 53.

⁷⁰ MAURER (2011), p. 53. También SIMON (2009), pp. 21-23.

⁷¹ Sobre la regulación como metodología de comprensión de la actividad administrativa, EIFERT (2014), pp. 207-210.

⁷² SCHULZE-FIELITZ (2012), pp. 847-853.

⁷³ SCHMIDT-ASSMANN (2012b), p. 107.

⁷⁴ Para esta sección se han revisado setenta y nueve sentencias del Tribunal Constitucional Federal de Alemania como resultado de la búsqueda del término *Daseinsvorsorge* (procura existencial) en la base de datos <https://www.rechtsportal.de>, lo que ha sido confirmado con la colección oficial de decisiones de dicho órgano, consultables en su página web: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Entscheidungen/Liste/1ff/liste_node.html, y en su buscador de decisiones, disponible aquí: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungensuche_Formular.html?language_=de. La investigación abarca entre el año 1959 y 2022, descartándose aquellas sentencias en que la procura existencial aparece como un argumento de las partes en el litigio constitucional, seleccionándose, en consecuencia, solo aquellas consideraciones desarrolladas por la Corte Constitucional alemana en torno a la materia. Ello arrojó un total de treinta y cuatro sentencias relevantes para el trabajo.

coordinadas constitucionales de la procura existencial, entendiéndosela como un derecho material que constituye uno de los fundamentos del orden social⁷⁵, y que tiene como presupuesto la circunstancia de que “en la moderna sociedad industrial de servicios la gran mayoría de los ciudadanos aseguran su existencia económica no tanto a través de bienes materiales privados, sino más bien mediante los ingresos del trabajo y la procura existencial, basados en la solidaridad”⁷⁶. La provisión existencial favorece la realización de los derechos fundamentales de las personas⁷⁷ y es indispensable para asegurar a los ciudadanos una existencia digna⁷⁸.

El Tribunal Constitucional alemán ha conectado la procura existencial con el Estado social, que se halla constitucionalizado como fundamento del orden estatal en el artículo 20 (1) de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y también en su artículo 28 (1), como principio rector de la estructura constitucional de cada uno de los Estados de la federación (*Länder*). Es así como dicha Corte, decidiendo la constitucionalidad de la Ley Federal de Censo, sostuvo, en 1983, que: “En cuanto Estado social, el Estado se encuentra obligado a la procura existencial de conformidad con el artículo 20, párrafo 1, y el artículo 28, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental”⁷⁹.

Diversas áreas componen la procura existencial: el seguro de pensiones⁸⁰; la reducción y remedio del desempleo y la escasez de la mano de obra⁸¹; las empresas municipales de transporte⁸²; el ferrocarril⁸³; y las bibliotecas públicas⁸⁴. Ahora bien, en 1974, el Tribunal Constitucional alemán agrupó varias actividades en la procura existencial: “las instalaciones de suministro de energía y agua, transporte local, eliminación de residuos, hospitales, residencias de ancianos y guarderías de niños, así como otras medidas para el desarrollo de la ‘infraestructura’ local en sentido amplio. Se aplica igualmente a las tareas de planificación de los municipios en el ámbito del derecho de la construcción y el suelo y la reurbanización”⁸⁵.

También forman parte de la procura existencial las cajas de ahorro municipales, porque fomentan el ahorro de la población, le permite a esta invertir dinero de modo seguro y le concede créditos, en especial a las empresas pequeñas y medianas y a los sectores económicos más débiles⁸⁶; la provisión de viviendas y el fomento de su construcción, en particular tratándose de viviendas sociales⁸⁷; los museos, teatros, óperas y piscinas⁸⁸; y la protección de la salud⁸⁹. Asimismo, en la prestación básica de medios de comunicación por parte de los organismos públicos de radiodifusión hay “una especie de procura existencial informativa”⁹⁰. También hay procura existencial en la regulación del balance hídrico⁹¹.

La provisión existencial, como categoría jurídica constitucionalmente relevante, impone al Estado una obligación de garantía del suministro, lo que “es una tarea pública de la máxima importancia [dirigida al] beneficio del público en general”⁹² que se manifiesta a través de instrumentos regulatorios de supervisión, autorización e intervención administrativa en la respectiva actividad⁹³. En esta línea, incluso una actividad liberalizada o privatizada —como el

⁷⁵ BVerfG, 22.01.1959 - 1 BvR 154/55; BVerfG, 02.05.1967 - 1 BvR 578/63.

⁷⁶ BVerfG, 09.06.1975 - 1 BvR 2261/73, 1 BvR 2268/73. Igualmente, en BVerfG, 28.02.1980 - BvL 17/77 y BVerfG, 31.03.1998 - 2 BvR 1877/97, 2 BvR 50/98.

⁷⁷ BVerfG, 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80. También en BVerfG, 14.04.1987 - 1 BvR 775/84.

⁷⁸ BVerfG, 20.03.1984 - 1 BvL 28/82. También en BVerfG, 17.12.2013 - 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08.

⁷⁹ BVerfG, 15.12.1983 - 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83.

⁸⁰ BVerfG, 02.05.1967 - 1 BvR 578/63.

⁸¹ BVerfG, 04.04.1967 - 1 BvR 126/65.

⁸² BVerfG, 24.05.1967 - 1 BvL 18/65.

⁸³ BVerfG, 27.07.1971 - 2 BvH 1/71.

⁸⁴ BVerfG, 07.07.1971 - 1 BvR 764/66.

⁸⁵ BVerfG, 10.12.1974 - 2 BvK 1/73, 2 BvR 902/73. Reiterado en BVerfG, 16.05.1989 - 1 BvR 705/88. Refiriéndose específicamente a “la construcción de escuelas municipales y guarderías”, véase: BVerfG, 18.02.1999 - 1 BvR 1367/88, 1 BvR 146/91, 1 BvR 147/91.

⁸⁶ BVerfG, 23.09.1994 - 2 BvR 1547/85.

⁸⁷ BVerfG, 03.11.2015 - 1 BvR 1766/15. También en BVerfG, 02.11.2015 - 1 BvR 1530/15.

⁸⁸ BVerfG, 04.05.2020 - 2 BvL 4/18 y BVerfG, 04.05.2020 - 2 BvL 6/17.

⁸⁹ BVerfG, 31.03.1998 - 1 BvR 2167/93, 1 BvR 2198/93.

⁹⁰ BVerfG, 18.07.2018 - 1 BvR 1675/16.

⁹¹ BVerfG, 23.06.1981 - 2 BvL 14/79.

⁹² BVerfG, 20.03.1984 - 1 BvL 28/82.

⁹³ BVerfG, 20.03.1984 - 1 BvL 28/82.

servicio postal— no puede implicar una renuncia “a la responsabilidad del Estado en las tareas que antes se derivaban de la procura existencial”⁹⁴.

3.2. Forma jurídica y limitaciones

La procura existencial no solo debe ejecutarse según las formas del derecho privado⁹⁵ ni ha de desempeñarse únicamente por el Estado, ya que la ciudadanía ha participado tradicionalmente en las tareas públicas⁹⁶. No hay una reserva estatal en el desempeño directo de las materias que son objeto de la provisión existencial: “del principio democrático del artículo 20.2 de la Ley Fundamental no se deduce qué tareas deben reservarse al Estado como tareas estatales en sentido estricto. En particular, del apartado 2 del artículo 20 de la Ley Fundamental no puede deducirse que las tareas en el ámbito de la procura existencial u otras tareas deban ser desempeñadas directamente por el Estado por el mero hecho de ser de importancia esencial para el bien común”⁹⁷.

La provisión existencial permite limitar los derechos de aquellos privados que desempeñan funciones de prestación, para prevenir los peligros que puedan generarse a quienes las reciben, lo que es un deber del legislador⁹⁸. Esto “se aplica en particular cuando la profesión forma parte de un servicio de procura existencial del que depende gran parte de la población”⁹⁹. Como la procura existencial impone límites a la actividad económica privada que la ejecuta, aquella categoría ha resultado relevante para la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, por ejemplo, al considerar inconstitucional que un aeropuerto impida el derecho a manifestarse¹⁰⁰.

La procura existencial caracteriza e impone límites a la actividad empresarial del Estado cuando ella se lleva a cabo en ese ámbito. Así, en su funcionamiento, una empresa municipal que provee transporte y otros servicios públicos, “no persigue la obtención de beneficios, sino la prestación de la procura existencial”¹⁰¹. Por su parte, la empresa federal de ferrocarriles está obligada, como “proveedor de servicios de procura existencial[,] a tener en cuenta los intereses públicos además de sus propios intereses económicos”¹⁰².

Tratándose de establecer límites a la Administración en la procura existencial, este sector requiere un control equivalente al de la actuación administrativa en otros ámbitos. Por ello, el “control jurídico de la administración [...] en el sector social no es menos importante en el moderno Estado de la procura existencial y de la seguridad social que en el ámbito de la administración de intervención”¹⁰³. Por otro lado, la procura existencial no puede diseñarse a costa de un grupo, sino que los gastos para su financiamiento deben “ser sufragados por el público en general”¹⁰⁴.

La procura existencial admite y racionaliza la potestad expropiatoria en favor de personas privadas, que solo es procedente si estas desempeñan funciones de procura existencial: “También debe garantizarse —si la expropiación va a realizarse en favor de una persona privada— que la finalidad de la medida, que es de interés general, se alcance y se garantice de forma permanente; sólo entonces el interés general exige la expropiación. Si el objeto social de la empresa privada ya pertenece al ámbito generalmente reconocido de la procura existencial, como puede ser el caso de las empresas de transportes o de servicios públicos, basta con que se

⁹⁴ BVerfG, 07.10.2003 - 1 BvR 1712/01.

⁹⁵ BVerfG, 07.06.1977 - 1 BvR 108/73, 1 BvR 424/73, 1 BvR 226/74.

⁹⁶ BVerfG, 07.02.1991 - 2 BvL 24/84.

⁹⁷ BVerfG, 05.12.2002 - 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98.

⁹⁸ Así sucede tratándose de establecer topes de edad a una matrona, cuya disminución de capacidad puede afectar a los pacientes, actividad que forma parte de la procura existencial. BVerfG, 16.06.1959 - 1 BvR 71/57.

⁹⁹ BVerfG, 31.03.1998 - 1 BvR 2167/93, 1 BvR 2198/93.

¹⁰⁰ BVerfG, 22.02.2011 - 1 BvR 699/06.

¹⁰¹ BVerfG, 24.05.1967 - 1 BvL 18/65.

¹⁰² BVerfG, 27.07.1971 - 2 BvH 1/71.

¹⁰³ BVerfG, 04.06.1969 - 2 BvR 86/66, 2 BvR 245/66.

¹⁰⁴ BVerfG, 07.07.1971 - 1 BvR 764/66.

tomen precauciones suficientes para garantizar que la misión ‘pública’ autoimpuesta se cumpla adecuadamente”¹⁰⁵.

4. La procura existencial en el diseño, implementación y control de la Administración

4.1. El modelo de la función administrativa de procura existencial

Siguiendo el orden de este texto, y luego de haber explicado la procura existencial desde su desarrollo doctrinario y su perímetro constitucional en el Derecho alemán, corresponde inducir y elaborar el modelo general de esa función administrativa, para formular luego proyecciones institucionales. Esa matriz se caracteriza por aspectos que, sistematizados abstractamente¹⁰⁶, son funcionales para el diseño legislativo de la Administración estatal, su quehacer y la revisión judicial de la actividad administrativa en un Estado social. Los elementos que pueden identificarse en la procura existencial a partir de los contenidos expuestos en las secciones previas son: i. concepto, ii. fundamentos, iii. función, iv. supuesto, v. ámbitos, vi. participantes, vii. modalidad, viii. estándares, ix. forma jurídica, x. instrumentos y xi. límites. Todos se sintetizan a continuación.

i. Conceptualmente la procura existencial es la actividad prestacional de la Administración del Estado que concreta la función de responsabilidad pública por las condiciones vitales de existencia de las personas. Esta actividad administrativa es la provisión directa o indirecta de bienes o servicios que constituyen los medios para asegurar la procura existencial.

ii. Esta modalidad básica de actuación administrativa se funda empíricamente en la circunstancia de que las personas no pueden proveerse a sí mismas esas condiciones vitales, en especial, a partir de las transformaciones tecnológicas y sociológicas. Asimismo, se funda en la solidaridad social y, constitucionalmente, en la cláusula de Estado social de Derecho, destinada a compensar la incapacidad estructural de los miembros de una comunidad de asegurar su propia existencia.

iii. En cuanto a la función de la procura existencial, ella consiste en sustituir administrativamente la incapacidad de que las personas se provean las condiciones vitales de existencia con generalidad y de manera igualitaria. No es, por tanto, equivalente a la provisión para los más necesitados.

iv. Tratándose del supuesto que habilita al legislador para atribuir a un órgano de la Administración la responsabilidad por la procura existencial, aquel reside en que los bienes y servicios que la componen, o la infraestructura que los soporta, no pueden ser obtenidos autónomamente por las personas ni pueden ser proporcionados de manera confiable o generalizadamente por la autorregulación del mercado.

v. Los ámbitos en que puede operar la función administrativa de procura existencial comprenden las redes de servicios básicos, el transporte público, el transporte de mercaderías, las telecomunicaciones, las vías, la atención médica, la educación escolar, los cuidados infantiles y en la vejez; la jubilación, invalidez, el control de la inflación que asegura la relación entre el salario y los precios; el uso del suelo, la reurbanización; las cajas de ahorro, el fomento de construcción de viviendas, actividades culturales, etc. Con todo, los cambios tecnológicos y sociológicos pueden provocar modificaciones en los sectores de procura existencial, por lo cual se trata de una categoría flexible.

vi. En lo que respecta a los participantes en la actividad de procura existencial, considerando que no existe una reserva estatal en su implementación, no solo el Estado administrador puede llevar a cabo directamente la actividad de prestación, sino que también pueden actuar los particulares. Ha de distinguirse aquí entre la responsabilidad por la procura

¹⁰⁵ BVerfG, 24.03.1987 - 1 BvR 1046/85. En el mismo sentido: BVerfG, 10.09.2008 - 1 BvR 1914/02; y BVerfG, 17.12.2013 - 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08.

¹⁰⁶ BANKS (2009), p. 5.

existencial, radicada en el Estado, y su implementación, que puede concretarse a través de la Administración o por privados.

vii. La modalidad que puede asumir la Administración del Estado para satisfacer la función de procura existencial tiene dos posibles vertientes generales: la provisión directa o la indirecta (a través de privados). En este último caso los órganos administrativos actúan como garantes de la prestación de procura existencial.

viii. En lo que concierne a los estándares de la provisión existencial, estos consisten en que las prestaciones deben ser estables, asegurar un nivel de calidad, suficiencia, idoneidad, distribución igualitaria, generalidad e indiferencia tarifaria.

ix. Respecto a la forma jurídica con la que puede operar la procura existencial, ella no se restringe a principios, categorías o normas de derecho público, sino que es posible el empleo de formas jurídicas del derecho privado. El tipo de regulación no es relevante con tal de asegurar la satisfacción del propósito de la procura existencial.

x. Los instrumentos que el legislador puede radicar en la Administración para asegurar la procura existencial son múltiples y abarcan desde la actividad material de prestación y la planificación, la expropiación, pasando por mecanismos de externalización (por ejemplo, concesiones) y regulación de los privados que llevan a cabo la provisión directa, limitando incluso sus derechos; hasta la reinternalización de servicios públicos que no satisfacen los estándares de eficacia que impone la procura existencial.

xi. Tratándose de los límites de la procura existencial, siendo esta una proyección administrativa del Estado social, son aplicables a este modelo todas las restricciones que impone el Estado de Derecho¹⁰⁷. Por ello, será el poder legislativo el encargado de delinear la Administración de la procura existencial¹⁰⁸. Asimismo, fuera de los supuestos jurídicos para que opere la procura existencial el Estado no puede suplantar la actividad privada, en el entendido de que el Estado social representa un enfoque en el cual conviven tanto la economía de libre mercado como los objetivos sociales asignados a la Administración. Por lo tanto, existe una preferencia a la libertad, siempre y cuando no entre en conflicto con intereses generales¹⁰⁹. Al tratarse de un esquema de redistribución, los gastos de la procura existencial han de ser sufragados con la recaudación común del Estado.

Los elementos de la procura existencial anteriormente delineados pueden sintetizarse en la siguiente representación gráfica.

¹⁰⁷ FORSTHOFF (2015), p. 121.

¹⁰⁸ En concordancia con que la cláusula de Estado social hace referencia a su carácter democrático, cuestión que importa una producción de derecho fundada en la legitimidad que confiere la elección popular, la participación a través del voto y al rol del legislador como productor de derecho, según BÖCKENFÖRDE (2000), pp. 128-131.

¹⁰⁹ BENDA (2001), p. 527.

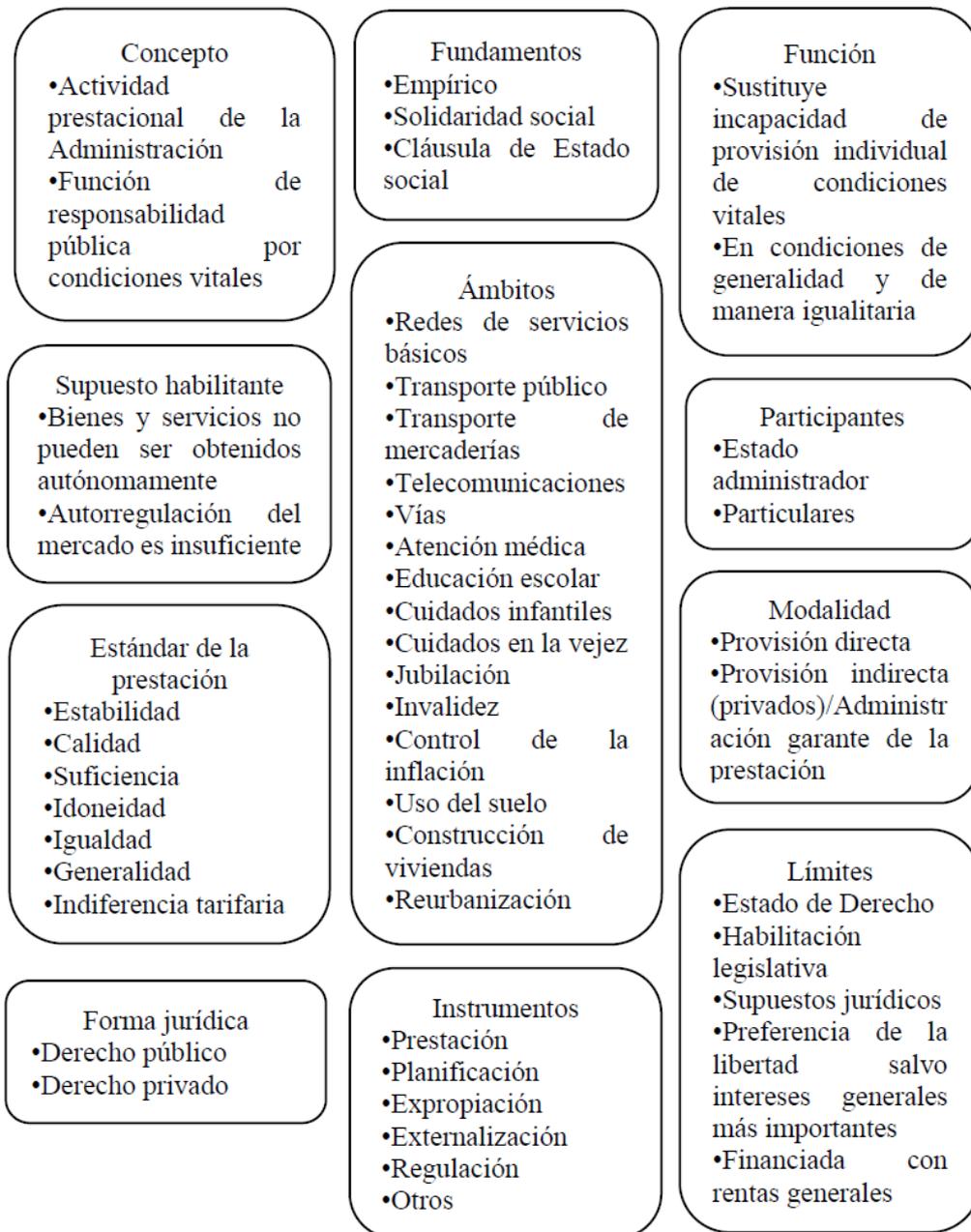


Figura 1. Elementos de la procura existencial¹¹⁰

4.2. Consecuencias en la estructura institucional

Varias son las consecuencias que pueden obtenerse del modelo de procura existencial, porque aquella categoría determina el *diseño* de la estructura y de los cometidos de la Administración¹¹¹. En esta dimensión, el legislador del Estado social adquiere un rol crucial porque, en primer lugar, debe identificar aquellos sectores que han de incorporarse a la procura existencial y, en segundo término, debe diseñar instituciones administrativas que implementen en dichos ámbitos la satisfacción de las condiciones vitales de existencia de manera óptima.

¹¹⁰ Elaboración propia.

¹¹¹ SCHMIDT-ASSMANN (2003), pp. 171-175.

Ambos deberes justifican que el Estado se involucre en la sociedad a través de la Administración, algo que la doctrina española denomina “título de intervención”¹¹².

Como se explicó, no existe una reserva estatal para la provisión existencial, aunque eso no significa una prioridad del sector privado, sino que habrá de evaluarse si este se halla en condiciones de cumplir con las prestaciones según lo requiere el interés público. De no ser así, la prestación administrativa directa será la opción del Estado social, pues, la responsabilidad por la provisión existencial es de carácter estatal¹¹³.

Los órganos administrativos que desempeñan funciones de procura existencial deben contar con instrumentos adecuados para proveer directamente las prestaciones, o bien, para garantizar que se concreten. Esa responsabilidad estatal por la garantía prestacional debe llevarse a efecto a través de las herramientas que provee el derecho regulatorio¹¹⁴. En ambos casos, esto es, ya sea que opere la provisión administrativa directa o la prestación privada, el diseño legislativo ha de configurar los órganos de la Administración para que puedan cumplir eficazmente la función pública que impone la procura existencial, en concordancia con el deber estatal de *aseguramiento* de las condiciones vitales de las personas. Asimismo, la configuración institucional de la procura existencial ha de incorporar la reorganización, por vía de reinternalización estatal de aquellas actividades cuya provisión privada no produce los resultados requeridos.

Una cuestión de altísima importancia en la procura existencial se concentra en la interdicción de la arbitrariedad basada en consideraciones políticas: tales razones no pueden condicionar las prestaciones. Esto requiere que el legislador estructure una regulación que impida a la Administración emplear su discrecionalidad para favorecer arbitrariamente a los destinatarios de la procura existencial.

Los aspectos indicados pueden repercutir en el control de constitucionalidad, ya sea para impedir la intervención estatal a través de la Administración del Estado cuando esta excede los límites de la procura existencial, o bien, para el análisis de los defectos de un esquema regulatorio que no facilita el cumplimiento de la función de provisión de la existencia que el legislador radica en un órgano administrativo.

La procura existencial vincula a la Administración con el Estado social y como el legislador tiene un papel preferente, aquella habrá de atenerse a la configuración legal para la implementación administrativa, lo cual obedece a que en el Estado social —y, por lo mismo, en la procura existencial como uno de sus campos de realización— no le corresponde al aplicador oponer versiones alternativas, salvo cuando cuente con el debido margen de discrecionalidad¹¹⁵. En este sentido, la actuación administrativa puede operar sin cobertura legal siempre que no rija la reserva legal¹¹⁶, reconociéndose, en todo caso, que la ley suele ofrecer distintas formas de dirigir a la Administración, las que no necesariamente descansan en la tipicidad. Así, en la procura existencial también puede existir regulación que contenga conceptos legales y presupuestos de hecho abiertos, mandatos de ponderación o fines que asegurar¹¹⁷.

En su actuación, los órganos administrativos destinados a la procura existencial han de sujetarse a la eficacia en los cometidos que el legislador les ha asignado, así como a los estándares de provisión de las prestaciones: estabilidad, calidad, suficiencia, idoneidad, distribución igualitaria y generalidad. Todo esto impacta en la gestión de la respectiva entidad, que habrá de estructurar mecanismos de obtención de información, evaluación y reforma de las políticas de procura existencial que implementa directamente o supervisa cuando es un privado aquel que se encarga de concretarlas. En esta última modalidad la procura existencial manifiesta claramente su orientación a la eficacia, puesto que la Administración garante de la prestación

¹¹² VILLAR (1999), p. 24.

¹¹³ En sentido distinto, MAGALDI (2020), pp. 168-170.

¹¹⁴ BRITZ (2004), p. 145.

¹¹⁵ ZACHER (1987), p. 1110.

¹¹⁶ SCHMIDT-ASSMANN (2003), p. 173.

¹¹⁷ SCHMIDT-ASSMANN (2012b), p. 98.

adquiere una obligación que conceptualmente consiste en el aseguramiento del *resultado*¹¹⁸. Así, la categoría en estudio impone un enfoque empírico acerca del rendimiento de las estructuras administrativas¹¹⁹.

Por último, en lo que respecta a la revisión judicial de la actividad administrativa de procura existencial por parte de la judicatura, los tradicionales parámetros de legalidad y arbitrariedad en el control han de complementarse con la eficacia, esto es, con el cumplimiento efectivo de los objetivos fijados por el legislador: *“el lugar sistemático en el que se juzga sobre el éxito o el fracaso de las respuestas del Estado a las exigencias del presente es el output, el resultado global de la actuación estatal”*¹²⁰. La eficacia —esto es, el resultado que debe producir la Administración de la procura existencial— es una exigencia fundada en lo social del Estado, elemento que constituye *“la vara de medir de toda acción estatal. Toda decisión, toda medida, incluso toda omisión debe justificarse con el principio social”*¹²¹.

5. Procura existencial y subsidiariedad

5.1. La función social del esquema subsidiario

La procura existencial, como modelo administrativo que fundamenta el Estado social y lo pone en práctica, no es fácil de compatibilizar con la doctrina que favorece la vigencia del principio de subsidiariedad, según se pretendió durante el proceso constituyente del año 2023, lo que se revisa críticamente en esta sección.

El principio de subsidiariedad inició su despliegue en Chile desde los años setenta del siglo pasado¹²² y en su vertiente de derecho positivo se construye especialmente a partir de lo dispuesto en los artículos 1° y 19 N° 21 de la Constitución. Aquel consiste en un repliegue de lo estatal¹²³, así como en una actuación del Estado bajo supuestos restringidos¹²⁴. Esto tiene como premisa subyacente la idea de que el bienestar puede conseguirse autónomamente por los particulares: es el “hombre” a quien corresponde “forjarse su propio bienestar”¹²⁵ y, por ende, el Estado solo *contribuye* con los privados a crear las condiciones sociales que conforman el bien común¹²⁶.

Según la doctrina favorable a la subsidiariedad, la actuación del Estado solo es admisible cuando: (a) las actividades, fines o bienes particulares son claramente convenientes para el bien común, (b) los particulares no logran un nivel adecuado en esas actividades, fines o bienes particulares, o bien no haya presencia de aquellos en un área, y (c) el Estado haya agotado todo su esfuerzo para que los particulares asuman las actividades¹²⁷. Finalmente, una vez que el Estado haya intervenido en una actividad, debe promover que los particulares se incorporen a ella tanto como sea posible y retirarse cuando aquellos hubiesen logrado producir un nivel aceptable para el bien común¹²⁸.

Aplicado al ámbito social, esto significa que la subsidiariedad promueve una intervención estatal excepcional y meramente temporal en ámbitos que se consideran propios de los particulares¹²⁹. Se trata, por lo tanto, de otorgar primacía a estos porque pretenden llevar a cabo ciertas funciones¹³⁰, en especial cuando están amparadas por el derecho fundamental a

¹¹⁸ SCHMIDT-ASSMANN (2012b), 78.

¹¹⁹ Sobre este punto, PARKER et al. (2004), p. 3.

¹²⁰ WAHL (2013), p. 75.

¹²¹ ZACHER (1987), p. 1108.

¹²² La versión canónica en JUNTA DE GOBIERNO (1974), p. 17.

¹²³ Para LOO (2009), p. 424, en Chile el principio de subsidiariedad se ha leído casi exclusivamente como límite a la intervención pública.

¹²⁴ Este es el aspecto positivo de la subsidiariedad, que para SOTO (2012), p. 114, consiste en *“subsidio, ayuda, auxilio, o bien, ‘promover’, ‘propender’, ‘fortalecer’, como usa la Constitución Política de 1980 en sus artículos 1° incisos 4° y 5°, y 5° inciso 2°”*.

¹²⁵ SOTO (1996), p. 136.

¹²⁶ SILVA (1997), p. 69.

¹²⁷ FERMANDOIS (2011), p. 90.

¹²⁸ FERMANDOIS (2011), p. 89.

¹²⁹ FERMANDOIS (2011), p. 90.

¹³⁰ SOTO (2000), p. 226.

desarrollar actividades económicas¹³¹. Con arreglo al principio de subsidiariedad se “permite la participación de los particulares en áreas económicas de interés general de la colectividad, antes siempre reservadas al Estado, como son los casos [...] de los servicios básicos (agua potable y electricidad) o de la seguridad social (pensiones y salud), así como el retiro paulatino del Estado en ámbitos en que actuaba junto a particulares, como en la educación, transportes, telefonía u otros”¹³². Como consecuencia de esta preminencia de los particulares, se produce una prohibición para el Estado de intervenir en aquellas actividades que impliquen un interés económico, esto es, adquiere un “rol abstencionista”¹³³ incluso si con la actuación estatal se produjeran beneficios públicos¹³⁴.

Lo anterior repercute en la configuración de la Administración del Estado y en su actividad en el campo social. En efecto, “desde la perspectiva de la subsidiariedad, [...] ella condiciona toda expansión y crecimiento del Sector Público, respecto a los servicios públicos que se deben realizar o ejecutar, e incluso determina la mayor o menor participación directa o indirecta, la fiscalización e intervención, que a la Administración le pueda corresponder”¹³⁵. Ejemplos de esta circunstancia se encuentran en la limitada actividad empresarial del Estado¹³⁶, resultante de un proceso de privatización llevado a cabo durante los años ochenta del siglo pasado¹³⁷, en el retiro de la Administración desde ciertos sectores en los que prestaba servicios, transformándose a cambio en un encargado de subvencionar la prestación privada¹³⁸ o de concesionar las prestaciones¹³⁹. En definitiva, las funciones sociales del Estado, materializadas a través de la institucionalidad administrativa, consisten en la entrega de prestaciones bajo la modalidad de subsidios¹⁴⁰.

Ciertamente, el principio de subsidiariedad puede traer consecuencias en el control judicial de la actuación administrativa¹⁴¹ y en la revisión constitucional de la regulación, como lo muestran varias sentencias del Tribunal Constitucional¹⁴².

5.2. Discrepancias entre el Estado social de la procura existencial y el principio de subsidiariedad

La versión nacional del principio de subsidiariedad y la procura existencial como fundamento y esquema institucional del Estado social son dos construcciones jurídicas que, si bien aluden a la intervención del Estado en el quehacer social, mantienen diferencias desde varios puntos de vista, lo que pone en entredicho el intento de compatibilizarlos sin una reinterpretación conceptual de la subsidiariedad.

En primer lugar, tienen énfasis distintos: mientras la procura existencial opera como un argumento para admitir la intervención de la Administración del Estado, el principio de subsidiariedad tiene la función de excluir lo estatal y solo por excepción dar lugar a la actuación a través de la institucionalidad pública, incluyendo, por cierto, la administrativa.

En segundo término, la procura existencial y el principio de subsidiariedad descansan en presupuestos diversos. Como se ha visto en este trabajo, la primera presupone la imposibilidad fáctica de que las personas puedan proveerse a sí mismas las condiciones que permitan asegurar

¹³¹ El derecho fundamental contenido en el artículo 19 N° 21 de la Constitución es considerado una consecuencia del principio de subsidiariedad desde Tribunal Constitucional, Rol N° 167, de 6 de abril de 1993, considerando 9°. En JUNTA DE GOBIERNO (1974), p. 18 se menciona a ese derecho como un presupuesto de la subsidiariedad.

¹³² GUERRERO (2020), p. 338.

¹³³ VIERA (2013), pp. 197 y ss.

¹³⁴ SOTO (2020), p. 9; FERRADA (2000), p. 51.

¹³⁵ OELCKERS (1982), p. 322.

¹³⁶ Como lo explica GÓMEZ (2023), p. 209.

¹³⁷ ARÓSTICA (2001), pp. 59 y ss.

¹³⁸ SOTO (2020), p. 19.

¹³⁹ ARÓSTICA (2001), pp. 34 y ss.

¹⁴⁰ GUERRERO (2020), p. 344.

¹⁴¹ Al respecto, ALARCÓN (2023), p. 462.

¹⁴² Así, Tribunal Constitucional, Rol N° 467, de 14 de noviembre de 2006, considerando 14°; o Tribunal Constitucional, Rol N° 1295, de 6 de octubre de 2009, considerando 58°. Véase, asimismo, la jurisprudencia analizada en GARCÍA Y VERDUGO (2015), pp. 214-221.

su existencia, lo que exige transferir al Estado la responsabilidad para que aquello pueda ser materializado. La subsidiariedad, por el contrario, asume un presupuesto distinto, esto es, que las personas, individual o grupalmente, pueden producir su propio bienestar, de manera que la presencia estatal solo contribuye a ello. Aquí se manifiesta una colisión fundamental en torno a la idea de primacía de la persona, puesto que, siguiendo a Forsthoff, la procura existencial considera la responsabilidad estatal en la satisfacción de las necesidades vitales como una forma de otorgarle prioridad a las personas sobre las cosas, cuestión que, desde la doctrina de la subsidiariedad, ocurre cuando el Estado se retira. En efecto, para esta perspectiva, la primacía de la persona debe reflejarse en la vida social a través de la superioridad de la iniciativa privada en la mayoría de las actividades humanas¹⁴³.

Una tercera disconformidad entre la procura existencial y el principio de subsidiariedad se halla en el espacio que la primera reserva a la *responsabilidad* estatal (no a la prestación estatal directa, debe aclararse) en el ámbito de la satisfacción de las condiciones vitales de existencia, ya sea directa o mediatamente, cuestión que no existe en la segunda categoría que, en cambio, otorga preminencia a la actividad privada incluso en aquellas áreas referidas a lo social. Es lo que acontece con los derechos constitucionales prestacionales que, como explica la doctrina subsidiarista, suponen priorizar la actividad privada en su provisión, con el Estado actuando subsidiariamente¹⁴⁴.

Como cuarta discordancia entre ambas categorías se encuentra la consecuencia del incumplimiento de los niveles de servicio requeridos por parte de los privados que llevan a cabo las actividades correspondientes. Mientras, como se dijo en este trabajo, en un supuesto así la procura existencial admite la reinternalización estatal de la provisión¹⁴⁵, el modelo subsidiarista omite pronunciarse en torno al retorno de la actividad prestacional al Estado y, en cambio, propone tomar providencias que tiendan a reparar las fallas de los privados que se encuentran con disposición a llevar a cabo cierta actividad. Así, la Administración solo puede actuar después de que el Estado haya adoptado todas las medidas dirigidas a que sean superadas las deficiencias de los individuos o grupos a los que “de suyo” corresponde llevar a cabo las actividades¹⁴⁶.

En la misma línea, y como quinta diferencia, la provisionalidad o temporalidad del ejercicio de una actividad funciona en sentidos diversos según se trate de la procura existencial o del principio de subsidiariedad. En efecto, en el primer caso, los privados pueden llevar a cabo tareas de procura existencial hasta que dejen de cumplir los niveles de servicio y, en el segundo, el Estado puede desarrollar tareas en las que pueden intervenir privados hasta que un particular tenga disposición para llevarlas a cabo.

Una sexta diferencia entre la procura existencial y el principio de subsidiariedad se halla en el alcance de la actividad prestacional. Conforme a lo referido en este trabajo, según la primera categoría, la provisión existencial se otorga de manera general e igualitaria. Por su parte, la subsidiariedad propone que el Estado opere en lo social para compensar la incapacidad de quienes no pueden satisfacer sus condiciones vitales por sus propios medios. Así, la actividad social de la Administración de la subsidiariedad se reduce a “*prestaciones mínimas y no generales*”¹⁴⁷, mediante políticas públicas de focalización del gasto social¹⁴⁸.

En fin, y como séptima diferencia, aun cuando no ha de desconocerse que el modelo subsidiario ha permitido la regulación y control de las actividades económicas de servicio público¹⁴⁹, ello se efectúa con la finalidad principal de mantener el correcto funcionamiento del respectivo mercado¹⁵⁰, y no se justifica en razones de procura existencial como ocurre en el Estado social.

¹⁴³ SOTO (2012), p. 46.

¹⁴⁴ SOTO (2012), pp. 129 y ss., explicando la preminencia privada en educación, salud y seguridad social.

¹⁴⁵ Para el caso chileno, LETELIER Y MOYA (2017), pp. 196-207.

¹⁴⁶ JUNTA DE GOBIERNO (1974), p. 17.

¹⁴⁷ GUERRERO (2020), p. 344.

¹⁴⁸ ATRIA (2012), p. 22: “*el gasto social [...] debe dirigirse solo a ‘los pobres’, dejando entonces que los ricos se paguen los servicios de que se trata (educación, salud, etc.) privadamente*”.

¹⁴⁹ HERRERA (2023), pp. 112-113.

¹⁵⁰ Como lo explica CAMACHO (2010), p. 139.

5.3. Un germen de armonización entre procura existencial y subsidiariedad

Las desavenencias entre la función administrativa del Estado social —representada por la procura existencial— y el principio de subsidiariedad, no permiten concluir la compatibilidad entre ambos enfoques. No es que aquello sea inviable, pero se requiere, primero —y como se acaba de hacer—, conocer las discordancias y, segundo, promover soluciones argumentativas que las aborden, mediante una nueva interpretación de la subsidiariedad. Considerando el fracaso de los procesos constituyentes de 2022 y 2023, y que existe un texto constitucional vigente al cual acudir, una posible compatibilización entre procura existencial y subsidiariedad implica reinterpretar las disposiciones constitucionales que han cobijado la subsidiariedad. Esto evita tener que reformar el texto de la Constitución y, en cambio, permite “una reforma constitucional por vía interpretativa”¹⁵¹.

Avanzando en la dirección señalada, y superando una hermenéutica originalista¹⁵², es plausible definir la servicialidad a favor de la persona humana como la satisfacción de sus condiciones vitales de existencia, y puede entenderse la contribución al bien común por parte del Estado como una responsabilidad por esa provisión existencial (inciso 4° del artículo 1° de la Constitución).

En tanto se trata del bien que es “común”, son concebibles unas prestaciones igualitarias y universales, como condiciones sociales que permiten “a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, siguiendo la literalidad del texto constitucional.

Este planteamiento interpretativo no impide a los privados ejercer su libertad de empresa en el ámbito social, otorgando, entonces, espacio a la autonomía de los grupos intermedios¹⁵³, que resulta “adecuada” a los fines que ellos persiguen *en el ámbito social*. Este contexto en el que se ejerce la libertad de empresa y la responsabilidad estatal por la procura existencial puede admitir la reinternalización o traspaso al Estado de la actividad cuando no se satisfagan los niveles de servicio o calidad de las prestaciones conforme a la ley, porque la actividad empresarial en materias sociales se debe practicar “respetando las normas legales que la regulen”, según lo indica el artículo 19 numeral 21° de la Constitución.

Esta posible armonización entre procura existencial y subsidiariedad resulta coherente con una versión de la dimensión positiva de este último principio, que admite la intervención estatal en una actividad social por razones estratégicas o de importancia común¹⁵⁴, lo que concuerda con el planteamiento de la procura existencial presentado en este trabajo¹⁵⁵. Tal manera de entender la “acción” de los órganos estatales conforme a la ley y la Constitución¹⁵⁶ implica atender el bien común —en los términos que aquí se han indicado— como principal motivación de la dimensión positiva de la subsidiariedad¹⁵⁷. Históricamente, esto coincide con uno de los documentos autoritativos que introdujo el principio de subsidiariedad en Chile y que delineó el contenido de las Bases de la Institucionalidad de la Constitución vigente, con arreglo al cual, el Estado puede encargarse de una actividad no solo porque los particulares no tienen capacidad o no quieren llevarla a cabo, sino “porque su importancia para la colectividad no aconseja dejar entregadas a grupos particulares restringidos (caso de los servicios o empresas estratégicas o fundamentales para la nación), o porque envuelven una coordinación general que por su naturaleza corresponde al Estado”¹⁵⁸.

¹⁵¹ SOTO (2023), p. 196, a propósito del *New Deal* en Estados Unidos.

¹⁵² VALLEJO Y PARDOW (2008), p. 137.

¹⁵³ Artículo 1° inciso 3° de la Constitución.

¹⁵⁴ Sobre este punto, MOHOR (2018), p. 103. Otra versión positiva del principio de subsidiariedad lee virtualmente toda la actividad estatal como actividad subsidiaria. Al respecto, CASTRO (2016), pp. 201-205 explicando la comprensión de Jaime Guzmán en ese sentido.

¹⁵⁵ Véase arriba la sección 2.1.

¹⁵⁶ Conforme al artículo 6° inciso 1° de la Constitución.

¹⁵⁷ SAN FRANCISCO (1992), p. 532.

¹⁵⁸ JUNTA DE GOBIERNO (1974), p. 17.

Conclusiones

Siguiendo el orden de los cuatro objetivos trazados al inicio de este trabajo, es posible ofrecer el siguiente resumen de conclusiones:

1. La procura existencial es una responsabilidad de la Administración del Estado destinada a asegurar las condiciones de existencia de todas las personas, quienes, a causa de los cambios provocados por avances tecnológicos y sociológicos, ya no pueden proporcionarse autónomamente bienes, servicios e infraestructuras vitales. Los sectores estructurados por la procura existencial son variados y requieren una intervención legislativa, conforme a las exigencias del Estado de Derecho, sin que se excluya a los privados de la provisión, lo que exige, en todo caso, su aseguramiento mediante la función administrativa de garantía.

2. La función administrativa de provisión existencial se vincula con el Estado social. Este compensa la imposibilidad de que las personas se provean de todo lo necesario para su propia existencia, y tiene por objeto generar un nivel digno e igualitario de subsistencia. La procura existencial es la función administrativa que justifica y concreta ese modelo estatal.

3. Los componentes que modelan la procura existencial permiten orientar el diseño legislativo de la Administración proveedora o garante de prestaciones y el afianzamiento regulatorio de las obligaciones de rendimiento y resultado en la satisfacción de las prestaciones, conforme a estándares de estabilidad, calidad, suficiencia, idoneidad, distribución igualitaria, generalidad e indiferencia tarifaria. Estos criterios podrán ser controlados por la judicatura del Estado social.

4. Las diferencias entre la procura existencial —como categoría que justifica e implementa el aspecto social del Estado— y la función social del Estado subsidiario, no permiten sostener una compatibilidad con el modelo de Estado social. Para ello se requiere una reinterpretación no originalista de la subsidiariedad, lo que ha de efectuarse a partir de los artículos 1° y 19 N° 21 del texto constitucional vigente, así como acudir a una de las versiones de la dimensión positiva de dicho principio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALARCÓN, PABLO (2023): “Subsidiariedad y rol del juez administrativo: breves reflexiones”, en: Lara, José Luis y De la Riva, Ignacio (Eds.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 461-475.

ALVEAR, JULIO (2023): “Estado social y ‘procura existencial’”, en: *El Mercurio Legal*. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2023/04/12/912197/estado-social-y-procura-existencial.aspx> [visitado el 05 de noviembre de 2023].

ARÓSTICA, IVÁN (2001): *Derecho administrativo económico* (Santiago, Universidad Santo Tomás).

ATRIA, FERNANDO (2012): “Las cosas cambian cuando les pones un ‘tú’: sobre universalismo, focalización y regresividad”, en: Couso, Javier (Dir.), *Anuario de Derecho Público 2012*, (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 21-48.

BADURA, PETER (1966): “Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat”, en: *Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik* (N° 19), pp. 624-633.

BANKS, CATHERINE (2009): “What is modeling and simulation?”, en: Sokolowski, John y Banks, Catherine (Eds.), *Principles of Modeling and Simulation. A Multidisciplinary Approach* (New Jersey, Wiley), pp. 3-24.

- BAUER, HARTMUT (2012): "Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung. Einführende Problemskizze", en: Bauer, Hartmut (Ed.), *Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge* (Potsdam, Universitätsverlag Potsdam), pp. 11-31.
- BECKER, ULRICH (2012): "Erfahrungen mit Rekommunalisierungen in der Praxis". en: Bauer, Hartmut (Ed.), *Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge* (Potsdam, Universitätsverlag Potsdam), pp. 49-58.
- BENDA, ERNESTO (2001): "El Estado social de Derecho", en: Benda, Ernesto; Maihofer, Werner; Vogel, H.; Hesse, Konrad y Heyde, Wolfgang, *Manual de derecho constitucional* (Madrid, Marcial Pons), pp. 487-559.
- BLANQUER, DAVID (2010): *El Derecho administrativo. El fin, los medios y el control* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG (2000): *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (Madrid, Trotta).
- BRITZ, GABRIELE (2004): "Kommunale Gewährleistungsverantwortung - Ein allgemeines Element des Regulierungsrechts in Europa?", en: *Die Verwaltung* (N° 36), pp. 145-164.
- CASTRO, JOSÉ MANUEL: (2016): "Los intelectuales y la incomprensión del Estado subsidiario", en: Arqueros, Claudio e Iriarte, Álvaro (Eds.), *Subsidiariedad en Chile* (Santiago, IES), pp. 173-205.
- CAMACHO, GLADYS (2010): *Tratado de derecho administrativo. La actividad sustancial de la Administración del Estado* (Santiago, Legal Publishing), tomo IV.
- CEA, JOSÉ LUIS (1983): "Garantías constitucionales en el Estado social de Derecho", en: *Revista chilena de Derecho* (Vol. 10, N° 1), pp. 7-19.
- CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL (2022): *Propuesta Constitución Política de la República de Chile*, (Santiago, Convención Constitucional).
- DEHNE, PETER (2019): "Perspektivwechsel in der Regionalpolitik: Daseinsvorsorge als gesellschaftliche Aufgabe", en: *Wirtschaftsdienst* (N° 99), pp. 56-64.
- EIFERT, MARTIN (2014): "Conceptualizing Administrative Law - Legal Protection versus Regulatory Approach", en: Pünder, Hermann y Waldhoff, Christian (Eds.), *Debates in German Public Law* (Oxford y Portland, Hart Publishing), pp. 203-218.
- FERNANDOIS, ARTURO (2011): *Derecho constitucional económico* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), tomo I.
- FERRADA, JUAN CARLOS (2000): "La Constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas", en: *Revista de Derecho* (Valdivia) (N° 11), pp. 47-54.
- FORSTHOFF, ERNST (1935): "Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft", en: *Deutsches Recht* (N° 5), pp. 398-400.
- FORSTHOFF, ERNST (1938): *Die Verwaltung als Leistungsträger* (Stuttgart y Berlin, W. Kohlhammer Verlag).
- FORSTHOFF, ERNST (1958): *Tratado de derecho administrativo* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos).
- FORSTHOFF, ERNST (1975): *El Estado de la sociedad industrial*. (Madrid, Instituto de Estudios Políticos).
- FORSTHOFF, ERNST (1986a): "Problemas constitucionales del Estado social", en: Abendroth, Wolfgang; Forsthowf, Ernest e Idoehryng, Karl, *El Estado social* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), pp. 45-67.

FORSTHOFF, ERNST (1986b): "Concepto y esencia del Estado social de Derecho", en: Abendroth, Wolfgang; Forsthowf, Ernest e Idoehryng, Karl, El Estado social (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), pp. 71-106.

FORSTHOFF, ERNST (2015): Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973 (Madrid, Tecnos).

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN (2023): "Estado social y subsidiariedad: ¿compatibles?. Apunte constitucional N° 18". Disponible en: <https://www.fjguzman.cl/estado-social-y-subsidiariedad-compatibles/> [visitado el 14 de febrero de 2024].

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN (2011): Curso de Derecho administrativo. (Cizur Menor, Thomson Reuters), tomo II.

GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO Y VERDUGO, SERGIO (2015): "Subsidiariedad. Mitos y realidades en torno a su teoría y práctica constitucional", en: Ortúzar, Pablo (Ed.), Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado, (Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad), pp. 205-225.

GARCÍA-PELAYO, MANUEL (1994): Las transformaciones del Estado contemporáneo (Madrid, Alianza).

GÓMEZ, ROSA (2023): "La subsidiariedad del Estado en las actividades empresariales en Chile", en: Carvajal, Bernardo y Zárate, Aníbal (Eds.), Balance y desafíos del Estado regulador, supervisor, promotor y empresario. XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), tomo I, pp. 195-2015.

GRUPP, KLAUS (2009): "Infrastrukturgewährleistung und Fachplanung", en: Magiera, Siegfried y Sommermann, Karl-Peter (Eds.), Daseinsvorsorge und Infrastrukturgewährleistung. Symposium zu Ehren von Willi Blümel zum 80. Geburtstag (Berlin, Duncker & Humblot), pp. 65-71.

GUERRERO, JOSÉ LUIS (2020): La Constitución económica chilena. Bases para el cambio (Santiago, Der Ediciones).

HERMES, GEORG (1998): Staatliche Infrastrukturverantwortung (Tübingen, Mohr Siebeck).

HERRERA, LUIS (2023): "Las potestades de los organismos supervisores de servicios públicos en Chile: análisis dogmático de su aplicación responsiva, basada en riesgos y garante", en: Revista de Derecho Administrativo Económico (N° 38), pp. 111-140.

JUNTA DE GOBIERNO (1974): Declaración de principios del Gobierno de Chile (Santiago, Editora Nacional Gabriela Mistral).

LANGENOHL, ANDREAS (2020): "Articulating Sovereignty within the Infrastructural Imagination: The Case of the Securitisation of Finance as 'Critical Infrastructure'", en: Politikon (Vol. 47, N° 1), pp. 4-23.

LETELIER, RAÚL Y MOYA, FRANCISCA (2017): "Recentralización e internalización municipal. Dos tendencias en el Derecho local chileno", en: Anuario de Derecho Municipal (N° 10), pp. 193-209.

LOO, MARTÍN (2009): "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (N° 33), pp. 391-426.

MAGALDI, NURIA (2007): Procura existencial, Estado de Derecho y Estado social (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

MAGALDI, NURIA (2020): "El concepto de procura existencial (*Daseinsvorsorge*) en Ernst Fortshoff y las transformaciones de la Administración Pública", en: Revista de Derecho Público: Teoría y Método (N° 1), pp. 147-174.

MARTÍN-RETORTILLO, LORENZO (1962): "La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*", en: Revista de Administración Pública (N° 38), pp. 35-65.

MAURER, HARTMUT (2011): Derecho administrativo. Parte general (Madrid, Marcial Pons).

MOHOR, SALVADOR (2018): “Algunas reflexiones sobre el principio de subsidiariedad como fundamento esencial de una organización política humanizada y su relación con los derechos sociales”, en: Actualidad Jurídica (N° 37), pp. 101-115.

NEU, CLAUDIA (2009): “Daseinsvorsorge - eine Einführung”, en: Neu, Claudia (Ed.), Daseinsvorsorge. Eine gesellschaftswissenschaftliche Annäherung (Wiesbaden, VS Research), pp. 9-19.

OELCKERS, OSVALDO (1982): “Acción interventora económica de la administración pública y principio de la subsidiariedad”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (N° 6), pp. 317-331.

PAREJO, LUCIANO (2018): Lecciones de Derecho administrativo (Valencia, Tirant Lo Blanch).

PARKER, CHRISTINE; SCOTT, COLIN Y BRAITHWAITE, JOHN (2004): “Introduction”, en: Parker, Christine ; Scott, Colin; Lacey, Nicola y Braithwaite, John (Eds.), Regulating Law (Oxford, Oxford University Press).

PFEFFER, EMILIO Y LIZAMA, FELIPE (2015): “Estado social y bases institucionales de la Constitución de 1980. Una propuesta conciliadora”, en: Derecho Público Iberoamericano (N° 7), pp. 119-139.

PIELOW, JOHAN-CHRISTIAN (2004): “‘Servicio Público’ en Francia y ‘Daseinsvorsorge’ en Alemania: Convergencia de los objetivos, diversidad de los medios”, en: Revista de Derecho Administrativo Económico (N° 12), pp. 17-31.

POYANCO, RODRIGO (2017): “El principio de Estado social en la Constitución chilena”, en: Miranda, Rubén y da Silva, Fabio (Dirs.), O direito atual e as novas fronteiras (Barcelos, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave), pp. 765-794.

PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA (2018): “Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República, Mensaje N° 407-365”. Disponible en: https://tramitacion.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11617-07 [visitado el 14 de febrero de 2024].

RODRÍGUEZ, JOSÉ MARÍA (2007): La Administración del Estado social (Madrid, Marcial Pons).

RONELLENFITSCH, MICHAEL (2003): “Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff - Aktuelle Entwicklungen im nationalen und europäischen Recht”, en: Blümel, Willi (Ed.), Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstags von Prof. Dr. Dr. h. c. Ernst Forsthoff (Berlin, Duncker & Humblot), pp. 53-114.

SAN FRANCISCO, ALEJANDRO (1992): “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”, en: Revista chilena de Derecho (Vol. 19, N° 3), pp. 527-548.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD (2003): La teoría del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática (Madrid y Barcelona, Marcial Pons).

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD (2012a): “Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund”, en: Hoffmann-Riem, Wolfgang, Schmidt-Assmann, Eberhard y Vosskuhle, Andreas (Eds.), Grundlagen des Verwaltungsrechts (München, Verlag C.H. Beck), tomo I, pp. 261-340.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD (2012b): “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en: Barnes, Javier (Ed.), Innovación y reforma en el derecho administrativo (Sevilla, INAP - Global Law Press), pp. 21-140.

SCHULZE-FIELITZ, HELMUTH (2012): “Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung”, en: Hoffmann-Riem, Wolfgang, Schmidt-Assmann, Eberhard y Vosskuhle, Andreas (Eds.), Grundlagen des Verwaltungsrechts (München, Verlag C.H. Beck), tomo I, pp. 823-902.

- SILVA, ALEJANDRO (1997): Tratado de derecho constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo IV.
- SIMON, SVEN (2009): Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (Tübingen, Mohr Siebeck).
- SOTO, EDUARDO (1996): Derecho administrativo. Bases fundamentales (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), tomo I.
- SOTO, EDUARDO (2000): “Legitimidad de la distribución gratuita, por un tercero, de un periódico en la red de transporte de Metro S.A. el uso de la marca Metro”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 27, N° 2), pp. 225-250.
- SOTO, EDUARDO (2012): Derecho administrativo. Temas fundamentales (Santiago, LegalPublishing).
- SOTO, PABLO (2020): “El límite al poder privado en la nueva Constitución y la necesidad de establecer cláusulas que aseguren un Estado social y derechos sociales fundamentales”, en: Caamaño, Eduardo y Varas, Karla (Eds.), Trabajo y nueva Constitución (Santiago, DER), pp. 1-32.
- SOTO, PABLO (2023): “El temor al despotismo y al totalitarismo en el derecho administrativo chileno: reconstrucción y crítica de una fobia a la Administración del Estado”, en: Revista de Derecho (Valdivia) (Vol. 36, N° 1), pp. 183-204.
- STAFF, ILSE (1984): “Der soziale Rechtsstaat. Zur Aktualität der Staatstheorie Hermann Hellers”, en: Müller, Cristoph y Staff, Ilse (Eds.), Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933 (Baden-Baden, Nomos), pp. 25-41.
- STOLLEIS, MICHAEL (2017): Introducción al derecho público alemán (siglos XVI-XXI) (Madrid, Marcial Pons).
- VALDIVIA, JOSÉ MIGUEL (2018): Manual de derecho administrativo (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- VALLEJO, RODRIGO Y PARDOW, DIEGO (2008): “Derribando mitos sobre el Estado empresario”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 35, N° 1), pp. 135-156.
- VIERA, CHRISTIAN (2013): Libre iniciativa económica y Estado social. Análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución chilena (Santiago, Legal Publishing - Thomson Reuters).
- VIERA, CHRISTIAN (2014): “Estado social como fórmula en la Constitución chilena”, en: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (Vol. 21, N° 2), pp. 453-482.
- VILLAR, JOSÉ LUIS (1999): Derecho administrativo especial. Administración Pública y actividad de los particulares (Madrid, Civitas).
- VOSSKUHLE, ANDREAS (2003): “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung”, en: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (N° 62), pp. 266-335.
- WAHL, RAINER (2013): Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán (Madrid, Marcial Pons).
- WOLLMANN, HELLMUTH (2013): “La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un ‘retorno’ a las gestiones públicas/municipales?”, en: Cuadernos de derecho local (N° 31), pp. 70-80.
- ZACHER, HANS (1987): “Das soziale Staatsziel”, en: Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (Eds.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (Heidelberg, C.F. Müller Juristische Verlag), tomo I, pp. 1045-1111.

JURISPRUDENCIA CITADA

ALEMANIA

BVerfG, 22.01.1959 - 1 BvR 154/55.
BVerfG, 16.06.1959 - 1 BvR 71/57.
BVerfG, 04.04.1967 - 1 BvR 126/65.
BVerfG, 02.05.1967 - 1 BvR 578/63.
BVerfG, 24.05.1967 - 1 BvL 18/65.
BVerfG, 04.06.1969 - 2 BvR 86/66, 2 BvR 245/66.
BVerfG, 07.07.1971 - 1 BvR 764/66.
BVerfG, 27.07.1971 - 2 BvH 1/71.
BVerfG, 10.12.1974 - 2 BvK 1/73, 2 BvR 902/73.
BVerfG, 09.06.1975 - 1 BvR 2261/73, 1 BvR 2268/73.
BVerfG, 07.06.1977 - 1 BvR 108/73, 1 BvR 424/73, 1 BvR 226/74.
BVerfG, 28.02.1980 - BvL 17/77.
BVerfG, 23.06.1981 - 2 BvL 14/79.
BVerfG, 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80.
BVerfG, 15.12.1983 - 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83.
BVerfG, 20.03.1984 - 1 BvL 28/82.
BVerfG, 24.03.1987 - 1 BvR 1046/85.
BVerfG, 14.04.1987 - 1 BvR 775/84.
BVerfG, 16.05.1989 - 1 BvR 705/88.
BVerfG, 07.02.1991 - 2 BvL 24/84.
BVerfG, 23.09.1994 - 2 BvR 1547/85.
BVerfG, 31.03.1998 - 2 BvR 1877/97, 2 BvR 50/98.
BVerfG, 31.03.1998 - 1 BvR 2167/93, 1 BvR 2198/93.
BVerfG, 18.02.1999 - 1 BvR 1367/88, 1 BvR 146/91, 1 BvR 147/91.
BVerfG, 05.12.2002 - 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98.
BVerfG, 07.10.2003 - 1 BvR 1712/01.
BVerfG, 10.09.2008 - 1 BvR 1914/02.
BVerfG, 22.02.2011 - 1 BvR 699/06.
BVerfG, 17.12.2013 - 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08.
BVerfG, 02.11.2015 - 1 BvR 1530/15.
BVerfG, 03.11.2015 - 1 BvR 1766/15.
BVerfG, 18.07.2018 - 1 BvR 1675/16.
BVerfG, 04.05.2020 - 2 BvL 4/18.
BVerfG, 04.05.2020 - 2 BvL 6/17.

CHILE

Requerimiento formulado por diversos diputados para que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 327, del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial de 29 de diciembre de 1992 (1993): Tribunal Constitucional 6 de abril de 1993 (requerimiento de inconstitucionalidad), Rol N° 167, en: <https://tcchile.cl/busqueda/busqueda.php>,

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional presentado por la Sociedad Visal Ltda. respecto del inciso segundo del artículo 23 de la Ley N° 19.542, que moderniza el Sector Portuario Estatal, en la causa caratulada “Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica”, seguida ante el Primer Juzgado Civil de Arica (2006): Tribunal Constitucional 14 de noviembre de 2006 (acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 467, en: <https://tcchile.cl/busqueda/busqueda.php>.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de catorce Compañías de Seguros Generales respecto de los artículos 3º y 4º del Decreto Ley N° 1.757, de 1977, en recurso de reclamación de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol N° 7910-2008 (2009): Tribunal Constitucional 6 de octubre de 2009 (acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 1295, en: <https://tcchile.cl/busqueda/busqueda.php>.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución Política de la República. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. 23 de mayo de 1949 (Alemania).

Ley de Regionalización del Transporte Público Local. 27 de diciembre de 1993 (Alemania).

Constitución Española. 29 de diciembre de 1978 (España).