

September, 2019

Evolución, alcance y límites del principio de subsidiariedad

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba

DERECHO Y ECONOMÍA

ESTUDIOS INSTITUCIONALES

Rubén Méndez Reátegui
EDITOR

CIDE | Grupo de Investigación
en Derecho Económico

IEAED
Instituto Ecuatoriano de
Análisis Económico del Derecho

Agradecimientos: Dr. Efrén Guerrero Salgado (Decano) y equipo de investigación y publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Colección: Textos Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Título: DERECHO Y ECONOMÍA: ESTUDIOS INSTITUCIONALES

Obras incluidas en esta Colección

- MÁS ALLÁ DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA REGULACIÓN: MEJORA REGULATORIA Y ENFOQUES MULTIDISCIPLINARIOS
- CULTURA Y ELECCIONES SOCIALES DEL MARCO INSTITUCIONAL
- LA DESCAPITALIZACIÓN DEL FONDO DE PENSIONES DEL IESS VS EL DERECHO DE LOS AFILIADOS
- EL DERECHO INTERNACIONAL MODERNO EN AMÉRICA
- JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO (2018)
- LA REFORMA JUDICIAL ECUATORIANA COMO MECANISMO DE CONTROL
- EL CONCEBIDO ANTE EL DERECHO
- LA PLUSVALÍA EN EL SISTEMA TRIBUTARIO ECUATORIANO
- CHINA EN LA AMAZONÍA
- JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO
- REFLEXIONES JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS (Vol. I, II, III, IV y V)
- EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO EN LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR
- APUNTES DE DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA
- ESSAYS ON INSTITUTIONS, COORDINATION AND LEGAL THEORY
- DERECHO, ENFOQUES Y MÉTODOS: UNA RETROSPECTIVA
- DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DE COMPAÑÍAS DE COMERCIO EN ECUADOR
- DERECHO & ECONOMÍA: UNA REVISIÓN DE LA LITERATURA HISPANOAMÉRICANA

Editor: Rubén Méndez Reátegui
Coordinadores: Rodrigo Barcia Lehmann, Daniela Malapi Hernández, Daniel Monroy Cely, Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado, Vitor Rhein Schirato y Oscar Súmar Albuja
Investigadores: Camila Andrade Moreno, Jorge Cely León, Sorily Figuera Vargas, Luciana García Naranjo, Enrique Gershi Silva, Cynthia Guidño Flores, Freddy Jiménez Tisalema, Gonzalo Lascano Báez, Fernanda Macías Mero, Antonella Paredes Torres, Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, Alex Valle Franco, Paulina Valle Segura
Asistentes: René Gálvez Delgado, Verónica Guerra Pazmiño, Leticia Pérez Ricaurte, Dominique Unda Mateus y Renata Yunda López
Supervisión técnica: Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Este libro se inscribe dentro de las actividades jurídico investigativas (Proyectos I, II y IV) realizadas por el Grupo de Investigación en Derecho Económico (GIDE) de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, bajo el auspicio de la Dirección de Investigación. Asimismo, del Proyecto de Investigación "El Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador: un análisis de sus implicaciones desde la perspectiva de los Derechos Humanos".

Revisión de estilo: Dr. Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado
Diseño y diagramación: Amparo Álvarez Meythaler, Mariana Lozada Mondragón y Edwin Lamiña Singo
ISBN: 978-9978-77-418-2

Todos los derechos reservados. El contenido de esta obra se encuentra protegido por la Ley. Cualquier requerimiento deberá ser realizado al Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

CAPÍTULO XII

Evolución, Alcance y Límites del Principio de Subsidiariedad..... 331

Introducción	332
1. Historia del principio de subsidiariedad	333
2. Nuevas aplicaciones del principio.....	337
3. La subsidiariedad dentro del ámbito empresarial	340
4. Delimitación de la subsidiariedad fuerte y débil.....	343
5. Nuevas aplicaciones de la subsidiariedad fuerte	346
6. Conclusiones.....	348

CAPÍTULO XIII

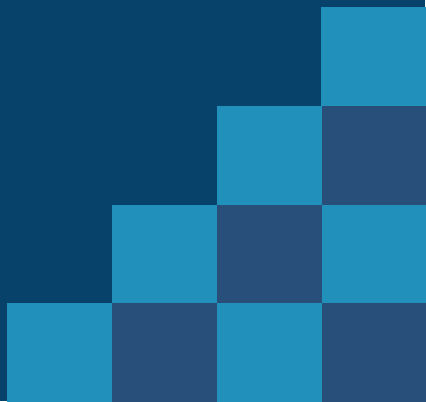
El *Soft Law* en el Derecho Internacional: Reflexiones generales en torno a las organizaciones internacionales de índole económica.. 352

Introducción	353
1. Las fuentes del derecho internacional	354
1.1. Tratados	356
1.2. Costumbre	358
1.3. Principios Generales.....	359
1.4. Decisiones Judiciales	361
1.5. Doctrina	361
2. Fuentes emergentes del Derecho Internacional Público.....	362
2.1. Proyectos de la Comisión de Derecho Internacional	362
2.2. Actos de las organizaciones internacionales y su carácter jurídico: ONU, OMC y OCDE.....	364
2.2.1. Resoluciones de las Asamblea General de las Naciones Unidas.	369
2.2.2. Organización Mundial del Comercio (OMC).....	373
2.2.3. Directrices de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)	373
3. Reflexiones en torno al soft law como fuente del derecho internacional	374

CAPÍTULO XII

Evolución, Alcance y Límites del
Principio de Subsidiariedad

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba



Introducción

Con frecuencia resulta necesario volver a los orígenes para descubrir la razón de ser de las cosas. Esto en la vida personal y en la social. ¿Quiénes somos? ¿de dónde venimos? ¿a dónde vamos? son preguntas existenciales que toda persona se plantea y que están profundamente ligadas entre sí. Nuestros orígenes determinan quiénes somos y la razón de ser de nuestra vida. Algo semejante sucede con los principios del derecho, que cada vez proliferan más en nuestros códigos: hace falta preguntarnos cómo nacieron, qué razón justificó su nacimiento, y cuál debería ser su ámbito de aplicación.

En el presente estudio nos centraremos en un viejo principio que hoy se encuentra difuminado en la normativa estatal, desde la constitución de muchos países hasta la regulación más menuda: el principio de subsidiariedad. Es significativo el ejemplo de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, que continuamente menciona el principio y lo trata como un principio fundamental (v.gr. en los arts. 34, 238, 268, 269.3 y 5, 270, 367 y 390). En otros países suele aparecer de forma explícita pero genérica, como sucede en la Constitución venezolana de 1999, donde simplemente se señala que toda la legislación está orientada por el principio de subsidiariedad. Finalmente, hay textos donde sólo aparece de manera implícita, como sucede en varias partes de la Constitución de Brasil de 1988: por ejemplo, cuando habla de los ámbitos de regulación (según el art. 24 de esta carta la Unión solo puede dictar normas generales que no excluyen la competencia suplementaria de los Estados) o cuando trata de la incompetencia de los entes superiores para una serie de aspectos que pueden cumplir los inferiores (cfr. arts. 34 a 36).

1. Historia del principio de subsidiariedad

Durante más de un siglo la Doctrina Social de la Iglesia ha acuñado un riquísimo acervo de conceptos, principios y normas referentes a la realidad social, política y económica (cfr. Taparelli, 1843, donde aún habla de “justicia social”; a partir de la encíclica *Quadragesimo anno* de Pío IX, escrita en 1931, se usará más el término “doctrina social”). Su primer gran documento fue la encíclica *Rerum novarum*, emitida por León XIII en 1891, la misma que fue conmemorada a los cuarenta, ochenta y cien años con nuevas encíclicas papales (cfr. Pío XI, encíclica *Quadragesimo anno*, de 15-V-1931; Pablo VI, encíclica *Octogesima adveniens*, de 14-V-1971; Juan Pablo II, encíclica *Centesimus Annus*, de 1-V-1991). El objetivo de este cuerpo doctrinal no fue sólo denunciar las injusticias sociales del momento, sino sobre todo mostrar cómo se puede acceder a una vida con más sentido, más lograda y feliz.

Uno de los puntos más originales, constantes y fecundos de esta centenaria doctrina ha sido el principio de subsidiariedad, consagrado ya desde la primera encíclica de temas sociales y refrendado por muchos documentos posteriores (cfr. por ejemplo, Juan XXIII, encíclica *Mater et Magistra*, nnº 53, 117 y 152; Concilio Vaticano II, constitución pastoral *Gaudium et Spes*, nº 65; Congregación para la Doctrina de la Fe, *Libertatis conscientia*, nn. 73, 84-85 y 94). La misma palabra “subsidiariedad” (que se distingue de “subsidio”) fue un neologismo introducido por el Magisterio de la Iglesia. Aunque deriva de “subsidio”, que es una ayuda extraordinaria y excepcional, dada en casos de emergencia, no se identifica con ella. La acción subsidiaria es más de carácter supletorio, y está destinada a delimitar las competencias de las autoridades y sociedades mayores. Por este principio quienes están arriba son incompetentes de meterse en los asuntos de los particulares cuando ellos pueden alcanzar razonablemente sus fines.

Hoy ha sido ya aceptado por la doctrina mundial el concepto de la subsidiariedad (distinto del de "subsidio"), se usa en el lenguaje común y aparece en los diccionarios, los legisladores lo han incorporado en muchas leyes y constituciones como garantía de la libertad de los ciudadanos, mientras la jurisprudencia ha desarrollado de manera abundante su alcance (cfr. por ejemplo, López Magnasco, 2012; Fermandois Vöhringer, 2001, t. I). Es interesante el tema filológico. La Real Academia Española (2002) define la subsidiariedad como «tendencia favorable a la participación subsidiaria del Estado en apoyo de las actividades privadas o comunitarias». En adición, actualmente define el "principio de subsidiariedad" como "criterio que pretende reducir la acción del Estado a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma" y como "principio que se aplica al proceso de integración europea para limitar la intervención de las autoridades comunitarias a los supuestos en que los Estados por sí solos no puedan ser eficaces". Gutiérrez (2001, pp. 71-72) ha observado que esta definición de la Real Academia Española es certera en cuanto a la palabra "subsidiariedad", pero queda un poco restringida cuando se habla del principio. Observación semejante a la que Gutiérrez hace del diccionario español, cabría hacerla de ciertos diccionarios de otras lenguas (por ejemplo, del *Dicionário houaiss da lingua portuguesa*, que se fija más en el término *subsidiário* que en el principio).

La primera formulación papal del principio la hizo León XIII en 1891, cuando señaló que "es injusto que el individuo y la familia sean absorbidos por el Estado. Lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie" (encíclica *Rerum Novarum*, nº 26). Desde entonces el magisterio pontificio ha ido profundizando progresivamente en el contenido de este principio. A los cuarenta años Pío XI reformuló lo dicho de manera más técnica al decir que "es injusto y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, abocar a una sociedad mayor y más elevada, lo que pueden hacer y procurar comunidades

menores e inferiores" (encíclica *Quadragesimo anno*, 15-V-1931, n. 79). Según la Doctrina Social de la Iglesia, sólo es lícito que las sociedades mayores intervengan en las menores cuando estos no sean capaces de alcanzar sus fines. En palabras de Messner:

"El principio de subsidiariedad reduce las funciones del Estado a la perspectiva de su función esencial de servir al bien común. Esta se caracteriza por el hecho de que la comunidad estatal es una unidad de personas individuales y sociales que poseen sus propios fines existenciales y sus propias funciones, así como sus propios derechos y facultades, y que tan sólo pueden conseguir la plenitud esencial de su ser respondiendo a las responsabilidades derivadas de estos fines. El Estado es la comunidad al servicio de la coordinación de estas facultades y funciones en bien de todos. Por consiguiente, no cuenta con funciones y derechos, sino en cuanto las propias facultades y la propia voluntad de las personas individuales y de las pequeñas comunidades no puedan satisfacer sus propios fines existenciales" (Messner, 1967, pp. 949-950).

Por eso, Benedicto XI afirma que la subsidiaridad es una «expresión de la inalienable libertad humana» y «una ayuda a la persona, a través de la autonomía de los cuerpos intermedios» (encíclica *Caritas in veritate*, 29-VI-2009, n. 57).

Las consecuencias de este principio son múltiples. En sentido negativo comportan la incompetencia jurídica del Estado (y de las autoridades mayores) para intervenir en aquellas cuestiones donde los particulares son autosuficientes. Se condena toda forma de burocratización, de asistencialismo, de presencia injustificada y excesiva del Estado y del aparato público. En sentido positivo, la subsidiaridad impone a las autoridades el deber de respetar, proteger y promover la autonomía, la independencia, la responsabilidad y la prioridad de iniciativa de las personas y de

las entidades menores, en tanto ellas sean capaces de alcanzar por sí mismas sus propios fines (sobre el sentido negativo y positivo del principio de subsidiariedad, tratado por un gran número de autores, cfr. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia* del Pontificio Consejo Justicia y Paz, de 29-VI-2004, n° 186).

Lo más interesante es que este principio tiene un “valor universal”, por usar la expresión de Pío XII. «Tiene igual valor cuando se trata de sociedades o agrupaciones menores y de orden inferior respecto de las mayores y más elevadas» (Pío XII, *La elevatezza*, 9: DER VII, 389; en el mismo sentido, cfr. *Mater et Magistra*, n° 53; *Gaudium et Spes*, n° 86§3; Sínodo extraordinario de obispos 1985, II, C,8,c). Es decir, la subsidiariedad aplica tanto al Estado, como a las asociaciones, sindicatos, empresas y otras grandes agrupaciones, frente a otras entidades menores, como lo son la familia y el individuo. A la vez, esta directriz también aplica a las distintas comunidades de naciones, que en general se declaran incompetentes para meterse en los asuntos de los estados cuando ellos puedan resolver sus problemas. En este sentido Benedicto XVI ha destacado que «el gobierno de la globalización debe ser de tipo subsidiario» (encíclica *Caritas in veritate*, n. 57). Décadas atrás Messner ya señaló que el principio:

"afecta a todas las relaciones de poder, no sólo a la relación del Estado con otras unidades sociales y con el hombre individual, sino también a la relación de las unidades propias de la sociedad actual constituidas por los partidos políticos, las uniones económicas, los sindicatos, las cooperativas y las instituciones de seguridad social con los miembros que las componen. El principio de subsidiariedad se opone a la omnipotencia de las asociaciones o corporaciones exactamente lo mismo que se opone a la omnipotencia del Estado" (Messner, 1967, p. 337).

Como se ve, la versatilidad del principio es enorme.

2. Nuevas aplicaciones del principio

Lo grandioso pasa de boca en boca, se comenta aquí y allá... todos desean tenerlo. Ello sucedió con la Oda de la Alegría compuesta por el poeta Friedrich von Schiller en 1785 y musicalizada por Beethoven en 1793: ricos y pobres la apreciaron, partidos de derecho y de izquierda la hicieron suya, líderes de todas las coaliciones enfrentadas en las grandes guerras del siglo XX se la apropiaron; ideologías anarquistas, ecologistas y de todo género la consideraron como expresión de sus más íntimos sentimientos... Algo semejante sucedió con el célebre principio de subsidiariedad, que halló cabida en materias económicas, políticas, jurídicas, sociales, empresariales y hasta cibernéticas.

Los administrativistas y los economistas han visto en este principio una justificación acabada para impedir la nacionalización de los bienes, para limitar la regulación estatal y dejar espacio a la libertad de empresa. En el campo político los gobiernos federales observaron que la subsidiariedad era una espléndida manera de organizar sus diferentes niveles jerárquicos. Igual sucedió en el ámbito internacional, donde la Comunidad de Naciones y muchos tribunales de derechos humanos se constituyeron como un organismo de poder de última instancia. Pero el ejemplo más elocuente ha sido el de la Unión Europea, que consagró y desarrolló este principio en sus principales documentos constitutivos. Véase al respecto, el Tratado de Maastricht (después conocido como Tratado de la Unión Europea, firmado el 7-II-1992) y el Tratado de Lisboa (de 1-XII-2009), cuyo art. 5.3§§1 indica que:

"en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a

la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión".

Un desarrollo más amplio de este principio consta en los arts. 1 a 9 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anejo al Tratado de Lisboa.

Sin embargo, una visión estatista ha reformulado en los últimos años el contenido del principio. Se declaró entonces que la subsidiariedad implicaba que un asunto debe ser resuelto por la autoridad (normativa, política o económica) más próxima al objeto del problema o del ciudadano, de la forma más descentralizada posible. En este sentido, por ejemplo, mírese el Código Orgánico de Organización Territorial ecuatoriano (2010), art. 3, que indica que:

"la subsidiariedad supone privilegiar la gestión de los servicios, competencias y políticas públicas por parte de los niveles de gobierno más cercanos a la población, con el fin de mejorar su calidad y eficacia y alcanzar una mayor democratización y control social de los mismos. En virtud de este principio, el gobierno central no ejercerá competencias que pueden ser cumplidas eficientemente por los niveles de gobierno más Cercanos a la población y solo se ocupará de aquellas que le corresponda, o que por su naturaleza sean de interés o implicación nacional o del conjunto de un territorio. Se admitirá el ejercicio supletorio y temporal de competencias por otro nivel de gobierno en caso de deficiencias, de omisión, de desastres naturales o de paralizaciones comprobadas en la gestión, conforme el procedimiento establecido en este Código".

Obsérvense las diferencias con el principio pergeñado por el Magisterio de la Iglesia: aquel declaraba jurídicamente la incompetencia de las autoridades mayores para salvaguardar la libertad

de los particulares, mientras ahora el principio se invoca por razones de eficacia de gestión o para ofrecer un mejor servicio. Por otro lado, el principio magisterial directa y tajantemente declara la incompetencia de la autoridad mayor que no debe meterse en los asuntos de los administrados, mientras el principio sucedáneo constituye sobre todo una directriz general de organización. Finalmente, una subsidiariedad fuerte exige dos sujetos distintos (uno anterior con competencias naturales y otro posterior que se constituye al amparo del primero), mientras la subsidiariedad de gestión puede aplicarse a una sola entidad que tenga varios departamentos (unos más próximos al público y otros más lejanos).

Los juristas también han reformulado parcialmente para aplicar la subsidiariedad a las diferentes ramas del derecho. Así los civilistas hablan de “responsabilidad subsidiaria”, donde el responsable subsidiario sólo responde si el principal no cumple; los penalistas señalan que las sanciones de prisión son la ultima ratio, porque el derecho penal sólo puede ser usado cuando están en juego bienes muy valiosos que otras ramas del derecho no pueden proteger. El derecho penal contiene el castigo más fuerte que la legislación puede dar; por ello se dice que es la última ratio —en el sentido de última medida— de la protección de bienes jurídicos más valiosos. Interviene sólo cuando otras ramas no pueden proteger adecuadamente estos bienes (sobre el tema, cfr. Schünemann 2007, 73 y ss).

También se ha creado toda una teoría de las “fuentes subsidiarias” del derecho (como la costumbre o los principios generales), que suplen los vacíos legales (sobre estas extensiones, cfr. Del Vecchio, 1933; Luzón Peña, 1996; Diez-Picazo y Gullón, 1976, vol. 2; Calvani, 1982, vol. I, pp. 358-361). Nuevamente se trata de extensiones análogas del principio de subsidiariedad diseñado por el magisterio pontificio, no siempre destinadas a determinar quién es jurídicamente competente para realizar una acción y quién no lo es.

Es asombroso que la amplia noción de subsidiariedad incluso haya encontrado aplicación en la cibernética, donde se aconseja a los programadores resolver los problemas especiales con rutinas sencillas y concretas, sin utilizar los pesados recursos de todo el sistema y evitando comprometer las funciones nucleares de la aplicación. Una vez más, se trata de una extensión del principio de León XIII, esta vez diseñada para mejorar la gestión de recursos informáticos, mas no para realizar la justicia social, ni menos para delimitar las competencias de las autoridades.

Por fuerza hemos de concluir que existen dos tipos de subsidiariedad: una subsidiariedad fuerte que delimita los campos estrictos de competencia de los entes o autoridades superiores, y otra subsidiariedad débil más bien de tipo organizacional.

3. La subsidiariedad dentro del ámbito empresarial

Llegados a este punto cabe la pregunta sobre qué tipo de subsidiariedad hemos de aplicar a la empresa: ¿aquella subsidiariedad fuerte que delimita las competencias de los diferentes departamentos o acaso la subsidiariedad-directriz que solo representa un consejo de buena gestión? En la empresa privada parece obvio que hemos de decantarnos por la segunda respuesta: la empresa privada no debe tratarse como un ente público, simplemente porque ella es anterior al Estado y porque naturalmente goza de la autonomía y de las libertades consagradas en las diversas constituciones y pactos de derechos humanos. La cosa es parcialmente distinta en la empresa estatal, que debe compaginar estas libertades con la razón de su existencia, con su naturaleza pública y, probablemente, con el *modus operandi* público.

El hecho de que el Estado cree o controle una empresa estatal en principio no debería desnaturalizar su naturaleza de “empresa”, ni el sector donde ella trabajó. Así, una empresa estatal de

telecomunicaciones, o que tenga un diario, canal de televisión, etc. no pueden vender bajo precio; esto se vería como abuso de poder de mercado, como algo destinado a ahogar la competencia existente en esos ámbitos (tales abusos suelen prohibirse por las leyes antimonopólicas, como la Ley Orgánica de Regulación y Control de Mercado ecuatoriana, art. 9.4 o la Ley 25.156 argentina, art. 2.m).

Distinto sería el caso de que ningún particular hubiera entrado hasta ese momento en el mercado de las telecomunicaciones. Cuando empezó a desarrollarse el sector, en muchos países el único ofertante de este servicio era el Estado, creándose entonces un monopolio natural, que luego se consolidó a nivel legal. Al pasarse al esquema de libre mercado de las telecomunicaciones —cosa que ha sucedido en muchos países—, si el Estado desea entrar a competir, debe cumplir con las mismas leyes que sus competidores.

Pero tampoco se ha de olvidar que se trata de empresas públicas, por lo cual éstas estarán sometidas especialmente a los parámetros de laicidad, neutralidad política, inclusión, etc. Sería contrario a derecho que una empresa pública de comunicación se dedicara a hacer propaganda al candidato de turno y a vilipendiar a la oposición, menos ahora que se obliga incluso al sector privado al trato comunicacional igual de las partes (cfr. Ley Orgánica de Comunicación ecuatoriana, art. 24 que trata del derecho a la réplica y art. 27 sobre la equidad en los espacios judiciales). Por esto, el Estado puede fijar ciertas normas en la empresa pública, ella goza de algunas libertades y, a la vez, por ser parte del Estado, frente a los particulares está obligada en alguna medida a cumplir con el principio de subsidiariedad estricto (no se trata de un mero consejo de buena administración).

Un esquema muy distinto debe aplicarse la empresa privada. De fondo está que dentro de la empresa no se cumplan los

presupuestos para aplicar el principio fuerte de subsidiariedad: no hay dos sujetos distintos (uno anterior y otro posterior), los cargos no son anteriores a la compañía (se crean con la misma compañía o más tarde), etc. Por otro lado, en el mundo de la empresa reina la libertad. Las constituciones y pactos de derechos humanos hablan de la libertad de industria, de la libertad de empresa, de la libertad de comercio, de emprendimiento... un sinnúmero de expresiones para afirmar un mismo derecho. Esto implica que cada empresa goza de autonomía e independencia, y puede organizarse como desee, estructurando sus cargos y departamentos a voluntad. Por ello es legítimo que un gerente de una empresa avoque cualquier cargo menor para ahorrar dinero, por funcionalidad o por simple capricho. No se puede destituir al gerente por estas minucias (en cambio, en el sector público esto no suele ser legítimo; sobra decir que las empresas privadas no se manejan con los parámetros de una entidad estatal).

Cuestión distinta es ver si conviene a la empresa seguir los parámetros de la subsidiariedad extendida. Por razones organizativas, de eficacia y de optimización de recursos, es lógico que los de arriba se dediquen a lo suyo, sin abrogarse las funciones de sus súbditos. Si no el jefe perderá la cabeza en mil menudencias, y la empresa perderá su cabeza porque no hay quién dedique tiempo al gobierno.

También es posible sacar consecuencias empresariales del principio de subsidiariedad estatista, que rige sobre todo para el sector público. En general, es mejor que los asuntos sean resueltos por los departamentos o empleados que están más cercanos al problema o al cliente, de la forma más descentralizada posible. Ellos suelen tener más datos y detectar mejor lo que aflige al cliente, que quien se encuentra varios pisos arriba sentado frente al computador.

De los juristas aprendemos que conviene jerarquizar responsabilidades y prever quién se encargará de un asunto, proceso o encargo cuando el principal falle. La responsabilidad subsidiaria también tiene su aplicación, modulada, en el ámbito empresarial.

Finalmente, sacamos alguna lección de la subsidiariedad cibernética. Es aconsejable que los problemas menores que frecuentemente surgen en la compañía no suban todos en tropel hasta el gerente general. Para ello es necesario dotar de facultades decisorias a ciertos súbditos que están más cerca del problema, para que puedan resolverlos. Implicar a toda la empresa en la queja del cartero, del camarero o del repartidor de periódicos, no es sino multiplicar las jaquecas y quitar tiempo de trabajo a los empleados.

Como dijimos, los principios de la Doctrina Social de la Iglesia fueron pensados como medio para acceder a una vida con más sentido, más lograda y feliz. Repensarlos para aplicarlos a nuestros proyectos puede hacer de las empresas un lugar más humano y solidario, rentable y productivo.

4. Delimitación de la subsidiariedad fuerte y débil

El tema de los requisitos para aplicar el principio de subsidiariedad diseñado por el Magisterio de la Iglesia católica es un tema que aún debe trabajarse. Ciertas pautas sobre la materia han sido dadas autores como López Magnasco (2012, pp. 34-35) y Fermandois Vöhringer (2001, t. I, pp. 72-74) que, sin embargo, por no hacer la distinción de “subsidiariedad fuerte” y “subsidiariedad débil”, no siempre resultan de fácil aplicación a todos los supuestos del principio.

Aquí nos centraremos en delimitar los requisitos del principio fuerte. A nuestro entender, para que en general el principio de subsidiariedad fuerte opere son necesarios cinco requisitos:

- a) Que existan dos sujetos realmente distintos, con autonomía propia. Ello no se daría entre gerente y contador de una empresa, porque los dos son cargos de una misma compañía que tiene una sola subjetividad jurídica.
- b) Que un sujeto sea superior a otro según algún tipo de potestad jurídica, pública o privada. Esto resulta indispensable porque el núcleo duro del principio de subsidiariedad implica una incompetencia del poder superior para intervenir sobre el ente inferior.
- c) Que el inferior sea anterior al superior: el individuo frente a la familia, la familia frente a las sociedades intermedias, las sociedades intermedias frente al estado, el estado frente a la comunidad de naciones, etc.
- d) Que el sujeto inferior tenga unas competencias y fines propios anteriores, que será justamente aquello que el ente superior debe respetar.
- e) Que el sujeto inferior pueda alcanzar de una manera adecuada sus fines y cumplir sus cometidos con sus propios esfuerzos y recursos. Así, el Estado es incompetente de criar y educar a los hijos mientras los padres pueden hacerlo de una manera adecuada. Los orfanatos solo son razonables cuando faltan los padres o cuando ellos no pueden cumplir de una manera mínima con su labor.

Si se dan los cinco requisitos, opera el principio de subsidiariedad fuerte, tanto en su versión positiva como negativa. Según la versión negativa, el ente superior resulta jurídicamente incompetente para intervenir en lo que es propio de los entes inferiores. En su versión positiva, este principio impone a las autoridades el deber de respeto, protección y promoción de la autonomía del ente inferior, así como da la prioridad de iniciativa a las personas y entidades menores en las políticas que les atañan.

Contrario *sensu*, si no se verificara el quinto requisito, es decir, si el sujeto inferior no pudiera alcanzar de modo adecuado sus propios fines con sus propios recursos, el ente superior puede intervenir (y, en algunos casos que revisten especial gravedad debe intervenir) para auxiliar al inferior. Pero como la norma general es que los sujetos sean capaces de alcanzar lo que le es propio, la intervención del ente superior siempre será una excepción y, como toda excepción —sobra decirlo—, merece siempre una interpretación estricta (cuando no restrictiva). Esto se entiende hoy muy bien en las relaciones entre los estados y la comunidad de naciones, donde cada estado reclama con todas sus fuerzas su legítima independencia; repárese en el Tratado de Maastricht antes citado. Sin embargo, no se entiende bien en las relaciones que el estado mantiene con los entes inferiores, con frecuencia tan avasalladoras de los derechos de los privados.

En cuanto a la “subsidiariedad débil” hemos de decir que se trata de un analogado secundario de la “subsidiariedad fuerte”, que vendría a ser su analogatum princeps. Por ello, tendrá elementos que se le parezcan y otros que no se le asemejen. En consecuencia, los requisitos podrán ser los mismos, parecidos o distintos. ¿Cuáles? Todo dependerá del caso. Se impone aquí un análisis casuístico. Lo que sí podemos suponer es que aquellos casos más similares al analogatum princeps tendrán consecuencias jurídicas más palpables.

5. Nuevas aplicaciones de la subsidiariedad fuerte

La organización política nacional e internacional ha cambiado mucho durante el último siglo. Han tomado mucha fuerza los organismos internacionales, las comunidades regionales, los tribunales de derechos humanos (la Corte Interamericana, por ejemplo) así como las cortes regionales (v. gr. el Tribunal de Estrasburgo). También internamente los estados han reconocido cada vez más autonomía y competencias a las comunidades indígenas, departamentos, municipios o a ciertas circunscripciones menores, e incluso ha dotado de un cierto poder a asociaciones minúsculas como las barriales. Si antes el responsable de respetar era prácticamente solo el Estado, hoy ha crecido el número de actores que potencialmente pueden violentar este principio.

Y, en efecto, hoy vemos un buen número de asociaciones barriales que deciden despreocupadamente qué recortes al derecho a la propiedad privada hacen a sus vecinos, como si el derecho a la propiedad fuera competencia del barrio. A la vez, en la brega de afianzar la independencia de las comunidades autónomas (como las españolas, o las comunidades indígenas de América o África), ellas comienzan a expedir normativa sobre las restricciones que hacen a los centros educativos, comerciales, empresariales, etc. que grísimamente están bajo su mando (en las democracias generalmente con tintes populistas). Otro tema especialmente álgido es la incompetencia que tienen varios entes con alguna suerte de potestad (v. gr. las escuelas, los ministerios, el Estado, las comunidades autónomas) sobre la familia; es a los padres a quienes les compete educar a los hijos, y no a terceros que ostenten algún título. En tema de familia los atentados son muy variados: desde la prohibición del home schooling, hasta la imposición de los valores religiosos, sexuales o morales de quien tiene el poder en cada momento. Ejemplos son la imposición estatal de libros con alguna orientación sobre la sexualidad, la moral o la religión con la que los padres están en absoluto desacuerdo. Para

enseñar cualquier materia sensible a los hijos se debe contar con el consentimiento previo y expreso de los padres. Varios textos constitucionales e internacionales protegen el derecho de los padres a ser los primeros educadores de sus hijos, a elegir la educación que prefieren para ellos (v.gr. Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 26; Constitución de España, art. 27.3 y del Ecuador, art. 29§2; Ley Orgánica de Educación venezolana, art. 17).

Quizá el peor ejemplo que encontramos aquí es la incontinencia de varios magistrados activistas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A diferencia de su par europeo, la CIDH —especialmente en la última época— no conoce límites a la hora de ejercer su poder, poder que ha dado convencionalmente por los estados. Aunque los Estados nunca firmaron un cheque en blanco a favor de esta Corte para que dicte sus constituciones, ella no ha tenido reparo en mandar a reformar sus textos constitucionales. El caso más emblemático puede ser el de “la Última tentación de Cristo” del año 2001, donde la sentencia mandó a Chile a cambiar su constitución. La CIDH no es consciente que el tratado y el poder que surge del tratado se fundamenta en la voluntad de los Estados. Si lo fuera, habría concedido en sus fallos (como si pudiera “conceder”) un margen de discrecionalidad en las cosas más básicas relacionadas con el tratado; no se puede imponer una posición en aquello donde siempre (tanto en el tiempo de suscripción del tratado, como ahora) los estados han mantenido y siguen manteniendo posturas diversas.

Pongamos un ejemplo de lo dicho. Sin entrar al tema de la licitud o no del aborto, es claro que un Estado que fuera contrario, no hubiera suscrito el tratado (o lo hubiera hecho poniendo una salvedad) de haber sabido que el texto consagraba semejante derecho. Por eso, de este conflicto entre estados abortistas y estados no abortistas (que entonces eran la gran mayoría) surgió la rara redacción del art. 4, referente al derecho a la vida del concebido: como no hubo acuerdo sobre el tema, se dejó que cada estado hiciera lo que qui-

siera. No obstante, en el caso *Baby Boy vs. Estados Unidos* de 1981 la Comisión negó todo margen de discrecionalidad en este asunto donde expresamente se pactó tal posibilidad. Decisiones como esta han generado posturas que incluso bogan por la desaparición de la misma Corte (cfr. Silva ; de Jesús, 2016, pp. 19-58).

En las circunstancias actuales debemos desarrollar aún más el principio de subsidiariedad, en todos los niveles: internacional, estatal, comunitario, municipal, a nivel de empresas, instituciones, centros, asociaciones, a nivel familiar y personal. Hemos de afirmar que las asociaciones no pueden disponer de los derechos de sus asociados, que todo el que tiene una potestad (pública o privada) tiene una potestad limitada frente a sus gobernados; que así como el Estado debe respetar las autonomías de las comunidades autónomas o indígenas, del mismo modo estas comunidades deben respetar la autonomía de las instituciones escolares, empresariales, sin fines de lucro, etc. y de los individuos que gobiernan. Capítulo especial merece la aplicación del principio de subsidiariedad en los Tribunales comunitarios o internacionales, que no tienen más potestad que la que convencionalmente se les ha dado; desde luego es claro que no se les ha dado potestad legislativa (cosa que sí han hecho algunas comunidades de naciones al crear parlamentos y otros órganos con capacidad para expedir normativa); sus magistrados son absolutamente incompetentes para realizar activismo judicial.

6. Conclusiones

1. El principio de subsidiariedad nació en la Doctrina Social de la Iglesia, que hoy cuenta con más de un siglo de existencia. Señala que «es injusto y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, abocar a una sociedad mayor y más elevada, lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores» (encíclica *Quadragesimo anno*, n. 79).

2. Este principio se ha difundido profusamente en las constituciones, leyes y regulación de los ordenamientos jurídicos de los Estados, de los tratados internacionales y de la normativa comunitaria.

3. El principio se ha reformulado en algunos lugares. Así, por ejemplo, se ha señalado que "la subsidiariedad supone privilegiar la gestión de los servicios, competencias y políticas públicas por parte de los niveles de gobierno más cercanos a la población" (Código Orgánico de Organización Territorial ecuatoriano, art. 3). Esta norma parece más bien ser una consecuencia, o un analogado, del principio estricto de subsidiariedad. En todo caso, no tiene la fuerza del principio de subsidiariedad clásico, aunque en donde rige goza de la fuerza de ley.

4. Jurídicamente no puede imponerse el "principio de subsidiariedad fuerte" (el que habla sobre la competencia o incompetencia de los entes mayores) a la empresa privada, aunque sí a la empresa pública. En todo caso, en la empresa privada este principio y sus analogados pueden mostrarse como buenos criterios de gestión ("principio de subsidiariedad débil").

5. Son requisitos del principio de subsidiariedad fuerte: a) la existencia de dos sujetos realmente distintos, con autonomía propia; b) que un sujeto sea superior a otro según algún tipo de potestad jurídica, pública o privada; c) que el inferior sea anterior al superior; d) que el sujeto inferior tenga unas competencias y fines propios anteriores, que será justamente aquello que el ente superior debe respetar; y e) que el sujeto inferior pueda alcanzar de una manera adecuada sus fines y cumplir sus cometidos con sus propios esfuerzos y recursos. Solo si faltare el requisito e) el ente superior es jurídicamente competente para intervenir en la esfera del inferior.

6. El principio de subsidiariedad fuerte hoy encuentra nuevos campos de aplicación, por la nueva conformación del orden mundial y nacional. Al surgir nuevos entes de poder (como las comunidades autónomas, las comunidades indígenas, las regiones, los tribunales internacionales, etc.), ha de limitarse su poder respetando las competencias de los inferiores (como las empresas, familias, personas, etc.).

