

¿Son categorías antagónicas en el orden constitucional las bases de la institucionalidad económica y los derechos sociales?¹

FRANCISCO PFEFFER URQUIAGA

Profesor de Legislación Económica y Derecho Comercial

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: En el contexto del tema central de este número de la Revista Actualidad Jurídica –“Chile, la libertad acosada”– se plantea en este artículo la eventual antinomia que pudiera existir entre las bases constitucionales de la institucionalidad económica, en particular el principio de la libertad de emprendimiento, y cierta categoría de derechos, que por tener como titulares a un colectivo anónimo e indeterminado, desprovisto de la capacidad de proveérselos por sí mismos, ha determinado la necesidad de que el Estado los garantice y satisfaga, muchas veces limitando y acosando la libertad de emprendimiento del individuo que la propia Carta Política declara como una de las bases esenciales de la institucionalidad económica consagrada en el texto constitucional. Para tales fines se aborda en este artículo, en primer lugar, el conjunto de principios reconocidos en el Código Político que constituyen las bases constitucionales de la institucionalidad económica, para luego introducir y analizar el concepto de derechos sociales cuya tutela, garantía y protección las ha pasado a tomar el Estado y que, como una categoría autónoma, ha servido de fundamento para restringir y erosionar las bases constitucionales de la institucionalidad económica y postular su eventual sustitución, para finalmente arribar a la conclusión de que la tutela, protección y satisfacción de esta categoría de derechos se alcanzan mejor y de modo más eficiente fortaleciendo las bases de la institucionalidad económica –no sustituyéndolas–, ampliando los márgenes de libertad de emprendimiento y no el tamaño del Estado.

* * *

¹ Disponible en www.pfeffer.cl

I.- Bases constitucionales de la institucionalidad económica y, en particular, la libertad de emprendimiento

1. Recepción de principios económicos en la Constitución.

Parece haber acuerdo en que resulta imprescindible mencionar en la Carta Fundamental ciertos principios económicos, de modo que no puedan ser vulnerados por la ley ni por norma, autoridad o persona alguna, protegiendo y amparando así tanto las libertades como el marco general regulatorio de la actividad económica. Esto es lo que se conoce con el nombre de "Orden Público Económico" (OPE), tal como se denominó por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución².

Es conocido el clásico concepto sobre orden público económico que el profesor José Luis Cea acuñó en su conocida obra "La Constitución Económica": Es el "*Conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país, y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución Política*".

Se integran al concepto en cita, entre otros, los siguientes principios: libertad económica; propiedad privada; igualdad e interdicción de toda forma de discriminación arbitraria; subsidiariedad; legalidad del gasto; Banco Central autónomo con rango constitucional; Tesorería General de la República como instrumento de jerarquía constitucional y racionalidad y responsabilidad en manejo de los recursos **públicos**.

El profesor Arturo Yrarrázaval planteaba que el Orden Público Económico a nivel constitucional implica reconocer los derechos de las personas en materia económica, habilitando al legislador para regular el libre ejercicio de las garantías y pudiendo, sin afectar su esencia, limitar o restringirlos, pero por ningún motivo suprimirlos. El diagnóstico de este autor respecto a las bases de la institucionalidad económica es que la Carta Fundamental no consagra un sistema económico, y que contiene todos los principios económicos fundamentales³.

² Véase a este respecto López Magnasco, Sebastián. "Libertad de empresa y no discriminación económica. Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En Cuadernos del Tribunal Constitucional. Número 48. Año 2012, pp. 42 y ss.

³ Cfr. Yrarrázaval Covarrubias, Arturo, "Orden Público Económico: ficción o realidad". Disponible en http://www.colegioabogados.cl/cgibin/procesa.pl?plantilla=/cont_revista.html&idcat=32&id_cat=5&id_art=25, estos principios son sintetizados del siguiente modo por el autor: "*En primer lugar nos encontramos con una Constitución que contiene a mi juicio todos los principios económicos fundamentales. Así dentro de los derechos de las personas se desarrolla con certeza la libre iniciativa en materia económica con las limitaciones de la moral, el orden público y la seguridad nacional y respetando las normas legales que la regulan. Asimismo, el Estado empresario debe ser reconocido por ley de quórum calificado y someterse a la normativa general salvo que por ley de quórum calificado se le dé un tratamiento especial, lo que implica un reconocimiento constitucional del principio de subsidiariedad. La norma de la no discriminación arbitraria protege a las personas en las actuaciones económicas del Estado y de sus órganos y deja claro que el único que puede discriminar y*

Desde sus inicios siempre se entendió que el afán del Orden Público Económico (o lo que llamamos hoy Bases de la Institucionalidad Económica), tenía claros fines garantísticos. El profesor Cea afirmaba desde antiguo que una de las características del llamado Orden Público Económico *“yace en la habilitación que la Carta Fundamental otorga sólo al legislador para regular el libre ejercicio de tales garantías pudiendo, aunque sin afectar la esencia de éstas, limitarlas o restringirlas, nunca suprimirlas”*⁴.

Es por ello que en nuestro país –hasta ahora– las actividades económicas pertenecen, sobre todos los rubros, sin excepción, *iure proprio* y *ab initio* a los particulares⁵, puesto que su fundamento normativo más evidente es el principio de libertad de emprendimiento, contemplado en el numeral 21 del artículo 19, y que constituye el principio básico del llamado Orden Público Económico, el que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución sostuvo que debe ser entendido *como el conjunto de normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país*⁶. Ello motivaba al profesor Iván Aróstica a decir que: *“Por las consecuencias que emana, reténgase desde ya que el art. 19 N° 21 inc. 1 parte distinguiendo dos situaciones diferentes, que es necesario separar y no confundir: (1) por excepción, una actividad puede ser prohibida única y exclusivamente merced a alguna de las*

siempre que no sea arbitrario es el legislador. La Constitución al consagrar los principios básicos en materia tributaria no hace sino proteger al contribuyente. Así los principios de legalidad, igualdad, justicia y no afectación constituyen un catálogo de protección frente al Estado recaudador de tributos. En materia medioambiental se consagran a nivel constitucional los deberes del Estado y se establece que es la ley la que debe regular el tema medioambiental. El derecho a la propiedad y de propiedad son cuidadosamente regulados en la Constitución, en todas sus diversas especies y manifestaciones. Termina el capítulo de los derechos de las personas con la protección de los derechos en su esencia y con el singularmente importante recurso de protección, que ha sido intensamente utilizado desde el Acta Constitucional N° 3 en adelante. En materia de la formación de la ley, la disposición constitucional sobre las materias de ley y reglamentaria, de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República y del presupuesto son de importante contenido económico. Cierro este catálogo básico de la Constitución económica con el reconocimiento constitucional del Banco Central, muy cuestionado en su época y hoy en día de un gran reconocimiento, y la norma de las funciones del Banco Central”.

⁴ Cea Egaña, José Luis: “Notas sobre Orden Público Económico”. En “Gaceta Jurídica”, N° 135, septiembre de 1991, p. 18.

⁵ Como lo expresa Aróstica Maldonado, Iván, “Derecho Administrativo Económico”. Ed. Universidad Santo Tomás. p. 76.

⁶ Informe del 16 de agosto de 1978, citado en Soto Kloss, Eduardo. “La potestad sancionadora de la Administración, ¿se adecúa a la Constitución?” En VV.AA. “ Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales.” Conferencias Santo Tomás de Aquino. 2005, p. 33. También se ha sostenido que el Orden Público Económico es “el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad que permita a todos los agentes económicos en la mayor medida posible y en un marco subsidiario el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”. (Fernandois V., Arturo, “Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, doctrina y jurisprudencia”, Ediciones U.C., 2006, p. 120). Con todo, se ha descalificado esta noción, tratándola de “inútil”, merced a ser empleada como un instrumento para el amague de los derechos contemplados en los numerales 21 y siguientes del artículo 19, siendo ineficaz en la protección de los derechos fundamentales. (Véase a este respecto Masbernat Muñoz, Patricio, y Hurtado Contreras, José Tomás. “Crítica al Concepto de Orden Público Económico”. En Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile. N° 66, 2004. p. 220).

tres causales que taxativamente prevé el constituyente; a saber, por ser contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, y que, (2) por regla general, toda actividad económica que no sea considerada como tal debe reputarse lícita de suyo, sin perjuicio que pueda ser regulada por el legislador⁷.

2. La libertad de emprendimiento como fundamento de las Bases de la Institucionalidad Económica.

La referencia a la libertad económica como presupuesto del Orden Público Económico tiene un fundamento ontológico, que recae en el reconocimiento constitucional de la primacía de la persona humana sobre el Estado, lo que está previsto en el artículo 1° de la Constitución, preceptiva que enlazada con el artículo 19 numeral 21, y configuran lo que hemos llamado las “Bases de la Institucionalidad Económica”. Como afirma el profesor Soto Kloss, *“Es indudable que el hombre, por su naturaleza misma, si bien está destinado a vivir en sociedad, ello no significa que el hombre haya sido hecho para la sociedad, sino por el contrario la sociedad existe para la perfección del hombre, de todos y cada uno de sus miembros que la componen puesto que son personas”*⁸. Por ello las personas se organizan en diferentes cuerpos asociativos para desarrollar sus actividades y realizar plenamente sus fines. Toda sociedad intermedia es, por definición, apta para alcanzar su fin propio y específico o bien común particular. Si una sociedad intermedia no es en la práctica apta para conseguir el fin que se ha propuesto o declarado, ella desaparece o se transforma en otra diferente, siendo su fin real el mismo para el cual está ordenada su estructura organizativa. El orden es, en este sentido, la adecuada disposición de las cosas hacia su fin⁹.

Por otra parte, no cabe duda que ciertos presupuestos libertarios están consagrados en la Constitución, lo que demuestra que la Carta Fundamental no sólo pretendió proteger la libertad de emprendimiento económica. Los ejemplos son muchos, el artículo 19 N° 15, que asegura a todas las personas *“el derecho de asociarse sin permiso previo”*; el artículo 19 N° 11, que otorga a las personas *“la libertad de enseñanza”*, que *“incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”*; el numeral 12 del artículo 19, inciso 5°, que declara *“Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley”*. Finalmente, el artículo 23 de la Ley Fundamental complementa la expresión *“adecuada autonomía”* del artículo primero inciso tercero, imponiendo las sanciones que la ley determine a *“los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que*

⁷ Aróstica Maldonado, Iván, Ob. Cit. p. 77.

⁸ Soto Kloss, Eduardo. *“Derecho Administrativo. Bases Fundamentales”*. Ed. Jurídica de Chile, 1996, p. 131.

⁹ Véase en general el trabajo del profesor Fermeandois, *passim*.

hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce" (adecuada), interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos.

Al garantizar el N° 21 del artículo 19 de la CPR la libertad de emprendimiento, como una de las más sublimes y privilegiadas formas en que se manifiesta la libertad de trabajo del ser humano, se ha entendido que ella pretende asegurar para todas las personas, la posibilidad de manifestar el máximo de sus fuerzas, energías y capacidad creadora, que es motor del dinamismo y de la actividad económica, en todas las formas en que esta pueda manifestarse.

Así, la actividad económica a que se refiere tal numeral implica garantizar la libertad de emprendimiento en todo ámbito del quehacer humano que se traduzca en la realización de cualquiera actividad que tenga un contenido o expresión patrimonial, sea en el **ámbito** de la extracción, producción, distribución, consumo, inversión, ahorro y un innumerable etcétera de manifestaciones de tal actividad.

Pero como ni las garantías ni los derechos son absolutos, en diversas **áreas donde está la libertad** de emprendimiento como principio, está a su vez el Estado con su profusa legislación, donde pasa a tener un rol regulador, fiscalizador y sancionador, porque se parte del supuesto que lo legítimo es que los particulares, sea individual o asociadamente, realicen estas actividades. Así por ejemplo la protección constitucional sobre las concesiones mineras, la existencia de regulaciones y amplísimas sanciones para la infracción a las normas de seguridad social decepcionadas por el Decreto Ley 3500. Otros casos de normas particularmente relevantes son la Ley General de Bancos (D.F.L. N° 3 de 1997), que reconoce la iniciativa privada, pero que prohíbe que capitales extranjeros puedan tener más de 10% en la participación societaria del mismo, todo ello por razones de "interés nacional"; la Ley 18.045, sobre Mercado de Valores, que sanciona el uso de información privilegiada por afectar la fe pública de las transacciones de bolsa; la Ley 18.046, de Sociedades Anónimas, que sanciona los conflictos de interés en las sociedades e impide la compra de acciones en sociedades coligadas salvo que sean a los precios de mercado o corrientes en plaza, etc. En este ámbito no pretende regular para "crear" derechos sociales, pero el exceso de la regulación puede significar pérdida de incentivos en la capacidad creadora.

Bien se sabe que la norma constitucional en cita habilitó al legislador para prohibir ciertas y determinadas actividades, cuando ellas sean contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional; y que también habilitó al mismo legislador para regular las citadas actividades.

Regular significa definir condiciones, requisitos y exigencias que deben ser cumplidas por los particulares para poder ejercer la respectiva actividad. Y

como garantía de las garantías, el numeral 26 del mismo artículo 19 impuso al propio legislador la limitación de no poder establecer exigencias o requisitos que hagan ilusorio el ejercicio de los derechos y garantías que la misma Constitución establece. Entonces, so pretexto de regular, el legislador no puede prohibir, ni desplazar a los particulares del lugar privilegiado en que el mismo constituyente los colocó para ejecutar las actividades económicas en referencia.

En conexión con lo anterior, cabe mencionar el principio de subsidiariedad que relega al Estado, en su actividad empresarial, a un plano subordinado al rol que en el mismo ámbito le corresponde a los particulares.

El principio de subsidiariedad entrega a la iniciativa privada el impulso del desarrollo económico y empresarial, pero también exige que las necesidades sociales básicas deban contar para su provisión con la ayuda del Estado. La cara correlativa de la subsidiariedad es la solidaridad. El principio de subsidiariedad tiene también una dimensión activa, que se traduce en el deber estatal de proteger a las personas y grupos débiles frente a los más fuertes, así como de suplir a los particulares cuando éstos no realizan eficazmente su labor de colaboración con el bien común.

El principio de servicialidad permite encuadrar la libertad económica dentro de una economía que no está al servicio del Estado ni al servicio exclusivo del lucro, sino de la persona.

La libertad tiene como fundamento la dignidad de la persona humana y su desarrollo, con igualdad de oportunidades para participar en la vida nacional, no se rige únicamente por el interés individual, el cual es atemperado por el rol del Estado de asegurar el bien común y los derechos fundamentales (de contenido socio-económico) que posibilitan la "vida digna".

Tanto la libertad como la regulación se deben dar en un sano equilibrio. Las normas reguladoras traducen el deber del Estado de asegurar y promover el bien común, los derechos sociales, y la existencia digna de las personas. Para ello existe una regulación legal necesaria. Ejemplo de ello es la legislación de defensa de la competencia. Protección del pluralismo informativo, estándares de calidad de la educación, medio ambiente, defensa del consumidor, etc.

Con todo, creemos que –pese al profuso reconocimiento a la libertad de emprendimiento– la consideración de las funciones del Estado no puede quedar delimitada a priori, puesto que de ser así las autoridades no podrían hacer contribuciones prácticas al bien común. En este mismo sentido se ha pronunciado el profesor Precht, quien al preguntarse sobre si el principio de subsidiariedad implica la necesaria pasividad empresarial del Estado responde:

“No necesariamente, por cuanto ello sólo podrá determinarse en relación al Bien Común histórico y puede darse en caso de proyectos históricos de construcción de dicho bien común que discrepen en este punto”¹⁰. Pero de allí no se colige que por ciertos fines deseables –como la extensión de más derechos sociales– el Estado suprime o menoscaba ciertos derechos de libertad para aspiraciones que difícilmente sin la ayuda privada pueda satisfacer.

De igual manera, sostenemos que una correcta interpretación del principio de subsidiariedad –base para el emprendimiento individual consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N° 21– no puede implicar aislar al principio de solidaridad. Creemos que ambos pueden discurrir tanto como fundamento de los derechos sociales como de los derechos de libre emprendimiento. Pero prescindir de los derechos de libertad de emprendimiento para garantizar los derechos sociales nos parece un contrasentido, de momento que es la mayor difusión de éstos, con la activa fiscalización del Estado (y la promoción de todas las ayudas necesarias), la que permite la mayor generación de bienes y recursos que permitan a más personas obtener prestaciones, con prescindencia de su origen. Por otra parte, creemos que la solidaridad como principio se puede promover con la misma normativa constitucional actualmente en vigor que permite el libre emprendimiento. Por ella se pueden desarrollar múltiples actividades económicas e industriales que permiten más riqueza, y acceso a mayores bienes, lo que está reconocido constitucionalmente (Art. 19 N° **23**), ya que la propiedad tiene limitaciones claras que emanan de su función social, con causales taxativas y que permiten el correcto ejercicio de los derechos constitucionales (Art. 19 N° 24, inciso segundo). La Constitución permite limitaciones específicas a los derechos para proteger el medio ambiente (Art. 19 N° 8, inciso segundo), finalmente, existen deberes de los particulares en materia educacional (Art. 19 N° 10). Son normas que sin duda tienen como fundamento el principio de solidaridad y que han permitido que más personas disfruten, merced a la iniciativa individual, de mayores y mejores prestaciones que aquellas que pudiera otorgar el Estado individualmente considerado.

De este modo, del impulso activo de la subsidiariedad nace también el principio de solidaridad. Esta conjunción entre subsidiariedad y solidaridad justifica las políticas de bienestar social, aunque es preferible el auxilio mutuo entre los cuerpos intermedios, incentivado o promocionado por el Estado (solidaridad horizontal), al protagonismo absoluto del Estado en dicho auxilio (solidaridad vertical).

Como se expondrá en el apartado referido a los *“derechos sociales”*, la solidaridad no puede significar un colectivismo que prescinda de la individualidad y subordine a las personas a un ideal abstracto y etéreo.

¹⁰ Precht, Jorge, “El Estado Empresario. Análisis de su legislación complementaria”. En *Gaceta Jurídica* N° 2, 1987, p. 20.

Cabe añadir, finalmente, que en un reciente trabajo del profesor Fermandois, revisando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida al principio de subsidiariedad, ha expresado que *“Es muy discutible sostener que la filosofía de la Constitución, por la cual los particulares tienen primacía en todas las actividades que no son indelegables del Estado, ha efectivamente producido problemas en el flujo legislativo bajo la Carta de 1980 (...). Lo que ocurre es que nunca –hasta hoy– se había enviado un proyecto de ley para expandir el Estado empresario. Recién ahora están llegando estos proyectos al Congreso y, sin embargo, algunos culpan desprolijamente a la Constitución y su principio de subsidiariedad por esta realidad que les ajena”*¹¹.

En suma, de la aplicación de los tres principios señalados (libertad-primacía, subsidiariedad y bien común) y sus correlatos (solidaridad, servicialidad y colaboración con el bien común) se desprende que el Estado debe abstenerse de sustituir a los particulares en las actividades económicas que éstos pueden desarrollar adecuadamente. Pero dado que el fundamento del derecho no radica únicamente en la libertad y creatividad individual, sino también en la solidaridad y el servicio al bien común, el Estado subsidiario tiene el deber de adoptar en la materia una función no solo pasiva, sino también activa, a fin de que las necesidades sociales sean cabalmente cumplidas.

II.- Derechos sociales como fundamento de la restricción a la libertad de emprendimiento

1. Conceptualización de los derechos sociales.

En un reciente trabajo, Rodolfo Arango define los derechos sociales –siguiendo las categorías de Robert Alexy–, en virtud de su diferencia específica, como *“derechos de prestación en su sentido estricto”*, es decir, derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado¹².

El objeto de un derecho social puede ser tanto una acción (caso de un derecho prestacional, de un derecho de protección o de acceso a la jurisdicción) como una omisión (en caso de un derecho de defensa) por parte del obligado¹³.

Para el cumplimiento de los derechos sociales, el Estado puede utilizar como instrumento ya sea una acción fáctica o una acción normativa, estableciendo obligaciones

¹¹ Fermandois V., Arturo. “Constitución Social y Económica, objetivizando el debate”. En “Ideas para el debate” N° 3 Mayo 2015. “Aportes para una Reforma Constitucional”. Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales CLAPES UC, p. 69. Disponible en <http://clapes.uc.cl/wp-content/uploads/2015/08/Ideas-para-el-Debate-N-3-Reforma-Constitucional.pdf>

¹² Arango, Rodolfo, “El concepto de derechos sociales fundamentales”. Bogotá. Legis - Universidad Nacional, 1ª edición, 2005, p. 37.

¹³ Para esto y lo que sigue Nogueira Alcalá, Humberto. “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”. En Estudios Constitucionales, CECOCH. U. de Talca. Año 7, N° 2, 2009, pp. 164 y ss.

generales que posibiliten –señalando ejemplos que conjeturamos como propios de los derechos sociales– indemnizaciones laborales, vacaciones, entre otros.

Humberto Nogueira ha señalado que *“El cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones correlativas frente a los derechos sociales fundamentales depende de las posibilidades jurídicas y fácticas de realización de las exigencias demandadas por el titular del derecho fundamental que debe ser asegurado, garantizado y promovido, lo que debe ser argumentado”*.

Cabe precisar que la existencia de los derechos sociales o de prestación arranca no hace mucho en el constitucionalismo contemporáneo, y asociarlos históricamente a un período de tiempo resulta de suyo complejo. En efecto, durante el siglo XIX aparecerán las primeras demandas sociales y laborales, llegando a tener senda recepción en el mundo constitucional europeo. Especial relevancia tendrá Francia, con la revolución de 1848, la cual se traduce en la Constitución de noviembre de ese mismo año, en cuyo seno se consagran *“deberes del Estado que apuntan a mejorar las condiciones económicas, sociales y culturales de los ciudadanos”*¹⁴.

El efecto de esta revolución jurídica, de acuerdo a Pisarello, es que *“Sin perjuicio de las herencias anteriores, el ciclo revolucionario abierto en 1848 tal vez fue el punto de inflexión en la “larga historia” de reivindicación y reconocimiento de los derechos sociales que se proyectaría sobre los siglos venideros”*, añadiendo que *“No es casual de hecho, que la derrota en Francia de los sectores populares tras la insurrección de junio de 1848 se tradujera en un reconocimiento mutilado de derechos sociales. Así la Constitución de noviembre no pudo ignorar la irrupción de la “cuestión social” y estableció en su preámbulo el deber de la república de asegurar “la existencia a los ciudadanos necesitados, bien procurándoles un trabajo, en los límites de sus posibilidades, bien otorgando, en defecto de la familia, asistencia a los que no están en situación de trabajar”*¹⁵.

¹⁴ Martínez Estay, “Los Derechos Sociales”, en Pereira Menaut, Antonio, “Teoría Constitucional” Ed. LexisNexis, 2006, p. 275. Tal como lo dijo Marx: “En el primer proyecto de Constitución, redactado antes de las jornadas de Junio, figuraba todavía el «*droit au travail*»”, el derecho al trabajo, esta primera fórmula, torpemente enunciada, en que se resumen las reivindicaciones revolucionarias del proletariado. Ahora se convertía en el *droit à l’assistance*, en el derecho a la asistencia pública, y ¿qué Estado moderno no alimenta, en una forma u otra, a sus pobres? El derecho al trabajo es, en el sentido burgués, un contrasentido, un mezquino deseo piadoso, pero detrás del derecho al trabajo está el poder sobre el capital, y detrás del poder sobre el capital la apropiación de los medios de producción, su sumisión a la clase obrera asociada, y, por consiguiente, la abolición tanto del trabajo asalariado como del capital y de sus relaciones mutuas. Detrás del «*derecho al trabajo*» estaba la insurrección de Junio. La Asamblea Constituyente, que de hecho había colocado al proletariado revolucionario *hors la loi*, fuera de la ley, tenía, por principio, que excluir esta fórmula *suya* de la Constitución, ley de las leyes; tenía que poner su anatema sobre el «derecho al trabajo»” (Karl Marx, “Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850”, disponible en <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1850s/francia/francia4.htm#fnB78>). También atribuye el surgimiento de los Derechos Sociales a los hechos de 1848 Aldunate Lizana, Eduardo, “Derechos Fundamentales”. Ed. LegalPublishing, 2008. p. 55.

¹⁵ Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción”. Ed. Trotta, Madrid, p. 23.

Finalmente, le atribuye sendos efectos: *“A pesar de sus límites, los hechos de 1848, y sobre todo la experiencia del comuna parisina de 1871, desempeñarían un papel central en la posterior evolución de los derechos sociales. Así, aunque la dinámica entre políticas sociales conservadoras, simplemente concebidas desde arriba, y derechos sociales igualitarios, conquistados desde abajo, volvió a abrirse paso, el capitalismo liberal entró en una crisis sin precedentes”*.¹⁶

En base a lo expuesto es posible concluir que desde los inicios históricos de la consagración normativa de los derechos sociales puede verse una tendencia, en la que se invocaba su creación y justificación como restricciones a las libertades de emprendimiento. No obstante, en nuestra opinión no es el camino que se debe tomar para los efectos de su protección, pero reconocemos que su existencia es una barrera natural a tal principio.

2. Un pequeño examen comparado.

Es importante también detenerse sobre las fuentes comparadas que influyeron en la consagración de los derechos sociales, pues con ello se demuestra que la sola consagración de los derechos sociales sin intervención de los otros órganos del Estado pueden conducir tanto a la letra muerta de los mismos, como también al hecho que, pese a las referencias históricas anteriormente vistas, no siempre fueron considerados contrarios a las libertades de emprendimiento, ni, por consiguiente, como categoría antagónica.

En efecto, una de las normas paradigmáticas en materia de derechos sociales la constituye la Carta mexicana de 1917. En ella se regulaba incluso hasta la duración de la jornada laboral (artículo 123, numeral I). Asimismo, y a título ilustrativo, en el numeral VI del artículo citado se dispone que *“El salario mínimo que deberá disfrutar el trabajador será el que se considere suficiente, atendiendo las condiciones de cada región, para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero, su educación y sus placeres honestos, considerándolo como jefe de familia”*. En fin, huelga consignar que están configurados ciertos derechos como obligaciones, v.gr. el Art. 31. *“Son obligaciones de los mexicanos: I.- Hacer que sus hijos o pupilos, menores de quince años, concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria elemental y militar, durante el tiempo que marque la ley de Instrucción Pública en cada Estado”*.

Imprescindible para esta referencia comparada resulta la Constitución alemana de 1919, conocida como la Constitución de Weimar. Así, su artículo 163 reza que *“Todo alemán tiene el deber moral de emplear sus fuerzas intelectuales y físicas conforme lo exija el bien de la comunidad. A todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo productivo. Cuando no se le*

¹⁶ Pisarello, Gerardo, ob. cit. p. 24.

puedan ofrecer ocasiones adecuadas de trabajo, se atenderá a su necesario sustento. Leyes especiales del Imperio dictarán las disposiciones complementarias”.

Por otra parte, en su artículo 120 señalaba que *“La educación de la prole para el desarrollo corporal, espiritual y social, constituyen el deber supremo, y un derecho natural de los padres; la comunidad política velará por su cumplimiento”.*

Asimismo, destáquese a este respecto el artículo 145 de la Constitución citada: *“Existe una obligación general escolar. Para cumplirla existe, en primer término, la escuela pública primaria, con ocho años como mínimo de estudios, y después, la escuela complementaria de perfeccionamiento hasta los diez y ocho años de edad cumplidos. En las escuelas primarias y complementarias son gratuitos la enseñanza y los medios de estudio”.*

Queremos reparar, a su vez, en que la misma Constitución de Weimar –no obstante su evolución en la consagración de derechos sociales– consideraba plenamente compatibles su promoción con el despliegue de la libertad individual. Decidor resulta tener a la vista el artículo 151, ubicado en la sección V, titulado *“La vida económica”*: *“La organización de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre. Dentro de estos límites, se reconoce al individuo la libertad económica. La coacción legal no es lícita sino para hacer efectivos los derechos amenazados o para servir exigencias imperiosas del bien público. La libertad de comercio y de la industria quedan garantizadas conforme a las leyes del Imperio”.*

Nos interesa esta referencia, puesto que ya se hizo presente que hubo una corriente histórica reflejada en la revolución de 1848 de ver dichos derechos sociales como categorías antagónicas con la garantía de libertad de emprendimiento. Nosotros creemos en cambio que en una genuina democracia no pueden superponerse los derechos fundamentales con afanes colectivistas. La Constitución de Weimar, pese a su fugaz duración, constituye un ejemplo claro, que debería ser observado en la discusión constitucional que afronta el país, máxime aún si se quieren restringir libertades ya arraigadas en la tradición constitucional chilena.

Cerrando este acápite y para no excedernos en estas referencias, digamos que con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, seguirán este modelo de declaraciones de derechos una larga lista de países, encabezados por la Constitución española de 1931, la irlandesa de 1937, la italiana de 1946, la portuguesa de 1976, y la nueva Carta española de 1978.

3. Importancia de la consagración de los derechos sociales en el plano de la facticidad.

Resulta importante detenerse en los efectos en los destinatarios de las normas jurídicas cuando en ellas se consagran derechos de prestación. Ello pues, como

plantea Veljanovski, el abogado al enfrentarse a un problema con posterioridad a la presentación del conflicto, encuentra de suyo evidente que deba centrarse en cómo debe ser resuelto y de cómo la solución afecta al bienestar de las partes implicadas. Empero, confrontando dicha actitud con la del economista, éste no centra demasiado su atención en el efecto de la decisión sobre ese bienestar de las partes, sino en las repercusiones **más generales del derecho sobre todos los litigantes y potenciales individuos que presumiblemente puedan estar en semejante situación**¹⁷.

Por ello es que señala que *“Quizás el ejemplo mejor documentado sobre los efectos del derecho en los incentivos sea la legislación sobre control de las rentas por arrendamiento. Subyace a este la creencia que controlando el precio de los arrendamientos en una sociedad se presta ayuda a los arrendatarios, proveyéndolos de arriendos más baratos. Sin embargo, la economía nos dice que, al controlar el monto de las rentas, disminuye el índice de retorno para el propietario, forzándolo a buscar otras maneras de aumentar los ingresos de su propiedad. Así, los propietarios intentarán inicialmente conseguir mayores rentas requiriendo “derecho de llaves” o “depósito” en dinero, o asignando a los arrendatarios la obligación de reparar y de mantener la propiedad”*¹⁸.

En simple, queremos decir que el efecto de su consagración trae aparejado un aumento de las expectativas en el cumplimiento de ellos. A ello debemos sumar –sin adentrarnos a categorías sociológicas–, que Chile es y será un país legalista, por lo que, para muchos de nuestros compatriotas el hecho que “algo” se consagre en una ley debe ser cumplido. Lo anterior puede crear incentivos perversos que los abogados no reparan, y no porque no quieran, sino porque no están preparados para ello. Desgraciadamente, en el mundo de los incentivos hay que abrir paso a los economistas y los abogados replegarse, y aprender.

De hecho, como lo expresa un reciente trabajo: *“La idea de que las instituciones (y las disposiciones constitucionales) inciden en el desempeño económico es antigua. De hecho, ya estaba presente, en forma embrionaria, en The Wealth of Nations, de Adam Smith. En el capítulo VII del cuarto tomo, Smith argumenta que el desempeño significativamente superior de colonias inglesas de Norteamérica, en relación a los dominios españoles de América del Sur, se debía principalmente a que “las instituciones políticas de las colonias inglesas habían sido más proclives a la mejora y el cultivo de esta tierra que las de las [colonias españolas]” (1904, 73)”*¹⁹.

¹⁷ Véase Veljanovski, Cento. “Economía del Derecho: Un Texto Introductorio”. Traducción de Iñigo de la Maza y Rafael Mery N., Ediciones Universidad Diego Portales, 2006. p. 57.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Edwards, Sebastián, y García Marín, Álvaro. “Educación y Derechos Constitucionales”. En Estudios Públicos, 139 (invierno 2015), p. 69. Aunque el artículo tiene componentes técnicos que no resulta del caso transcribir, nos permitimos destacar algunas conclusiones relevantes: *“En este artículo no encontramos evidencia que respalde la idea de que los países que incorporan el derecho a la educación en sus*

El estudio de los derechos de prestación se hace necesario porque ya existe un claro interés de consagrar más derechos y porque con ello se pueden generar incentivos perversos que lo único que podrían suscitar es mayor frustración, junto con “imputar” responsabilidades a otros derechos de tanta o más importancia que los derechos sociales. Ello ya fue parte de nuestro pasado histórico.

En efecto, no percibimos que en Chile se pretenda, a la usanza de la Constitución de Weimar, la mantención de las libertades económicas clásicas en virtud de la consagración de los derechos sociales. Ello porque la legislación social, precursora de los derechos sociales, está asociada en nuestra historia a lo que se conoce como “Socialización del Derecho”, que tuvo efectos tremendamente restrictivos en las libertades personales y de emprendimiento. En nuestro medio, lo ha puesto de relieve Enrique Brahm del siguiente modo: *“La libre actividad de los individuos ya no podía asegurar el crecimiento y el progreso, se empieza a apelar a la potencia ordenadora del Estado para asegurar el logro de esos fines. El estado liberal del siglo XIX, el Estado de la no intervención, de la seguridad, del Derecho y de la cultura, estaba dejando paso al moderno Estado del siglo XX: el Estado interventor. El Estado toma a su cargo y empieza a regular ámbitos cada vez más amplios de la vida de la comunidad para asegurar el bienestar material de los ciudadanos. La proliferación de normas jurídicas irá en constante aumento para regular el comercio exterior y, particularmente, establecer barreras aduaneras y subvenciones, estatizar empresas como los ferrocarriles, fijar tarifas, introducir los seguros sociales, proteger ciertas actividades o rubros de producción regulando la competencia y desarrollando una cada vez más agresiva política tributaria. El estado interventor, desde las últimas décadas del siglo XIX entrará de lleno a regular la economía y la sociedad”*²⁰.

En consecuencia, desde los inicios se pretendió, al menos en nuestro país, reducir las libertades individuales a costa de “lo social”, sea como derechos constitucionales, derechos sociales, etc. Hoy no hay motivos que permitan variar esa constante histórica chilena, cuando creemos que es precisamente la difusión de los derechos que ya se tienen a través de las “Bases de la Institucionalidad Económica”, los que permiten el mayor disfrute (real y fáctico) de los derechos sociales, con prescindencia de declaraciones grandilocuentes.

Cartas Fundamentales cuentan con sistemas educativos de mayor calidad que aquellos que no lo hacen. Más importante aún, nuestros resultados indican que no hay relación entre el grado de protección constitucional y la dispersión de los puntajes en las pruebas. Estos resultados se mantienen independientemente de si practicamos regresiones bivariadas o si controlamos variables que capturan el grado de desarrollo de los países, los insumos educativos y las características de las familias”. (Ob. Cit. pp. 99 y 100).

²⁰ Brahm García, Enrique. “Propiedad sin libertad: Chile 1925-1973: aspectos relevantes en el avance de la legislación socializadora”. Ediciones Universidad de los Andes, 1999, p. 24.

4. Derechos sociales y configuración de un nuevo Estado de Derecho.

La consagración de los derechos sociales suele asociarse, a su vez, con una nueva forma de organización del Estado, el llamado "Estado Social de Derecho". Analizando las nociones más difundidas de esta categoría, Eduardo Aldunate²¹ expone que el Estado Social se encontraría en oposición al Estado Liberal de Derecho, al descansar este sobre unas garantías interpretadas según los valores predominantes de la sociedad burguesa, y que la fórmula de solución para conciliar Estado de Derecho y Estado Social, en una democracia social, sería la extensión del concepto material de Estado de Derecho a la ordenación del trabajo y de los bienes.

Este Estado Social se nutre normativamente –siguiendo a Aldunate– de las regulaciones internacionales, especialmente del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que afecta a los Estados que lo han suscrito aun cuando ellos no cuenten con una cláusula de Estado Social²². Analizando esta preceptiva observa Aldunate que estos derechos no son concebidos como inherentes a toda persona, ya que se reconoce el derecho del Estado parte que sea país en vía de desarrollo, de determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos a personas que no sean nacionales suyos (art. 2.3). Y que estos derechos se ubican bajo la reserva de la disponibilidad de recursos ya que el Estado asume el compromiso de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos de que disponga"²³.

Una noción más bien proclive a su configuración tenemos en Pérez Luño, quien expresa que los derechos sociales surgen de la mano con el Estado Social de derecho, el que tuvo a su juicio un origen híbrido por tener un compromiso entre tendencias ideológicas dispares²⁴. En virtud de este origen híbrido tiene una impronta liberal, cuya manifestación más precisa recae en Keynes, principal inspirador del *Welfare State*, que defendía la posibilidad de una transformación

²¹ Aldunate, Eduardo, Ob. Cit. pp. 56, 59 y 60.

²² Cfr. Aldunate, Eduardo. Ob. Cit. p. 59.

²³ Aldunate, Eduardo. Ob. Cit. p. 60. Cabe señalar que, frente al común argumento que están consagrados en diversos tratados internacionales, como lo consigna el profesor Jorge Hübner, hay que compartir su prevención que "De 3 importantes instrumentos internacionales, se precisa el límite hasta dónde puede alcanzar la efectividad de los derechos sociales, el que consiste, obviamente, en la existencia de recursos suficientes para satisfacerlos" (Hübner Gallo, Jorge. "Los derechos humanos: historia - fundamento - efectividad". 1ª edición. Ed. Jurídica de Chile, 1994, p. 157). Del mismo modo, resulta claro que existe una diversa normativa comparada que trata la consagración de los derechos sociales. En efecto, uno de los primeros trabajos chilenos es de don Roberto Mayorga, quien hace una separación según la tradicional distinción internacional de "sociales "económicos" y culturales", en donde nos muestra cómo Hispanoamérica ya consagraba estos derechos. ("Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales". Ed. Jurídica de Chile, 1990. pp. 118, 116 y 123)

²⁴ Pérez Luño, Antonio. "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución", Ed. Tecnos, Madrid; 1984, p. 230.

de la política estatal por vía democrática y respetando la economía de mercado capitalista, así como el derecho de propiedad sobre los bienes de producción.

Así como debe tenerse a la vista lo planteado en la Constitución de Weimar, queremos llamar la atención en el hecho que no puede significar, del modo en que hemos visto, que la expansión de los derechos de prestación sea a costa de las Bases de la Institucionalidad Económica.

5. El problema de la exigibilidad de los derechos sociales.

En nuestro medio, es el profesor Rodolfo Figueroa quien –a nuestro parecer– ha sistematizado de modo más completo las objeciones a la exigibilidad de los derechos sociales. Las trata como “*dos objeciones básicas*”, la primera, llamada incapacidad y la otra la objeción de ilegitimidad. La primera consiste en que los jueces no están llamados a involucrarse en las materias atingentes a la distribución de recursos públicos; y la segunda no están institucionalmente equipados para enfrentar los complejos requerimientos que involucran estas materias (cita a Roux y Tunshnet). Siguiendo la exposición de Mureinik, los legisladores tiene responsabilidad política (*political accountability*), los asesores de la administración proporcionan expertizaje y el gobierno fija el balance entre expertizaje y política, “*pero los jueces no son ni electos ni expertos*”²⁵.

En otro trabajo del profesor Figueroa se ventilan otros argumentos para el reconocimiento de los derechos sociales en tanto derecho exigible. Aunque en este trabajo que comentaremos se refiere específicamente a solo uno de **éstos**, a saber, el “derecho a la salud”, al estar reconocido en la Constitución se derivan efectos que distinguen la situación chilena de la de otros países. “*i) Por ser un derecho constitucional, debe tener algún contenido o significado, independientemente de la discusión sobre la naturaleza o el estatus de los derechos económicos y sociales y su justiciabilidad. ii) Ese significado o contenido debe, por una parte, limitar al legislador, impidiéndole adoptar ciertas leyes y, por otra, debe obligar al legislador a instituir ciertas normas. Si bien el legislador posee discrecionalidad para desarrollar políticas públicas en materia de salud y dictar leyes para implementar este derecho, la Constitución ha de gobernar esa discrecionalidad*”²⁶.

Con todo, han existido desde argumentos más sencillos, como puede leerse del trabajo de Cançado, “*sin los derechos económicos, sociales y culturales, los dere-*

²⁵ Figueroa García-Huidobro, Rodolfo, “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. discusión teórica”. En Revista Chilena de Derecho U.C., Vol. 36 N° 3, 2009, pp. 588-589.

²⁶ Figueroa García-Huidobro, Rodolfo, “El derecho a la salud”. En “Estudios Constitucionales” CECOCH. Universidad de Talca. Vol.11, N° 2, S 2013, p. 284. Cabe señalar que la referencia al legislador es una recurrente en quienes propugnan de una u otra manera la exigibilidad/justiciabilidad de los derechos sociales.

*chos civiles y políticos tendrían “poco sentido” para la mayoría de las personas*²⁷, hasta fundamentos más elaborados, que dimensionan el sentido del derecho desde la perspectiva de las obligaciones y la encuadran en la teoría general del derecho subjetivo, como el trabajo de Rodolfo Arango, ya citado.

No pretendemos por esta ocasión hacer un recuento de los argumentos que permitan sostener ya sea su exigibilidad, o bien derechamente calificar a los derechos sociales como fundamentales, sino hacer presente que existe un amplio debate sobre su carácter directamente exigible o justiciable frente a los tribunales.

Lo que sí se debe reconocer, por razones metodológicas, es que cada vez son más los autores que plantean derechamente su carácter exigible. Para Nogueira, v.gr. *“Dicha justiciabilidad se dará en casos en que exista una relación jurídica definida en que la lesión del derecho provenga de una modificación o desconocimiento de la esfera jurídica de una persona o de un grupo de ellas, de la eventual debilidad manifiesta de la misma persona, como también, en los casos en que faltando la relación jurídica preexistente, una persona o un grupo de ellas se encuentre ante exclusiones arbitrarias o injustificadas de acceso a prestaciones o servicios, como puede ser la negativa de acceso a un establecimiento público de enseñanza básica estatal, la negación de acceso a una prestación de salud básica por parte de servicios públicos en casos de peligro de muerte o de grave menoscabo de la integridad física o psíquica en conexión con la salud de la persona”*²⁸. El fundamento último de estos derechos se relaciona –según Nogueira– con el respeto a la dignidad del ser humano y a la consideración de un mínimo vital que se concreta en cada uno y todos los derechos económicos, sociales y culturales en cuanto satisfacción de necesidades materiales básicas de las personas, constituyendo el aseguramiento de la existencia material del ser humano un presupuesto básico del Estado constitucional democrático contemporáneo.

Semejante predicamento tenemos en la opinión del profesor José Luis Cea, quien señala –luego de estudiar detenidamente la discusión en las Actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución– que discrepa del parecer de ésta en orden a considerar los derechos sociales solo como aspiraciones que deben ser financiadas por el Estado. Para ello tiene presente el artículo 1° inciso cuarto del Código Supremo, en el que el Estado tiene como deber *“contribuir”* al bien común, que el Estado gobierno tenga que contribuir a esta tarea en magnitud considerable y de modo importante no significa que sea una labor exclusiva ni excluyente del mismo, porque incumbe realizarla también a las personas y grupos intermedios de la sociedad civil, sea nacional,

²⁷ Cançado Trindade, Antonio “El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI”. Editorial Jurídica de Chile, 2006, p 95.

²⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, Ob. Cit. p. 192.

regional, entre otras, que abre a las agrupaciones intermedias la posibilidad de coadyuvar en la materialización de los derechos sociales, sobre la base del principio de solidaridad²⁹.

Pero queremos traer a colación un punto de la mayor relevancia para configurar dicha exigibilidad, planteado por el profesor Cea: *“Es obligación del legislador dictar las normas que permitan concretarlo en la enseñanza, el desarrollo de la ciencia y la técnica, las acciones de salud e higiene, la vivienda y la seguridad social, el descanso, la remuneración digna, la seguridad humana”*. Y para ello toma como referencia el artículo 104 de la Carta Fundamental, en el cual aparecen estos principios como cláusulas abiertas y no en calidad de criterios autorealizables. Por ello, cuando inicia el estudio del tema, advierte que los derechos sociales se relacionan con la incidencia que ellos tienen para la integración de la persona en los grupos intermedios y en la Sociedad Civil³⁰.

De seguirse este predicamento, creemos –y lo adelantamos desde ya– que una manera de promover de manera efectiva los derechos sociales es permitiendo el pleno funcionamiento de las libertades que configuran las Bases de la Institucionalidad Económica (comúnmente llamado “Orden Público Económico”), pero donde es el legislador quien tiene una función gravitante, atendida su calidad de soberano nacional y portador de la mayoría que implica el sistema democrático.

En efecto, y a título meramente ejemplar, para poder permitir el acceso a ciertos bienes básicos se pueden otorgar subsidios a diversos grupos de la sociedad civil que permitan su actividad. Podría eximirse de impuestos a quienes desarrollen actividades industriales en zonas con alto desempleo, promoviendo el derecho al trabajo. El Estado podría entregar *vouchers* para la educación básica y media si no tiene la infraestructura necesaria para tener escuelas y liceos. Podría eximirse de impuestos a los grupos intermedios que promuevan la difusión de las artes y la cultura a personas que no pueden acceder a dichos bienes. El Estado podría dar incentivos directamente a los cotizantes para que las cotizaciones sean mayores y premiar a los afiliados si las Administradoras de Pensiones superan ciertas metas de gestión.

En fin, esta promoción de la solidaridad como principio puede permitir, manteniendo todo el estatuto de libertades que ampara las Bases de la Institucionalidad Económica, mayores y mejores prestaciones para quienes lo requieran. Siguiendo lo planteado por el profesor Cea podemos decir –parafraseando a Perez Luño– que el Estado Social de Derecho supone también el reconocimiento

²⁹ Cfr. Cea Egaña, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno”. Tomo II. Ediciones U.C., p. 53.

³⁰ Cfr. Cea Egaña, José Luis. Ob. Cit. p. 51.

de la abolición fáctica de la separación entre el Estado y la sociedad³¹. De lo que se sigue que el Estado no puede aislar a los individuos en sus derechos de emprendimiento con el objeto de proporcionar a otros individuos un conjunto de prestaciones. Es trascendental que éste admita la colaboración de los particulares.

Ahora, tal como se ha dicho en lo que antecede, en el fundamento de los derechos resulta patente que la solidaridad es uno de ellos. Como se aprecia en un trabajo clásico sobre los Derechos Fundamentales, Gregorio Peces Barba esgrime que la solidaridad es una idea compatible e integrable en las concepciones antropocéntricas e individualistas que están en el origen de los derechos humanos. Dicho de otra manera, la solidaridad actúa al servicio de la dignidad humana. Su finalidad es *“contribuir a la autonomía, independencia, libertad moral de las personas, igual que los restantes valores, libertad, seguridad e igualdad”*. Con todo, tiene una notable prevención que no podemos sino compartir: *“No se debe identificar a la solidaridad con posiciones que defienden la disolución del individuo en la comunidad, o al menos a la solidaridad como valor superior que actúa como fundamento de derechos humanos, porque éstos y el colectivismo son incompatibles”*³². Invocar el principio de solidaridad para que nos subordinemos a un ente colectivo, es el camino a la pérdida de todas las libertades.

En consecuencia, la promoción de ciertos principios y fundamentos sobre los que descansan los derechos sociales sin detenerse en el asunto de su exigibilidad/justiciabilidad, pueden permitir su mayor y hasta mejor realización. Encapsular el debate en torno a si son o no exigibles/justiciables, reduce ampliamente la multiplicidad de soluciones que ofrece el ordenamiento jurídico en su conjunto, el que reconoce –ya sea en el ámbito internacional– cierta disponibilidad de recursos, como también los deberes que emanan del “legislador” y no del constituyente, sobre la materia. La discusión, aunque respetable académicamente, resulta estéril si no se promueven mecanismos concretos que aseguren el ejercicio de ciertos derechos de prestación, y nubla las posibilidades de adjudicar dichos derechos tanto a quienes los requieren como también a otras soluciones al problema. Finalmente, cualquiera sea el mecanismo para lograr dicha exigibilidad, no se puede aceptar que sea a costa de otros derechos de igual relevancia, a menos que se parta de una premisa que no compartimos, que existe cierta jerarquía en los derechos fundamentales³³.

³¹ Pérez Luño, Antonio. Ob. Cit. p. 233.

³² Peces Barba Martínez, Gregorio, “Curso de Derechos fundamentales. Teoría General” Madrid. BOE, 1995, p. 276.

³³ Tema que, aunque resulta del mayor interés, no podemos tratar en esta oportunidad.

III.- Más Estado y menos libertad de emprendimiento. Restricción a la acción privada en los diversos ámbitos del quehacer económico, bajo la excusa de dar satisfacción a los derechos sociales

Son innumerables los ejemplos que se podrían dar que dan cuenta de la presencia creciente del Estado en los más diversos y variados **ámbitos** del quehacer económico. Y siempre bajo la explicación de que deben ser satisfechos ciertos derechos sociales, que de lo contrario quedarían entregados a la suerte del mercado.

Como expresión del derecho a la prestación, como lo es el de recibir el servicio de gas por red, se tramita en la actualidad un proyecto de ley que modifica el D.F.L N° 323 "Ley General de Servicios de Gas" (Boletín 9890-08). Si bien el proyecto de ley dice mantener un régimen de libertad tarifaria, lo cierto es que se impone un sistema de fijación de precios, a través de un mecanismo indirecto como lo es controlar la rentabilidad máxima de las empresas concesionarias y, por esa vía, imponer por el solo ministerio de la ley un determinado nivel tarifario. Cada vez que la empresa concesionaria excede el límite máximo de rentabilidad autorizado por la ley, por el solo ministerio de la ley se presume que abusó de su condición y se le impone un régimen de fijación tarifaria. O sea, se castiga la eficiencia que podría ser la razón que está detrás de la superación del límite máximo de rentabilidad y se asume que ello es siempre consecuencia de un abuso de la empresa concesionaria. En la regulación actual tal decisión corresponde que la adopte el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), ya que es precisamente su función el calificar si el exceso de rentabilidad se debe a conductas anticompetitivas o a razones de eficiencia en la gestión de la empresa. En el proyecto se suprime la intervención del TDLC, y se asume per se que el exceso de rentabilidad que alcanza una empresa solo puede tener como explicación el abuso en contra del consumidor.

En suma, para asegurar el derecho a la prestación "*gas por red*", se fija el precio por autoridad administrativa, con el consiguiente desincentivo que tal fijación importa para la iniciativa privada.

En abono de la tesis que se viene sosteniendo, de que el Estado avanza copando espacios y replegando cada vez más a la acción privada, se puede citar también la reforma tributaria (Ley N° 20.780), en parcial vigencia, que impuso mayores cargas a los contribuyentes para financiar con ello los requerimientos que importan para el Estado la satisfacción de esta nueva gama de derechos sociales, a la salud, a la educación, y a las más diversas prestaciones que, según sea el poder de los grupos de presión, empiezan a aparecer con fuerza en los distintos ámbitos del quehacer económico.

Se sabe que mayor carga impositiva para los contribuyentes importa un mayor tamaño del Estado y una consecuente reducción del espacio de acción para la iniciativa privada. El Estado asume el rol, que desde el punto de vista de la gestión, es perfectamente posible que su desarrollo se entregue a la iniciativa privada, sometida a un marco regulatorio de origen legal.

La reforma educacional en actual tramitación y la parte ya aprobada de la misma (eliminación del lucro, el copago y la selección en los colegios que reciben subvención estatal), que parte del supuesto de que la educación constituye un derecho social, margina significativamente a la iniciativa privada del rol que hasta la vigencia de esta nueva ley desempeñaba.

En suma, crece el tamaño del Estado para dar satisfacción al ahora derecho social a la educación, restándole espacio y protagonismo a la iniciativa privada.

La misma idea parece estar detrás de la iniciativa para crear una Administradora de Fondo de Pensiones de carácter estatal y la propuesta de la llamada Comisión Bravo, que será el antecedente de un proyecto de ley para reformular, con una clara visión estatista, el sistema de Isapres.

El mismo sesgo aparece en la tramitación del proyecto de reforma laboral en actual tramitación, en donde los espacios de libertad individual ceden en favor del poder de las organizaciones sindicales. Si bien esto se manifiesta en el plano de la libertad individual, como una restricción a esta, es claro que obedece a una matriz ideológica común, que da mayor primacía a lo colectivo, a lo social, en desmedro de la libertad individual.

Por último, si bien ha quedado postergado el debate sobre la reforma a la Constitución Política de la República, y en particular al derecho de propiedad, es claro que de producirse este, la matriz ideológica que ha estado presente en todas las reformas implementadas en los últimos años se hará notar también en estos ámbitos.

De mantenerse la tendencia presente en las reformas someramente enunciadas en lo que antecede y proyectarse ella al ámbito constitucional, es nuestra opinión que ello se traducirá en un debilitamiento de los principios del OPE y de las bases de la institucionalidad económica, con el consiguiente castigo a la iniciativa privada y al campo de acción en que ésta se desenvuelve.

En suma, la matriz ideológica que se ha instalado como corazón de las reformas ya aprobadas y aquellas que están en curso de hacerlo, descansa sobre el supuesto, equivocado en nuestra opinión, de que la igualdad como objetivo que se pretende alcanzar con ellas se logra de un modo más eficiente con la acción del Estado y la satisfacción que este proveerá de los derechos sociales, en vez de

alcanzar tal objetivo dejándole el espacio a la libertad de emprendimiento y a la iniciativa privada, sometiéndola, eso sí, a un marco regulador que impida los abusos y los castigue con severidad.

Y tal antagonismo que se insinúa existe entre la libertad de emprender y la satisfacción del principio de la igualdad, una de cuyas expresiones es precisamente el reconocimiento, protección y satisfacción por el Estado de los llamados derechos sociales, es precisamente la razón que se invoca para promover una reforma a la Constitución Política y, en particular, a las bases de la institucionalidad económica que en ella se consagran.

Pero nuestra opinión es que no son categorías antagónicas en el orden constitucional las bases de la institucionalidad económica y el reconocimiento y satisfacción de los derechos sociales, ya que estos últimos se pueden reconocer, proteger y satisfacer dejando espacio a la libertad de emprendimiento y a la iniciativa privada, sometida al marco regulatorio impuesto por la ley, y sólo en casos en que ello no sea posible, recurriendo, como ultima ratio, a la presencia del Estado.

No creemos necesario cambiar las bases de la institucionalidad económica para reconocer y dar satisfacción a los denominados derechos sociales –al no ser categorías antagónicas–, ya que con la actual estructura normativa es posible darles satisfacción, en primer lugar, dejando que la libertad de emprendimiento y la libre iniciativa privada lo hagan, sujeta, por cierto, a un marco legal que impida y castigue los abusos, y, en segundo lugar, sólo en aquellos ámbitos y espacios en que ello no sea posible, que la satisfacción de tales derechos corra por cuenta del Estado.

IV.- Conclusiones

De lo dicho en lo que antecede, es posible formular las conclusiones que siguen:

1.- Es imprescindible mencionar en la Carta Fundamental ciertos principios económicos, de modo que no puedan ser vulnerados por la ley ni por norma, autoridad o persona alguna, protegiendo y amparando así tanto las libertades como el marco general regulatorio de la actividad económica. Esto es lo que se conoce con el nombre de “Orden Público Económico” (OPE), tal como se denominó por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

2.- Se integran al concepto de OPE, entre otros, los siguientes principios: libertad económica; propiedad privada; igualdad e interdicción de toda forma de discriminación arbitraria; subsidiariedad, servicialidad y solidaridad; legalidad del gasto; Banco Central autónomo con rango constitucional; Tesorería General

de la República como instrumento de jerarquía constitucional y racionalidad y responsabilidad en manejo de los recursos públicos.

3.- Desde sus inicios siempre se entendió que el propósito del Orden Público Económico (o lo que llamamos hoy Bases de la Institucionalidad Económica), tenía claros fines garantísticos, de tutela y protección de los principios que lo integran, cuyo titular es y será siempre la persona.

4.- La libertad económica como presupuesto del Orden Público Económico tiene un fundamento ontológico, que recae en el reconocimiento constitucional de la primacía de la persona humana sobre el Estado, lo que está previsto en el artículo 1° de la Constitución, preceptiva que enlazada con el artículo 19 numeral 21, configuran lo que hemos llamado las "Bases de la Institucionalidad Económica". Adicionalmente ciertos presupuestos libertarios están consagrados en la Constitución, lo que demuestra que la Carta Fundamental no sólo pretendió proteger la libertad de emprendimiento económica.

5.- Al garantizar el N° 21 del artículo 19 de la CPR la libertad de emprendimiento, como una de las más sublimes y privilegiadas forma en que se manifiesta la libertad de trabajo del ser humano, se ha entendido que ella pretende asegurar para todas las personas la posibilidad de manifestar el máximo de sus fuerzas, energías y capacidad creadora, que es motor del dinamismo y de la actividad económica, en todas las formas en que esta pueda manifestarse.

6.- La actividad económica a que se refiere tal numeral implica garantizar la libertad de emprendimiento en todo ámbito del quehacer humano que se traduzca en la realización de cualquiera actividad que tenga un contenido o expresión patrimonial, sean en el ámbito de la extracción, producción, distribución, consumo, inversión, ahorro y un innumerable etcétera de manifestaciones de tal actividad.

7.- Pese al profuso reconocimiento a la libertad de emprendimiento, la consideración de las funciones del Estado no puede quedar delimitada a priori, puesto que de ser así las autoridades no podrían hacer contribuciones prácticas al bien común.

8.- De la aplicación de los principios de libertad-primacía, subsidiariedad y bien común y sus correlatos y solidaridad, servicialidad y colaboración con el bien común, se desprende que el Estado debe abstenerse de sustituir a los particulares en las actividades económicas que éstos pueden desarrollar adecuadamente. Pero dado que el fundamento del derecho no radica únicamente en la libertad y creatividad individual sino también en la solidaridad y el servicio al bien común, el Estado subsidiario tiene el deber de adoptar en la materia una función no solo pasiva sino también activa a fin de que las necesidades sociales sean cabalmente cumplidas.

9.- La matriz ideológica que se ha instalado como corazón de las reformas ya aprobadas y aquellas que están en curso de hacerlo, descansa sobre el supuesto de que la igualdad como objetivo que se pretende alcanzar con ellas, se logra de un modo más eficiente con la acción del Estado y la satisfacción que este proveerá de los derechos sociales, en vez de alcanzar tal objetivo dejándole el espacio a la libertad de emprendimiento y a la iniciativa privada, sometiéndola, eso sí, a un marco regulador que impida los abusos y los castigue con severidad.

10.- El antagonismo que se insinúa existe entre la libertad de emprender y la satisfacción del principio de la igualdad, una de cuyas expresiones es precisamente el reconocimiento, protección y satisfacción por el Estado de los llamados derechos sociales, es precisamente la razón que se invoca para promover una reforma a la Constitución Política y, en particular, a las bases de la institucionalidad económica que en ella se consagran.

11.- No son categorías antagónicas en el orden constitucional las bases de la institucionalidad económica y el reconocimiento y satisfacción de los derechos sociales, ya que estos últimos se pueden reconocer, proteger y satisfacer dejando espacio a la libertad de emprendimiento y a la iniciativa privada, sometida al marco regulatorio impuesto por la ley, y sólo en casos en que ello no sea posible, recurriendo, como ultima ratio, a la presencia del Estado.

12.- No es necesario cambiar las bases de la institucionalidad económica para reconocer y dar satisfacción a los denominados derechos sociales –al no ser categorías antagónicas–, ya que con la actual estructura normativa es posible darles satisfacción, en primer lugar, dejando que la libertad de emprendimiento y la libre iniciativa privada lo hagan, sujeta, por cierto, a un marco legal que impida y castigue los abusos, y, en segundo lugar, sólo en aquellos ámbitos y espacios en que ello no sea posible, que la satisfacción de tales derechos corra por cuenta del Estado.