

LOS DERECHOS SOCIALES Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN: TENSIONES Y DESAFÍOS TÉCNICOS

SOCIAL RIGHTS AND THE NEW CONSTITUTION: TECHNICAL TENSIONS AND CHALLENGES

*Gastón Gómez**
*José Francisco García***

RESUMEN: El presente artículo tiene por objetivo examinar algunos de los aspectos fundamentales del tratamiento normativo de los derechos económicos, sociales y culturales, a la luz del proceso constituyente chileno. Para los autores, la dimensión técnica de este debate no ha sido considerada, con precisión y rigor. Para superar este déficit se examinan los modelos de consagración de derechos sociales más influyentes en el ámbito comparado. Luego, se analizan los aspectos críticos de la estructura de los derechos sociales, la cuestión de la implementación o exigibilidad de los derechos sociales y los modelos alternativos en disputa. También se da cuenta de la importancia de los principios interpretativos de Estado social, los principios de progresividad y no regresividad en el contexto de los tratados internacionales de derechos humanos y el de responsabilidad fiscal.

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales, derechos fundamentales, nueva Constitución, proceso constituyente chileno.

* Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Correo electrónico: gaston.gomez@derecho.uchile.cl

** Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Derecho y Magíster en Derecho Público (Premio A. Silva Bascuñán) de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster (LL.M.) y Doctor en Derecho (JSD), Universidad de Chicago. Ha sido académico visitante del CSLS de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford. Correo electrónico: jfgarcia@uc.cl

ABSTRACT: This essay examines some of the fundamental aspects of the regulatory treatment of the economic, social and cultural rights, given the Chilean constitutional process. For the authors, the technical dimension of this debate has not been seriously or accurately considered. To overcome this deficiency, they examine the recognition model of the most influential social rights comparatively. Then, it analyzes the critical aspects of the social rights structure, the issue of the implementation or enforceability of the social rights, and the alternative models in dispute; it shows the importance of the interpretative principles of the social State, the impact of the international treaties of human rights and the principles of progressive realization and non-regression, and also the fiscal responsibility.

KEYWORDS: Social and economic rights, fundamental rights, new constitution, Chilean constitution-making process.

I. INTRODUCCIÓN

La dimensión técnica del debate respecto de la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la nueva Constitución, no es una que esté siendo considerada con suficiente precisión y rigor¹. Si se va a tomar en serio la técnica de los derechos fundamentales a la hora de pensar los derechos sociales, el punto de partida de este esfuerzo debe consistir en analizar a fondo sus elementos nucleares, organizacionales y las dimensiones más relevantes de una estructura compleja. Por lo demás, se trata de un esfuerzo que debe estar a la altura de las altas expectativas ciudadanas en esta materia, a ratos difusas, alimentadas por el discurso político (y académico). Así, esta expectativa debe ser abordada. Pero parece crucial que al hacerlo, se considere que se está ante el diseño de una estructura compleja de derechos, que requiere evitar soluciones maximalistas, evitar el camino de la inflación de

¹ Se cree es una crítica que no se limita al discurso político, sino que debe extenderse también al discurso académico. En efecto, debiese motivar una actitud reflexiva y autocrítica de parte de la propia comunidad jurídica, a ratos demasiado preocupada por la inmediatez, las respuestas simples y populares, del retorno a la vieja (y oxidada) idea de que la responsabilidad del jurista consiste principalmente en poner al derecho al servicio del cambio social de manera acrítica, y de paso, dinamitar la autonomía del derecho. El derecho no es “política por otros medios” como sostiene la teoría jurídica crítica. Véase, por ejemplo, KENNEDY (2010) y (2012).

los derechos sociales (y su configuración judicial), y un cierto perfeccionismo moral en cuanto a modelos cerrados e ideales de sociedad².

Por supuesto, no se parte *ex novo*, sino de la consagración que la Constitución vigente hace a diversos derechos sociales³. Esta consagración puede tener defectos, pero reconocer este hecho inicial y factual es fundamental, dado que, como se verá, al amparo de esta Constitución, se ha desarrollado una práctica constitucional intensa⁴. Esta práctica también debe ser tomada en cuenta en el debate sobre los derechos sociales.

Bajo este contexto, este artículo busca explicitar diversos pilares estratégicos de este complejo debate, dando una mirada sistémica al mismo.

En primer lugar, tratándose de un debate que tiene ribetes ideológicos y filo-populistas, y más allá de las posiciones intelectuales y políticas frente a los DESC, identificar y realzar su dimensión técnica, parece un sano camino para darle racionalidad al debate, ahí donde parece guiado, más bien, por una mezcla de voluntarismo y romanticismo, a la luz de concepciones intuitivas de los derechos fundamentales. En otras palabras, profundizar acerca de aspectos tales como: el contenido esencial, los supuestos de hecho, las dimensiones prestacionales y no prestacionales, los deberes positivos y negativos del Estado, los mandatos al legislador, los límites internos y externos, etc., de estos derechos, esto es, la estructura normativa de cada derecho social, permite enfrentar el debate con mayor racionalidad, pragmatismo y facilitar la búsqueda de consensos. Ello, además, se opone a la delegación total –un verdadero vaciamiento– en el legislador democrático de todos los aspectos anteriores.

A lo anterior, se suma la necesidad de sofisticar la arquitectura organizacional que sustenta los derechos sociales, estableciendo límites externos institucionales –ya no solo de los derechos propiamente tales, en cuanto

² Y es que como ha sostenido el destacado jurista y presidente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Carlos Rosenkrantz: “nuestras sociedades están caracterizadas por el pluralismo no sólo acerca de las concepciones del bien sino también acerca de las exigencias de lo correcto. Ninguna teoría de la justicia distributiva ha ganado suficiente apoyo en las democracias constitucionales modernas [...] no tenemos una visión única sobre cómo asignar recursos en nuestra sociedad y, este hecho, determina que si privilegiamos constitucionalmente un tipo de distribución sobre otro arrinconaremos a todos aquellos que no están de acuerdo”. ROSENKRANTZ (2002), p. 7. Véase también ROSENKRANTZ (2006), pp. 17-57.

³ Entre ellos, el derecho a un ambiente libre de contaminación (artículo 19 n.º 8), a la protección de la salud (artículo 19 n.º 9), a la educación (artículo 19 n.º 10), a la seguridad social (artículo 19 n.º 18), o el de sindicarse (artículo 19 n.º 19).

⁴ Sobre la idea de constitucionalismo como práctica en el contexto de un modelo continental se sigue a NINO (2013). También a PEÑA (1996) y a GÓMEZ (2005). Sobre la práctica constitucional entendida como las reglas de la constitución “no escrita” o “invisible”, véase TRIBE (2008) o AMAR (2012).

estructura normativa, sino de su impacto sobre el conjunto de la actividad—. De ahí la importancia de una cláusula general de responsabilidad fiscal o una específica.

En tercer lugar, el debate existente también oscurece una visión sistémica sobre los derechos fundamentales y la búsqueda de un cierto equilibrio estructural. Las concepciones intuitivas de los derechos fundamentales invitan a redactar libremente derechos en las constituciones y, lo que es más grave, sobre la base de que es posible que sean exigibles y maximizados cada uno de ellos. Con todo, una Constitución que no establece un equilibrio adecuado de los derechos es una que genera incentivos a buscar maximizar solo los derechos sociales en desmedro de los derechos civiles y políticos. Ello tiene dimensiones institucionales que se deben considerar. Por ejemplo, no es posible un Estado de derecho, una economía de mercado robusta, libertad de contratación y competencia, si no se cuenta con un derecho al debido proceso fuerte, sobre la base de una infraestructura institucional bien financiada. ¿Por qué invertir en seguridad pública o ampliar el número de tribunales de justicia, si esos recursos compiten con mejoras en las pensiones? No es fácil encausar este equilibrio, pero es, sin lugar a dudas, un desafío trascendental.

Finalmente, una vez que se han identificado y redactado con precisión la estructura normativa de cada derecho social, los límites estructurales de cada derecho, y se tiene una macrovisión, coherente y sistémica sobre los derechos fundamentales en general, entonces queda el debate sobre la exigibilidad particular de cada derecho. Aquí la noción prestacional/no prestacional cobra relevancia, como también el papel que tendrán el legislador y las políticas públicas en su concretización y el papel, secundario, de revisión o garantía de que no se violen los núcleos esenciales e indisponibles de los derechos, por parte de los jueces.

Para desarrollar los objetivos del artículo se continuará de la siguiente forma:

- Primero, tras señalar la importancia de avanzar hacia una regulación equilibrada de los derechos fundamentales, se examinan los modelos de consagración de derechos sociales más relevantes en el ámbito comparado en esta materia (sección II).
- Luego, se analizan los aspectos críticos de la estructura de los derechos sociales. En esta parte se hará referencia a aspectos tales como: su naturaleza jurídica (y sus dimensiones prestacionales y no prestacionales), el contenido esencial, la identificación del derecho y la titularidad, los supuestos de hecho, los límites internos y externos, los deberes o mandatos al Estado/legislador/poderes públicos, la inconstitucionalidad por omisión, la eficacia vertical y horizontal,

y las reglas de provisión en cuanto incorporan al sector privado y a la sociedad civil (sección III).

- Posteriormente, se discute la cuestión de la implementación o exigibilidad de los derechos sociales y los modelos alternativos en disputa (sección IV).
- Enseguida se da cuenta de la importancia de los principios interpretativos de Estado social, los principios de progresividad y no regresividad en el contexto de los tratados internacionales de derechos humanos y el de responsabilidad fiscal (sección V).
- Finalmente, se cierra con algunas reflexiones a modo de conclusión (sección VI).

II. MODELOS (IDEALES REGULATIVOS)

DE CONSAGRACIÓN DE DERECHOS SOCIALES

1. Hacia una regulación (constitucional) equilibrada de derechos fundamentales

Tal vez la noción más importante que subyace o en la que reposa la idea de tener un derecho, ser titular de un derecho fundamental, o de ser titular de un derecho subjetivo público –todos términos semejantes, para estos efectos– es que equivale a apartar para beneficio individual un segmento del bienestar social⁵. Aun cuando no se tenga una idea compartida de justicia social o de justicia distributiva que determine socialmente reconocer derechos, supone que su titular podrá exigir a los demás que se lo satisfagan, de las muchas maneras posibles, no solo por vía judicial. De modo que, si una Constitución reconoce a las personas un derecho fundamental, y esta es una promesa seria, implica movilizar acciones positivas y negativas del Estado, de diverso tipo y clase, para satisfacerlo.

En efecto, todos los derechos demandan acciones u omisiones del Estado para su realización, sean derechos sociales, de libertad o de igualdad. En ambos casos, se requerirán cuantiosos recursos públicos⁶. Pero ello no es ni remotamente similar ni homologable, como pudiera hacerse creer de

⁵ En este sentido, Thomas Nagel, por ejemplo, ha señalado: “En contraste con las dificultades que afronta la búsqueda de la igualdad, la protección para cada individuo de una esfera de autonomía personal es el objeto de una tradición eficaz y bien desarrollada de la ética y el diseño institucional. Esta tradición se acepta exclusivamente en una minoría de culturas, pero donde se acepta funciona muy bien y su principal recurso es la definición y protección de los derechos individuales”. NAGEL (1996), p. 143.

⁶ El clásico en esta materia es HOLMES & SUNSTEIN (1999).

manera interesada, entre todos los tipos y clases de derechos que una Constitución reconoce y ampara a un sujeto. Hay diferencias considerables entre los derechos⁷. Es cierto, que tanto el derecho al debido proceso como a la vivienda digna implican movilizar recursos públicos, desde rentas generales para su satisfacción. Pero –técnicamente, desde este punto de vista– debe diferenciarse, por ejemplo, el derecho a la vivienda, el que implica traspaso directo de una prestación material a un titular (apartar una cuota del bienestar), del debido proceso, que involucra o existe para garantizar la legitimidad social de las condiciones de aplicación estatal de una pena, y que solo en medio de la totalidad de derechos consagrados es “una parte” del bienestar individual considerado⁸.

Si lo anterior es correcto, esto es, que todos los derechos reclaman acciones positivas y negativas del Estado para su satisfacción (aunque no sean asimilables), entonces, el catálogo de derechos que en una Constitución se escribe debe diseñarse –y justificarse– no solo como derechos subjetivos o como bienes individuales –que lo son–, sino, también, como un equilibrio sabio de derechos que proteja, por una parte, aspectos de la autonomía o libertad de los individuos para configurar los rasgos centrales de la vida y alcanzar sus propósitos (autonomía personal, familiar, ciudadanía, los resultados de su esfuerzo y trabajo, dirigiendo su propio plan de vida) con, por otra parte, aquellos que hacen valioso para otros pertenecer y respetarlos, sobre la base de ciertas consideraciones de igualdad, protección a minorías y desventajados⁹. Este equilibrio sabio es valiosísimo, y debe ser defendido en sí mismo por sus consecuencias benéficas para todos.

⁷ Como señala GROSMAN (2008), pp. 24-25: “[...] el hecho de que tanto los derechos negativos como los positivos requieran que exista un Estado fuerte que gaste recursos sustanciales para hacerlos efectivos no significa que todos los derechos dependan de los recursos de igual manera”.

⁸ En idéntico sentido, Carlos Peña ha sostenido en esta materia: “suele esgrimirse que los derechos civiles y políticos también exigen del Estado prestaciones positivas que suponen ingentes recursos. Por ejemplo, las elecciones generales que permiten la participación política o el derecho a un proceso justo son derechos civiles y políticos que exigen del Estado especiales esfuerzos económicos. Y eso es verdad; pero en ese argumento se desliza un malentendido. En el caso de un sistema de justicia o un sistema electoral, el gasto estatal no se traduce en prestaciones individuales, sino que se traduce en una provisión general cuyo acceso está entregado también a variables socioeconómicas”. PEÑA (2020), pp. 41-42.

⁹ Una mirada crítica (o al menos escéptica) a un esfuerzo como este es posible encontrar HAYEK (1976), p. 103, para quien: “los viejos derechos civiles y los nuevos derechos sociales y económicos no pueden alcanzarse al mismo tiempo, sino que más bien son de hecho incompatibles; los nuevos derechos no se pueden imponer por ley sin destruir al mismo tiempo el orden liberal al que tienden los viejos derechos civiles”. Al “proclamarlos solemnemente como derechos” en la Declaración universal de la ONU de 1948, “significaba jugar irresponsablemente con el concepto de ‘derecho’, lo cual sólo puede conducir a menoscabar el respeto que

Pero ese equilibrio supone estar conscientes y aceptar que, si bien todos los derechos demandan acciones positivas y negativas, recursos materiales y jurídicos (aunque como se dijo, de muy diversa estructura), no todas las expectativas, deseos, anhelos, inseguridades e insatisfacciones de la vida individual y común pueden expresarse en derechos, ya que se volverían imposibles de garantizar. Un sistema equilibrado de derechos implica aceptar qué se debe priorizar, pues el daño de un diseño de derechos desequilibrado e intuitivo, terminará afectando los derechos en términos individualmente considerados.

Lo que se quiere señalar es que –por ejemplo– un fuerte e intenso reconocimiento de bienes sociales en la Constitución, exige fortalecer el catálogo de libertades, el debido proceso y los derechos contra la tributación injusta y confiscatoria. A esto se hace referencia con un equilibrio sabio, vale decir, que hay que tener cuidado en el diseño de la totalidad de los derechos porque el reconocimiento y garantía intensa de unos puede dejar al descubierto otros derechos, igualmente relevantes o más. El debate sobre las prioridades está abierto, pero sigue siendo muy convincente que los derechos que resguardan las libertades e igualdades configurativas de la autonomía y la autodeterminación, son básicos para la pertenencia, la cooperación y poder encausar la vida de cada cual tanto como para que opere la democracia sin abusos¹⁰. Y ello demanda un compromiso serio del Estado.

El diseño de un conjunto equilibrado de derechos no tiene por finalidad redistribuir la riqueza, impulsar reivindicaciones, imponer un modelo de sociedad colectiva, ni el triunfo ideológico, sino esa mezcla que se ha llamado “sabia” entre bienes individualmente significativos y otros colectivos (que dependen de la capacidad de producirlos) y “valiosa” por su enorme contribución a la legitimidad del sistema político y a la paz social.

Cualquier discusión sobre derechos sociales debe ser, entonces, sofisticada y técnica, tomando en cuenta el derecho comparado y lo que ha avanzado la teoría constitucional y la práctica constitucional chilena. La tarea es titánica por cuanto importa muchas veces la necesidad de tomar elecciones trágicas¹¹,

el derecho merece”. HAYEK (1976), p. 105. Por lo demás, tal documento “es claramente un intento de fundir los derechos de la tradición liberal occidental con la concepción totalmente distinta derivada de la revolución marxista rusa”. HAYEK (1976), p. 103.

¹⁰ Véase ELY (1980).

¹¹ En los términos desarrollados por CALABRESI & BOBBITT (1978).

en medio de la escasez¹², lo que requiere de una robusta filosofía de la prudencia constitucional¹³.

2. Modelos comparados relevantes

A partir de las experiencias comparadas, se puede decir que existen cuatro grandes maneras de tratar las relaciones entre Constitución y derechos sociales (el indicado equilibrio aparece aquí denotado), disculpando, desde ya, la generalización: el modelo europeo, el estadounidense, el latinoamericano y el más reciente asociado al denominado “constitucionalismo del *Commonwealth*”. Se trata de prácticas constitucionales bien asentadas (especialmente los tres primeros) y, que, además, han sido modelos influyentes en la discusión sobre derechos sociales entre nosotros (al menos desde 2014, esto es, lo que se conoce como el “proceso constituyente Bachelet”).

En primer lugar, se encuentra el modelo europeo. Si se piensa en las constituciones de España, Suiza, Alemania y Suecia, por ejemplo, estas no reconocen derechos fundamentales sociales plenos. Es importante destacar, que, en estos modelos constitucionales, casi siempre se reconoce alguna dimensión social y liberal muy fuerte, por ejemplo, al decir, como consigna la Constitución española, que identifican el Estado como un “estado social y democrático de derecho” y reconocer que los derechos sociales son directri-

¹² Véase GROSMAN (2008). Especialmente interesante su desarrollo sobre el “paradigma de la escasez” y “la igualdad estructural de oportunidades”, p. 95 y ss. Sobre la conexión de esto con la cuestión más general en torno a los deberes del Estado en materia de DCP y DESC sostiene: “En definitiva, la ambiciosa postura según la cual todos los derechos implican los mismos niveles de deberes estatales es conceptualmente débil y estratégicamente dudosa. Pero vale recordar qué fue lo que llevó a diversos autores a sostener tal postura. Como dije, no fue la inquisición filosófica abstracta, sino la aspiración de promover los derechos sociales convenciendo a juristas y magistrados de que tales derechos son justiciables. Quienes cuestionan la justiciabilidad de los derechos sociales han tratado de diferenciarlos de los derechos ‘clásicos’ sobre la base de que estos no suponen el tipo de deberes estatales propios de aquellos. En consecuencia, para refutar esta postura, basta con demostrar que los derechos civiles y políticos involucran el mismo tipo de deberes que los derechos sociales; no hace falta demostrar, además, que los derechos sociales también involucran los deberes negativos típicos de los derechos civiles y políticos. En otras palabras, la idea es que los derechos sociales no suponen deberes estatales que resulten muy diferentes a los que ya se encuentran generalmente aceptados como inherentes al Estado”. GROSMAN (2008), p. 22. Para este autor, “la distinción entre las precondiciones y las funciones del Estado es de especial relevancia a la hora de analizar el papel que juega la escasez de recursos como defensa ante el incumplimiento de deberes [del Estado en materia de derechos fundamentales]”. GROSMAN (2008), p. 26.

¹³ Siguiendo al profesor KRONMAN (1985), pp. 1567-1616, respecto del pensamiento constitucional de Alexander Bickel.

ces de política pública¹⁴, y que esos derechos, informan las políticas y las actuaciones del legislador. Asimismo, la Constitución suiza, ordena “promover la prosperidad común”¹⁵ y la de Alemania el “libre desarrollo de la personalidad”. Pero no se reconocen, prácticamente¹⁶, derechos sociales en calidad

¹⁴ Se trata de la técnica de consagración de los derechos sociales en la Constitución española, entendidos como directrices en materia social y económica que constituyen mandatos a los poderes públicos. Véase DE OTTO (2012), pp. 48-49; PÉREZ ROYO (2010), p. 444 y PÉREZ NUÑO (2016), p. 181 y ss. El artículo 53 de la CE define con detalle lo que considera derechos fundamentales, llamémosles, fuertes (artículo 53.1 y tal vez 2), de aquellos que forman parte de lo que llama “Principios rectores de la política social y económica”, los que “informarán la legislación positiva, la práctica social y la actuación de los poderes públicos”, “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. La mayor parte se encuentra en el capítulo III del título I (derechos sociales y principios); pero también hay algunos en el capítulo II (derechos en su mayoría de naturaleza de libertad, pero solo protegidos en su núcleo esencial), como los derechos de los presos, el derecho a la educación y el derecho al trabajo (artículos 25.2, 27 y 35.1 de la CE, respectivamente) y, finalmente, algunos están dentro de la sección primera (junto a los llamados “derechos fuertes”, protegidos con el recurso de amparo). En consecuencia, salvo estos últimos dos, la generalidad de los derechos sociales no es justiciable y requieren su desarrollo por ley. Véase PEREIRA-MENAUT (2015), p. 225. Para JIMÉNEZ (1999), p. 123: “En el Capítulo Tercero del Título I no hay derechos subjetivos; derechos que, caso de existir allí, debieran merecer la calificación de constitucionales o fundamentales, reservada por la Constitución (art. 53.1) para lo proclamado en otros preceptos. No hay mayor vacilación al respecto en la jurisprudencia constitucional [...]”. Para DE OTTO (2012), pp. 48-49, respecto de la exigibilidad de los DESC en la CE, y de acuerdo con el 53.3 de la misma: “las pretensiones de obtener alguno de los bienes a que se refieren sólo podrán prosperar en la medida en que estén reconocidas también en una ley. No cabrá, por tanto, que en ausencia de norma legal un tribunal declare el derecho de alguien a una vivienda digna o que sancione un atentado contra el medio ambiente. Al excluir esta posibilidad la Constitución pretende evitar que los tribunales se sitúen en la posición del legislador [...]. Los principios rectores [...] han de ser tenidos en cuenta por todos los tribunales –el Constitucional y los restantes– como criterios interpretativos tanto de la Constitución como de la legislación ordinaria”. Para un examen crítico respecto de la interpretación del TCE en esta materia (la que considera “minimalista”), véase BIGLINO (2020), pp. 53-84, para quien, además, los principios tienen naturaleza jurídica y vinculante, informando la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (p. 58). Para una mirada crítica respecto del modelo de consagración de los derechos sociales en la CE y la práctica interpretativa del TCE, proponiendo la consagración de estos como derechos públicos subjetivos, véase PONCE SOLÉ (2017), pp. 67-98. Para una reconfiguración interpretativa de los derechos sociales desde la perspectiva de la dignidad humana, véase RODRIGUEZ-ARANA (2015), pp. 31-62.

¹⁵ Véase Constitución de Suiza, artículo 1º, el capítulo III se llama objetivos sociales y en el artículo 41.4 señala al cierre “no pueden deducirse directamente de estos objetivos sociales derechos subjetivos a prestaciones del Estado”.

¹⁶ Por ejemplo, la Constitución alemana consagra en el artículo 7º, que el sistema educativo estará bajo la supervisión del estado, pero prácticamente ningún otro derecho de esta clase.

de derechos fundamentales¹⁷. Suecia, por ejemplo, el modelo más intenso de Estado benefactor, y utilizado de manera común en Chile como aspiración, no tiene ni reconoce en su Constitución derechos sociales¹⁸.

Y todo lo anterior, no implica que Europa entera (casi sin excepciones) no se reconozcan y distribuyan, a través de un Estado benefactor intenso, políticas sociales –sean redistributivas o igualitaristas– de amplia cobertura. Los derechos sociales, parecen ser, entonces, una condición mínima de la democracia constitucional europea, aunque no consagren derechos sociales como derechos fundamentales en sus Constituciones. Ello no parece ser correcto –a la luz de esta experiencia– en relación con los derechos libertades e igualdades que respaldan la autonomía personal, la supresión de las Constituciones de estos derechos deslegitima la democracia y abre las partes a la tiranía, es decir, operan como una condición de existencia. Estos derechos son, entonces, una condición previa.

Ello muestra, y este es el punto que interesa destacar, que se puede tener una intensa política de reconocimiento y distribución de bienes sociales, sin consagrar derechos sociales en calidad de derechos fundamentales, lo que exigiría, nada más, un compromiso serio del Parlamento y la ley con ello, y políticas sociales dirigidas en esa dirección.

Un segundo modelo, es el plasmado en la Constitución de Estados Unidos. Es difícil imaginar un modelo más estricto. En este no hay reconocimiento alguno de derechos sociales en la Constitución y tampoco hay definiciones de Estado como estado social. Sin embargo, en materia de derechos civiles y políticos, desde *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido un enorme valor a la igualdad de acceso al sistema educacional, lo que equivale a una inmensa política social de igualación frente a derechos de participación. En este modelo, independiente de los derechos que los Estados reconocen, la Constitución no

¹⁷ Ejemplo inverso más llamativo es el de la Constitución de Portugal, que, en realidad, parece Constitución latinoamericana. La Constitución de 1958 no hace reconocimiento explícito a derechos, pero reenvía a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, al preámbulo de la Constitución de 1946 y a la Carta Medioambiental. El preámbulo de la Constitución de 1946 establece algunos derechos sociales, tímidamente redactados: derecho a obtener empleo, derecho a huelga en conformidad a la ley, garantiza la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio; el derecho a obtener de la colectividad los convenientes medios de existencia; acceso igualitario a la instrucción, la capacitación y la cultura. La Carta Medioambiental, señala que todos tienen derecho a vivir en un ambiente “equilibrado y respetuoso de la salud”.

¹⁸ La Constitución de Suecia, prácticamente no establece ningún derecho de esta clase, salvo el de asociación sindical y patronal (artículo 5); véase la referencia a la ley y su contenido, en el capítulo VIII.

incorpora ningún derecho social (en rigor, incluye muy pocos derechos, en general), sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido –y ordenado respaldar– algunos derechos sociales, como el de educación o el de aborto¹⁹. Lo anterior, se ve enormemente reforzado por el hecho de que Estados Unidos no ha suscrito las convenciones internacionales de derechos humanos, ni menos aquellas que reconocen derechos sociales (Pacto de derechos económicos, sociales y culturales). Ello genera un modelo donde el legislador democrático es clave para la existencia y configuración de estos derechos, dependiendo de las mayorías (Obama care).

En tercer lugar, parece relevante destacar el modelo latinoamericano, que entiende los derechos sociales como máximos. Este modelo hiperbólico se ancla en una definición muy diversa de las anteriores: aquí parece que los derechos sociales serían una condición de subsistencia del Estado y la sociedad, y están ampulosa e intensamente palabreados en los textos constitucionales. El grueso de los textos constitucionales de la región, reconocen toda clase de derechos sociales, sin ningún apego a la realidad concreta capaz de hacerlos efectivos. Las constituciones de Brasil, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Argentina contienen descripciones intensas de todo tipo de derechos sociales y o reenvían a tratados que los contienen, desde el derecho al ocio²⁰ (constitución de Brasil) hasta el derecho a “acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local”²¹ (constitución de Ecuador), pasando por una propuesta hermosa que recorre el continente: el derecho a la felicidad. Además, en estos países se conectan las Constituciones con los tratados internacionales, muy en particular, con el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales.

Si la Constitución fuera literatura para contarles a los hijos, desprovista de sentido autoritativo, daría lo mismo la cantidad y las palabras con que se redacta. Pero ello no es así. El realismo mágico está perfecto en la literatura, pero no en la política constitucional. Plasmar derechos sociales en la Constitución sin poder satisfacerlos seriamente puede ser signo de dos cosas: o la Constitución importa poco en ese país porque no incide, en serio, en la política ni en el Estado o este desfase entre palabras, normas y realidad contribuye a deslegitimar las instituciones. Cuando, además, esos derechos sociales son redactados en las Constituciones como derechos fundamentales

¹⁹ Por supuesto, no se desconoce la importancia en el imaginario constitucional estadounidense de la propuesta de F.D. Roosevelt en torno a una segunda carta de derechos (*second bill of rights*), de segunda generación, en su discurso del estado de la unión en 1944. Véase, por ejemplo, SUNSTEIN (2006).

²⁰ Véase artículo 6 de la Constitución de Brasil.

²¹ Véase artículo 13 Constitución de Ecuador.

garantizados mediante acciones constitucionales se gestan desigualdades y descompensa el presupuesto público (los jueces no manejan el presupuesto), afectando a la democracia. Pero el punto de fondo, es que este modelo no parece haber contribuido a la reducción de la desigualdad objetiva ni a crear mejores oportunidades para sus habitantes.

Finalmente, en la última década ha surgido con fuerza el denominado constitucionalismo del *Commonwealth*²², que ofrece, bajo la idea del constitucionalismo débil, un modo de relacionamiento entre Constitución, derechos sociales y su exigibilidad, novedoso²³, porque pone en tensión los tres modelos clásicos antes examinados a la hora de implementar o hacer exigibles los derechos sociales y el papel institucional asignado a los poderes públicos para ello. Por un lado, destaca un enfoque de los derechos sociales como principios directivos constitucionales²⁴, a veces también denominados directivas²⁵, y no como derechos públicos subjetivos clásicos; y, por el otro, un modelo de implementación o exigibilidad basado en una amplia configuración legislativa que, pone la carga de la prueba y el *accountability* en el proceso político o, bien, en un modelo de revisión judicial débil (*weak judicial review*)²⁶, que, en todo caso, entrega la última palabra al Poder Legislativo (y no a los jueces).

Varias son las conclusiones que es posible extraer de la experiencia comparada. La primera, es que no hay una relación necesaria entre derechos sociales y Constitución. De hecho, pueden no describirse derechos sociales en la Constitución y ello no impide que haya o no un modelo de Estado benefactor. El argumento también vale a la inversa, que los derechos sociales se consagren en la Constitución, no asegura que la colectividad pueda alcanzar esos propósitos. ¿Se quiere decir, entonces, que da lo mismo redactar

²² Véase, por ejemplo, GARDBAUM (2013).

²³ Entre nosotros, destaca VERDUGO (2021), pp. 547-574, quien quizá sea uno de los autores que más ha desarrollado este modelo entre nosotros, ofreciendo, además, una propuesta específica en materia de configuración y exigibilidad de los derechos sociales en el marco del proceso constituyente chileno en DIXON y VERDUGO (2021).

²⁴ El texto de WEIS (2018), pp. 836-870, es interesante. Examina diferentes modalidades de regulación de derechos sociales (especialmente en materia medioambiental), para mostrar las diferencias entre la regulación de derechos, valores sociales o principios directivos. Profundiza y ofrece diversos ejemplos respecto del uso de legislación dirigida (*directed legislation*) para implementar los principios directivos. Asimismo, desarrolla lo que denomina un modelo “contradjudicativo” de derechos que se opone al modelo tradicional de justiciabilidad de derechos sociales, pero también de las formas de revisión judicial débil como las propuestas por Rosalind Dixon.

²⁵ Véase, por ejemplo, WEIS (2017), pp. 916-945 y (2018) y KHAITAN (2019), pp. 603-632.

²⁶ Véase, por ejemplo, TUSHNET (2008), aunque sus desarrollos vienen desde 2003 y DIXON (2017), pp. 2193-2232, aunque sus trabajos vienen desde 2007.

derechos sociales en una Constitución o no hacerlo? A juzgar por la experiencia comparada, no hay respuesta concluyente. Pero se está persuadido de que sí hace una diferencia significativa, debido a las razones señaladas al comenzar este texto, y por ello se llama la atención sobre la necesidad de ser serios y prudentes en su redacción. Segundo, los derechos sociales pueden redactarse en la Constitución, pero ello no quiere decir que tengan el carácter de derechos fundamentales, técnicamente hablando. Se pueden consagrar derechos sociales en calidad de objetivos de política pública, de directrices económicas o sociales, o como lo hacen algunas, señalando que estos derechos informan u orientan la actividad del legislador. Tercero, que las experiencias recomiendan prudencia frente a la tentación de consagrar toda clase de aspiraciones y anhelos que dependen de esfuerzos colectivos.

Lo anterior, por supuesto, genera tensiones y problemas agudos.

Si los derechos sociales prestacionales son consagrados en calidad de derechos fundamentales (consagración constitucional, esencia del derecho, límite a la ley, vinculación directa de todos los poderes a ellos y acción jurisdiccional), entonces, se abre una puerta muy compleja que desafía las tensiones entre democracia y Constitución, en la medida que este expediente dota de competencia a la jurisdicción constitucional para determinar el contenido, el mínimo que suponen, estándares de prestación y cobertura social de ellos. Todo lo cual, otorga a los jueces un poder decisivo, pues pueden imponer exigencias al presupuesto de la nación, que escapan al debate y control mayoritario, desafiando la idea misma de democracia. Los jueces deben tener un papel importante para garantizar los procedimientos y las instituciones, pero no para separar una cuota del bienestar colectivo para atribuírselo a una persona en concreto.

Lo anterior, esto es, el Poder Judicial o la jurisdicción constitucional resolviendo sobre derechos sociales en concreto y frente a ciudadanos que esgrimen acciones para alcanzar su amparo, genera el modelo de judicialización de derechos sociales, según la experiencia chilena, menos igualitario. La tutela de derechos sociales como derechos subjetivos, importa que los jueces distribuyen en función de quienes tienen la capacidad, conocimiento o recursos para llevar estos temas hasta la justicia. Obtiene reparación aquel que conoce y puede usar de las acciones judiciales o constitucionales. Y dado que el juez solo ve y resuelve sobre una situación o pretensión, desconoce el efecto general que sus decisiones provocan en el resto de las políticas sociales y en el presupuesto público. De hecho, un juez no sabe qué daño general puede estar provocando a otras personas que aspiran a obtener satisfacción, también. Esto se podría corregir. Sí, es posible; pero las experiencias comparadas (Colombia) demuestran lo contrario, normalmente solo se desbocan las sentencias judiciales.

Por lo pronto, cabe consignar que los derechos sociales, muy especialmente el de salud, son bienes elásticos. Ello quiere decir que la satisfacción aparente de ellos incrementa, ya sea en intensidad o calidad de las prestaciones, las necesidades sociales. En la medida que se cubren las necesidades primarias y secundarias de salud, se abren nuevas tecnologías, terapias o nuevas enfermedades que hacen muy difícil alcanzar estándares universales de satisfacción. Ello también cambia según las edades y otros factores como prevalencias o hábitos. El espejismo de su satisfacción plena e inmediata genera enormes problemas, como acontece con los fallos en recursos de protección. Ello se extiende también a otros bienes como la educación, la previsión, la vivienda u otros bienes semejantes, haciendo ilusoria la idea de satisfacción de estos derechos, pues los estándares de satisfacción son difusos y se renuevan con gran facilidad.

Pero, además, el reconocimiento de estos derechos como derechos fundamentales, implica presiones muy fuertes sobre el presupuesto público, aprobado democráticamente, que tienden a salirse de control. Es muy posible, entonces, que la existencia de estos derechos obligue en las Constituciones a mecanismos constitucionales paliativos: imponer por regla constitucional un límite al gasto fiscal no financiado (Alemania); establecer reglas de reenvío al Parlamento para que sea este quien apruebe las reglas necesarias para su satisfacción (Australia) o establecer acciones constitucionales de ajuste frente a diversas sentencias judiciales que los reconocen (Colombia). No todas estas experiencias son igualmente exitosas, pero estas demuestran que, los efectos de estos derechos sobre la totalidad de las instituciones democráticas, es muy grave y no debe despreciarse.

III. ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES. ASPECTOS CRÍTICOS

El tratamiento técnico de los DESC en la Carta vigente es deficitario: algunos quedan completamente entregados al desarrollo legislativo, sin explicitarse un núcleo esencial; los mecanismos de exigibilidad son diversos; el Estado asume un papel reducido o difícilmente identificable en cuanto al mandato constitucional específico (deber asegurar, proteger, promover, etc.); entre otros²⁷.

Este tratamiento poco satisfactorio, junto a los elementos identificados en la introducción, contribuyen a generar debates políticos apasionados,

²⁷ GÓMEZ (2015), p. 94. Véase también ALDUNATE (2008).

no racionales, inflando las expectativas acerca de los mismos. A menor exigencia técnica acerca de lo que en realidad debe quedar regulado como un derecho social en la Constitución, aumenta la percepción de la simpleza de incorporar más y nuevos derechos sociales.

Aumentar esta vara resulta, entonces, crucial no por prurito intelectual o academicista, sino, muy por el contrario, para ser muy prácticos respecto de dotar de racionalidad al proyecto de nueva Constitución.

1. Naturaleza jurídica

Dimensiones prestacionales y no prestacionales.

Existen diversas concepciones acerca de los derechos fundamentales²⁸. No existe intención de zanjar este debate ni de tomar una posición al respecto. No es necesario para los objetivos de este artículo. Tampoco lo es tomar una posición normativa respecto de los derechos sociales, aunque, por supuesto, se tiene²⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, para efectos de contar con una definición operacional, mínima, siguiendo a Alexy, los derechos sociales fundamentales o derechos prestacionales en sentido estricto, se pueden definir como los derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtener también de los particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la seguridad social, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos prestacionales en sentido estricto, y que tienen como característica

²⁸ Por ejemplo, Luigi Ferrajoli conceptualiza los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, definiéndolos como todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotado del estatus de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar. Se entiende por derecho subjetivo “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. FERRAJOLI (2016), p. 686.

²⁹ La posibilidad de llevar a cabo proyectos de vida autónomos, diversos, en condiciones de igual consideración y respeto, tanto de manera individual como en su expresión asociativa, supone un conjunto de libertades fundamentales que la materialicen y posibiliten. Con todo, el ejercicio de estas libertades tiene, naturalmente, un límite fáctico o material que debe ser superado. Es aquí donde los derechos sociales pueden representar un papel importante: generando las condiciones materiales mínimas para posibilitar el ejercicio de tales esferas de autonomía. Por lo demás, ello está a la base de un concepto de igual ciudadanía y autonomía pública. Sobre los derechos sociales como elemento de un equilibrio virtuoso entre autonomía privada y autonomía pública, véase HABERMAS (2010), p. 469 y ss.

estar expresamente estatuidos en la Carta Fundamental³⁰. Ello para diferenciarlos de derechos prestacionales adscritos por vía interpretativa, también denominados interpretaciones sociales de los derechos de libertad e igualdad, desarrollados por la jurisprudencia de un tribunal constitucional y/o a la luz de una cláusula de Estado social de derecho³¹.

En consecuencia, se pueden identificar los siguientes criterios para hacer una taxonomía inicial de derechos sociales prestacionales (estatuidos o adscritos interpretativamente), como dicotomía:

- 1) normas que confieren derechos subjetivos o normas que obligan al Estado sólo objetivamente;
- 2) normas vinculantes (infracción es declarada por un juez y/o juez constitucional) o no vinculantes (enunciados programáticos) y
- 3) fundamentar derechos y deberes definitivos o solo *prima facie* (como reglas o principios)³².

De estos criterios se puede desarrollar una serie de subcategorías de derechos sociales en un continuo que va desde el más fuerte y protegido derecho prestacional subjetivo definitivo (por ejemplo, en la CPR vigente, el derecho a la educación básica y media gratuita) hasta un deber objetivo *prima facie* del Estado a otorgar prestaciones (por ejemplo, en la CPR vigente, en materia de incremento del patrimonio cultural de la nación).

Ahora bien, la correcta identificación de la dimensión prestacional o no prestacional involucrada en la consagración de cada uno de los derechos sociales en particular es una cuestión medular. En efecto, al precisar las diferencias entre las dimensiones prestacionales y no prestacionales de estos derechos, se logra entender de mejor forma su estructura normativa y las consecuencias que se derivan de la misma.

Muchos de los llamados derechos sociales suelen tratarse a primera vista como prestacionales, esto es, un conjunto de posiciones a prestaciones fácticas. Pero ello esconde las potenciales prestaciones normativas involu-

³⁰ ALEXY (2017), p. 443. Para Luigi Ferrajoli, los derechos sociales, si bien consisten primordialmente en expectativas positivas de prestación, incluyen también expectativas negativas de no lesión: "Es claro que las expectativas negativas incluidas en estos derechos no plantean particulares problemas de garantía, primaria ni secundaria. Sus garantías primarias son garantías negativas que consisten en prohibiciones, cuyas violaciones integran actos inválidos o actos ilícitos, sancionables o reparables mediante las garantías secundarias o jurisdiccionales, al igual que las de los derechos de libertad. Los mayores problemas relativos a los derechos sociales son, en cambio, los generados por su forma lógica de expectativas positivas universales y por las garantías positivas que éstas requieren". FERRAJOLI (2016a), pp. 384-385.

³¹ ALEXY (2017), pp. 443-444.

³² *Op. cit.*, p. 445.

cradas, especialmente los derechos de protección y los derechos a la organización y al procedimiento, también denominados derecho a regulaciones³³.

En efecto, siguiendo a Alexy, por derechos de protección se entienden los derechos del titular de un derecho fundamental frente al Estado para que este lo proteja de intervenciones de terceros. Puede importar la protección por medio de normas del derecho penal, de normas del derecho de responsabilidad civil, de normas procesales, de acciones administrativas, de una actuación fáctica, entre otras. Son, en consecuencia, derechos a que el Estado organice y maneje el orden jurídico de una determinada manera en lo que se refiere a la relación recíproca de sujetos jurídicos de igual jerarquía³⁴.

Por su parte, por derechos a la organización y al procedimiento se debe entender el derecho a que se establezcan determinadas normas procedimentales (sentido débil) o una determinada interpretación y aplicación de normas procedimentales (sentido fuerte). Suelen estar asociados a una interpretación exigente del debido proceso (tutela judicial efectiva), y puede materializarse en competencias de derecho privado, procedimientos judiciales y administrativos (procedimiento en sentido estricto), la organización en sentido estricto y la formación de la voluntad estatal³⁵.

Por ejemplo, un derecho a la asistencia social que, en lo esencial, se agota en el derecho a prestaciones fácticas (*e.g.*, derecho a prestaciones básicas uniformes o a una renta), es diferente en su estructura al más complejo derecho al ambiente libre de contaminación o sano³⁶. Otros ejemplos que

³³ Véase ABRAMOVICH y COURTIS (2004), p. 30 y ss. Para BIGLINO (2020), p. 66, examinando el caso español, los derechos sociales no prestacionales, imponen a los poderes públicos: “a llevar a cabo una intervención en las relaciones sociales que no tienen coste económico directo para las arcas públicas, sino que exige una regulación destinada a limitar el desequilibrio entre las partes de una determinada relación jurídica, como sucede, por ejemplo, en las relaciones laborales, cuando se impone a los poderes públicos garantizar el descanso necesario de los trabajadores, mediante la limitación de la jornada laboral o las vacaciones periódicas retribuidas (art. 40.2 CE); en las relaciones entre consumidores y ofertantes de bienes y servicios, cuando se impone a los poderes públicos la protección de la seguridad, salud y legítimos intereses económicos de los primeros (art. 51.1 CE), y en las relaciones familiares [artículo 39 de la CE]”.

³⁴ ALEXY (2017), p. 399. Véase también GRIMM (2016), p. 176 y ss.

³⁵ ALEXY (2017) p. 416 y ss. Véase también GRIMM (2016), p. 179 y ss.

³⁶ Este último podría importar (i) un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el ambiente (derecho a defensa); (ii) un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañen el ambiente (derecho de protección); (iii) un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho en procedimientos relevantes para el ambiente (derecho al procedimiento) y (iv) un derecho a que el propio Estado emprenda medidas fácticas, tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica). Véase ALEXY (2017), p. 392.

demuestran esta complejidad son el derecho al trabajo³⁷, o el derecho a la salud³⁸.

2. Identificación del derecho y titularidad

La Constitución puede optar por diferentes formas de consagrar el derecho social, como también diversas titularidades.

En el primer caso, se puede distinguir entre interpretaciones en sentido fuerte, de optimización o como directriz a los poderes públicos. Así, por ejemplo, una interpretación en sentido fuerte está contenida en el enunciado “derecho a la vivienda”. La Constitución establece el derecho imponiendo un deber de cumplimiento absoluto para los poderes públicos³⁹, pudiendo incluir, además, la tutela judicial directa.

Por su parte, un derecho de optimización podría estar expresado bajo la fórmula “derecho a vivir en una vivienda digna y/o adecuada”. En este

³⁷ Entre los diversos derechos especiales que se pueden concebir bajo este se encuentran: la libre elección de profesión, libertad de elección de un puesto de trabajo (derecho a un puesto de trabajo), a un salario justo, a condiciones de trabajo adecuadas, a la protección para determinados grupos de personas (*i.e.*, las mujeres), al descanso, al subsidio al desempleo, el derecho de huelga, entre otros. En consecuencia, se trata de un derecho compuesto por derechos de protección y a la organización/procedimiento, esto es, derechos a prestaciones normativas más que a prestaciones fácticas (más bien asociadas a un salario justo específico o a un subsidio al desempleo). ALEXY (2017), p. 392. Por otro lado, para FERRAJOLI (2016a), p. 391 entre las garantías involucradas en materia de satisfacer el derecho al trabajo pueden considerarse como garantías negativas de conservación, por ejemplo, la prohibición de despedido sin justa causa y la obligación de readmitir al trabajador injustamente despedido. Bajo el aspecto positivo, no puede entenderse una oferta de un puesto de trabajo o políticas y reglas dirigidas a garantizar el empleo, “sino sólo a promoverlo”, por ejemplo, reducción de la jornada laboral, la anticipación de la edad de jubilación, el refuerzo de las oficinas públicas de empleo, acciones positivas orientadas a garantizar igualdad de oportunidades, especialmente el trabajo femenino, promover nuevas formas de autonomía del trabajo. Todo ello hace que, a su juicio, “el derecho al trabajo seguirá siendo, por eso [garantías débiles], sustancialmente un derecho débil”. FERRAJOLI (2016a), p. 392.

³⁸ FERRAJOLI (2016a), p. 397 ha señalado en esta materia que, dada su naturaleza compleja y molecular, requiere de una multiplicidad de garantías, correspondiente a las dimensiones negativas y positivas involucradas. Así, sostiene que, además del derecho a ser tratado adecuadamente en caso de enfermedad, se extiende al derecho a servicios idóneos de prevención mediante los estudios y determinaciones que sean precisos como el derecho a obtener todas las informaciones relativas respecto del propio estado de salud, a participar en las decisiones terapéuticas indicadas en relación con las primeras, eligiendo entre todas las posibles y prestando en cualquier caso el consentimiento, o el derecho a resarcimiento por eventuales daños injustos. Asimismo, se entiende formar parte de este derecho el derecho a morir con dignidad.

³⁹ Por ejemplo, la Constitución de México en el artículo 4º párrafo séptimo dispone: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”.

caso, la Constitución establece el derecho, pero fija un margen de apreciación a los poderes públicos para su cumplimiento, que podría partir desde un estándar mínimo legislativo o de política pública⁴⁰.

Finalmente, un derecho entendido como directriz tomaría la siguiente forma: “El Estado velará por el acceso la vivienda de todos sus habitantes”.⁴¹ La Constitución no establece un derecho específico, sino que consagra deberes a los poderes públicos.

Por otro lado, a la hora de definir las titularidades de derechos fundamentales, la Constitución puede utilizar diferentes nomenclaturas (con alcance diferenciados también). No necesariamente tiene una conexión directa con la legitimación activa para la garantía jurisdiccional del mismo. Esto abre la discusión no solo en materia de derechos sociales, sino respecto de los todos los derechos fundamentales.

Si bien los modelos de titularidad básicos de derechos fundamentales se basan en categorías o estatus como los de persona, habitante o nacional, se puede pensar en titularidades específicas respecto de distintos derechos sociales, por ejemplo, el trabajador, el sindicato, el grupo negociador, los enfermos, etcétera⁴²,

Por lo demás, basta pensar en la práctica constitucional chilena reciente para considerar la complejidad de esta cuestión. Más allá de que la Constitución asegura a todas *las personas...* los derechos del artículo 19, consideran en su texto, o en la evolución de la práctica constitucional –especialmente de la jurisprudencia constitucional–, otras fórmulas (personas jurídicas, personas o entes morales sin personalidad jurídica, entre otros)⁴³.

⁴⁰ Así, por ejemplo, la Constitución de Sudáfrica en su artículo 26 señala: 1. Toda persona tiene derecho al acceso a una vivienda adecuada. 2. El Estado debe adoptar una legislación razonable y otras medidas, con sus medios disponibles, para conseguir la realización progresiva de este derecho. 3. Nadie puede ser desahuciado de su casa, o su casa puede ser demolida, sin una orden de un tribunal de justicia considerando todas las circunstancias relevantes. Ninguna legislación puede permitir desahucios arbitrarios.

⁴¹ Por ejemplo, la Constitución de España, en su artículo 47 dispone: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

⁴² Así, por ejemplo, la Constitución italiana dispone en el artículo 36: “El trabajador tiene derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, en cualquier caso, para asegurar a su familia y a sí mismo una existencia libre y digna”.

⁴³ Así, en primer lugar, se reconoce el estatus de persona jurídica en el derecho de fundar TV a universidades y entidades (artículo 19 n.º 12), partidos políticos

3. *Contenido esencial*

Cada derecho fundamental posee un contenido esencial inafectable o indisponible por el legislador y los demás órganos estatales⁴⁴. Para Eduardo Aldunate, se asocia con la posibilidad de distinguir un núcleo básico que hace identificable a un derecho fundamental como tal. El objeto protegido no es el derecho subjetivo de cada individuo, si no la configuración objetiva de cada derecho⁴⁵.

El Tribunal Constitucional chileno interpretando el artículo 19 n.º 26 de la *CPR* asocia el contenido esencial de un derecho al que este se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse o el derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular, o se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo priven de tutela jurídica⁴⁶.

4. *Supuestos de hecho y límites de los derechos fundamentales*

Los supuestos de hecho de un derecho específico tienen relación con los cualificadores internos del mismo y que contribuyen a definir su ámbito de protección⁴⁷. En el caso de los derechos civiles esta definición o cualificación

(artículo 19 n.º 15), organizaciones sindicales (artículo 19 n.º 19), o en *STC Aborto 3 causales* se consagra una objeción de conciencia institucional. Luego, se reconoce a personas o entes morales sin personalidad jurídica. Por ejemplo, el artículo 19 n.º 4 protege honra de la familia o en *STC Reforma laboral* se reconoce a los grupos negociadores para efectos de la negociación colectiva. Finalmente, se puede destacar el caso de colectivos, que, aunque no están reconocidos en el texto constitucional, se pueden encontrar, por ejemplo, en el *Convenio 169 OIT* que consagra el derecho a consulta a pueblos indígenas generando una dinámica nueva.

⁴⁴ Un clásico en esta materia es HÄBERLE (2003).

⁴⁵ Así, una persona concreta puede ser privada de su casa sin que se entienda se atenta contra el contenido esencial del derecho de propiedad; y una regulación puede ser estimada inconstitucional porque atenta contra un atributo constitutivo del dominio (*e.g.*, derecho de goce), aunque, incluso, en la práctica, nadie vaya a verse afectado. Véase ALDUNATE (2008), p. 47 y ss. Para CEA (2019), p. 665 y ss., se trata de un núcleo o médula asegurada, sustraída de cualquier regulación o injerencia normativa, reconocida en beneficio de todas las personas, sin consideración de momento, mérito o circunstancia. Es ese núcleo esencial lo que caracteriza, objetivamente, a un derecho y lo distingue de otros. Se trata así de su reconocibilidad como tal, rasgo que no puede ser desfigurado ni suprimido por la ley u otra disposición jurídica.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, *STC*, rol n.º 226, considerando 38º.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, BARAK (2017), p. 56 y ss.

suele ser más precisa⁴⁸. Con los derechos sociales la Constitución chilena no ha logrado precisiones equivalentes⁴⁹.

En este punto conviene hacer dos precisiones conceptuales útiles. En primer lugar, el ámbito de protección de un derecho fundamental, definido por el supuesto de hecho subyacente, es importante para diferenciar lo que serían escasísimos derechos fundamentales de naturaleza absoluta como la prohibición de la tortura –lo que significa que el supuesto de hecho es garantizado en toda su extensión, transformando, en consecuencia, por ese hecho, un derecho en absoluto–, del resto de los derechos fundamentales que, esencialmente son relativos, esto es, el supuesto de hecho define el ámbito de protección.

Por otro lado, se debe diferenciar claramente –aunque no siempre es tan simple– el supuesto de hecho de un derecho fundamental de los límites internos de un derecho –que se verá con mayor detalle a continuación–. Los límites determinan las circunstancias en las cuales el derecho fundamental –de acuerdo con su determinado supuesto de hecho– puede ser limitado de manera justificada (y proporcionada) tanto en el ámbito constitucional como –y especialmente– en el infraconstitucional (reserva de ley).

En otras palabras, los derechos absolutos son una rareza y, como regla general los derechos son relativos. Lo anterior, en parte, porque los supuestos de hecho restringen el ámbito de protección de los derechos fundamentales, y, enseguida, por la existencia de límites y restricciones a estos.

Estos límites pueden ser tanto internos como externos.

Desde la perspectiva de los límites internos, se trata de aquellos que derivan del propio derecho a continuación del enunciado y la definición de su contenido esencial, también denominadas restricciones inmanentes o que habilitan al legislador para delimitar este⁵⁰.

⁴⁸ Por ejemplo, se garantiza el derecho a reunión sin permiso previo, pero no en términos absolutos y generales, sino que cuando se ejerza “pacíficamente” y “sin armas”. La libertad de expresión es sin censura previa (y con un esquema de responsabilidad *ex post* calificada) “en cualquier forma y por cualquier medio”, dando una especial amplitud al supuesto de hecho.

⁴⁹ Con todo, un buen ejemplo en esta materia, esto es, algún grado de precisión en los supuestos de hechos se encuentra en el artículo 19 n.º 10 inciso 5 de la CPR que, en materia de derecho a la educación, dispone: “La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad”.

⁵⁰ Ejemplo de lo primero, que los sindicatos no puedan intervenir en actividades político partidistas (artículo 19 n.º 19 inciso 3 de la CPR); ejemplo de lo segundo, la habilitación legislativa para prohibir trabajos que se opongan a la moral, seguridad o salubridad pública o al interés nacional (artículo 19 n.º 16 inciso 4 de la CPR), la habilitación legal para establecer cotizaciones obligatorias (artículo 19 n.º 18 inciso 3 de la CPR) o establecer modalidades de

Desde la perspectiva de los límites externos, se consideran, en sentido estricto, aquellos impuestos por otras normas constitucionales o infraconstitucionales (la ley con autorización constitucional). El caso paradigmático son las limitaciones y restricciones de derechos específicos con ocasión de decretarse los estados de excepción constitucional. En sentido amplio, se habla de “límites generales” de los derechos sobre la base de categorías tales como: el bien común, la buena fe, la proscripción del abuso del derecho y el respeto a los derechos de terceros⁵¹.

En el sistema constitucional chileno también debe considerarse de existencia de reglas limitativas de los límites o metalímites. Es el caso, por ejemplo, de la regla contenida en el artículo 19 n.º 26, tomada desde la Carta Fundamental alemana, en cuanto, la Constitución asegura a todas las personas:

“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

También debe tenerse a la vista que el artículo 5 inciso 2 de la *CPR*, en cuanto esta regla establece como límite a la soberanía los derechos que emanan de la naturaleza humana y los garantizados por tratados internacionales (de derechos humanos) ratificados y vigentes.

5. Deberes o mandatos al Estado/legislador/ poderes públicos

Un aspecto central de la estructura de los derechos fundamentales es su carácter vinculante como criterio normativo para el control de constitucionalidad de las leyes, y de otros actos normativos (tratados internacionales y reglamentos). También el deber de respeto o no transgresión a los derechos respectivos.

Pero, en lo que importa, la Constitución dispone la “concretización”, “actualización” o “realización” de los derechos fundamentales, lo que es especialmente cierto en materia de derechos sociales, que, por regla general, requiere un desarrollo normativo infraconstitucional (legislador)⁵².

ejercicio del derecho como el requisito de título universitario para el ejercicio de determinadas profesiones (artículo 19 n.º 16 inciso 4 de la *CPR*).

⁵¹ ALDUNATE (2008), p. 252 y ss.

⁵² *Op. cit.*, p. 186.

En la carta de derechos vigente se encuentran diversos mandatos, encargos, deberes o autorizaciones/habilitaciones al Estado y al legislador⁵³.

La doctrina ha intentado ofrecer categorizaciones o taxonomías respecto de los mandatos al Estado/Legislador, los que pueden traducirse en deberes de respeto, entendidos como no interferencia del Estado en el acceso del bien jurídico protegido; de protección, esto es, impedir que terceros obstaculicen o impidan acceso a esos bienes; de garantía, asegurando al titular al acceso del bien cuando no pueda hacerlo por sí mismo; y de promoción, debiendo desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien⁵⁴.

Se trata de una cuestión de importantes consecuencias. El modelo contemporáneo de vinculatoriedad y eficacia directa de la Constitución –que, por lo demás, encuentra fundamento en los artículos 6° y 7° de la Carta–, y de control constitucional de la actividad legislativa reemplaza un modelo de mandatos al Estado/legislador como meras disposiciones programáticas no exigibles.

6. *Inconstitucionalidad por omisión*

Una consecuencia de que la Constitución imponga deberes o mandatos al Estado y/o al legislador consiste en las consecuencias del incumplimiento del mismo. El concepto de omisión legislativa en esta materia implica algo más que la mera constatación de una falta de actuación legislativa allí donde está constitucionalmente prescrita; conlleva, además, el postulado de que puede ser objeto de reproche de inconstitucionalidad.

El problema nuclear es la complejidad del estándar del control, especialmente si recae en un órgano jurisdiccional⁵⁵. Cuando se examina la constitucionalidad de la ley, el parámetro de control de una norma legal es la propia Constitución. Sin embargo, en el ámbito del control de una omisión legislativa se trata de evaluar un comportamiento.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha señalado en esta materia:

⁵³ Ejemplos de ello, en materia de derechos sociales, son el mandato amplísimo al legislador del artículo 19 n.º 18 inciso 2 de la CPR (“Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho [seguridad social] serán de quórum calificado”), artículo 19 n.º 18 n.º 3 de la CPR (“La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias”) o el artículo 19 n.º 16 inciso 5 de la CPR (“La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en una solución justa y pacífica”).

⁵⁴ ABRAMOVICH y COURTIS (2004), pp. 30-31.

⁵⁵ Sobre esta cuestión, los mecanismos de control y sus limitaciones, véase también FERRAJOLI (2016a), p. 388.

“Por último es también necesario advertir que, ‘en la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta’ (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4), de manera que esa inconstitucionalidad por omisión ‘sólo puede entenderse producida cuando es la propia Constitución la que impone al legislador la necesidad de integrar su texto en aspectos no contemplados por ella’ (STC 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 4), lo que es patente que no ocurre en este caso. En suma la regulación examinada responde a una lícita opción del legislador que queda dentro de su margen de configuración que le es propio, sin que con ello se vulnere el art. 43 en relación con el art. 13 CE”⁵⁶.

En la práctica constitucional chilena reciente, el Tribunal Constitucional ha optado por un control débil, mediante “mensajes”, “llamados” o “recados” al Poder Legislativo para que ejerza su competencia. La alternativa fuerte es que el propio tribunal (o la Corte Suprema) se arrogara una competencia sustitutiva⁵⁷.

7. Efectos vertical y horizontal de los derechos fundamentales

La regla general respecto de los derechos fundamentales es su efecto o eficacia vertical: mandatos o límites respecto del poder estatal, garantizando esferas de no interferencia o de promoción de valores o derechos fundamentales para asegurar la dignidad humana y la autonomía personal.

Excepcionalmente, y siendo una cuestión controvertida en la doctrina y jurisprudencia comparada⁵⁸, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional Isapre I, STC, rol n.º 976⁵⁹, se ha afirmado entre nosotros que a la satisfacción de los derechos sociales quedan obligados también los particulares, y no solo el Estado⁶⁰.

⁵⁶ STCE, rol n.º 139/2016, de 21 de julio, FJ 10.

⁵⁷ ALDUNATE (2008), pp. 187-88.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, FERRERES COMELLA (2003), pp. 41-52.

⁵⁹ Véase especialmente considerando 34º a 37º.

⁶⁰ Para una visión crítica sobre una interpretación expansiva en este ámbito véase ALDUNATE (2008). Por el contrario, una defensa temprana de esta posición puede encontrarse en CEA (2004), pp. 43-72. Debe notarse que el entonces ministro Cea fue el redactor de dicha sentencia.

Esta interrogante crece en la medida que los derechos sociales son derechos fundamentales plenos como se ha visto –al menos bajo su conceptualización como derechos públicos subjetivos–. Con todo, no parece que algún país con sistema constitucional serio crea que los particulares deben proveer a los derechos prestacionales de los demás, o sea, que ellos pueden transgredir esos derechos, independiente de la tributación y otras formas de contribución.

8. Reglas relativas a la provisión del derecho social (incorporación del sector privado y la sociedad civil)

Se trata de uno de los debates más controversiales del proceso constituyente, uno marcado por excesos ideológicos; por un lado, quienes buscan entregar al mercado, “la solución privada a los problemas públicos”, por otro, quienes promueven “el régimen de lo público”. Estos excesos han marcado en los últimos años las posiciones esquina en debates fundamentales de política pública como educación, salud o seguridad social, y en la dimensión constitucional de los mismos. En estos ámbitos es donde la crítica a la imposición de un modelo neoliberal a la Constitución vigente ha tomado más fuerza⁶¹.

Pero más allá de esta discusión, existen diversas técnicas para enfrentar esta cuestión. En efecto, entre los modelos posible se pueden encontrar:

- i) la configuración legal abierta, esto es, la ley definirá si el derecho social debe proveerse por una institución pública o privada;
- ii) reglas cerradas respecto de financiamiento y provisión de los bienes, garantizando modelo mixto o libertad de elección, lo que no obsta a ciertas calificaciones (por ejemplo, la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias, las que podrán tener un componente solidario) o
- iii) reglas abiertas de financiamiento y provisión de los bienes, con directrices que no infrinjan los supuestos y no obstante poder consagrarse el deber preferente del Estado en el ámbito público respectivo. Asimismo, es todavía posible pensar
- iv) un estatuto especial, diferenciado respecto de cada uno de los derechos sociales, en que el constituyente podrá inclinarse por uno de estos modelos, en atención a sus particularidades⁶².

⁶¹ Véase ATRIA, SALGADO Y WILENMANN (2014). En la posición opuesta se encuentra a FERMANDOIS (2014), pp. 213-242, quien “evalúa la jurisprudencia más visible del Tribunal Constitucional en ciertos principios y derechos que resultan emblemáticos para juzgar su contenido dogmático (subsidiariedad, propiedad, educación, trabajo, salud y justicia tributaria), concluyendo que es escasa la evidencia existente en sede control preventivo eventual, que respalde o soporte la afirmación que la Carta Fundamental de 1980 es de inspiración neoliberal”.

⁶² Ello es posible observar hoy en la Constitución vigente. Por ejemplo, el artículo 19 n.º 9 que consagra el derecho de protección a la salud, señala en su inciso final: “Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”. Por otro

A la base de esta discusión está, por un lado, el debate doctrinario (a ratos ideológicos) acerca de la conveniencia o no de la participación del sector privado (con lucro) y la sociedad civil (sin lucro) en la provisión o co-producción de bienes sociales valiosos, que permiten, para sus partidarios el pluralismo, la subsidiariedad y la solidaridad y, para sus detractores el que, al igual como ocurre hoy, se *comoditicen* derechos sociales que debiesen quedar fuera del mercado y bajo el régimen de lo público.

Por otro lado, también este debate opera como una segunda frontera que se pensaba consolidada, pero que, a la luz de los debates recientes, pareciera que no: considerar bajo el concepto de derechos sociales bienes y servicios que hoy quedan incluidos en el modelo de servicios públicos regulados.

Por ejemplo, Diego Gil ha reformulado la manera de pensar el derecho a la vivienda adecuada en el contexto de la práctica constitucional chilena y de una nueva Constitución, iluminando respuestas innovadoras en la tensión estatal-privada referida. Así, siguiendo los estándares desarrollados en el derecho internacional de los DD.HH., señala que el derecho a la vivienda, en primer lugar,

“no significa necesariamente que las personas deban tener acceso a una casa o departamento en propiedad. En otras palabras, garantizar el derecho a la vivienda no es lo mismo que garantizar el acceso al dominio de una habitación”⁶³.

Lo anterior es especialmente relevante dado que la política de vivienda en Chile ha tendido a asimilarse a convertir a los beneficiarios en propietarios, “lo que contrasta con las políticas de la mayoría de los países desarrollados que subsidian el arriendo en vez de la propiedad”⁶⁴.

Más importante aún, también sobre lo base de los criterios desarrollados por el derecho internacional de los DD.HH., el derecho a la vivienda, por un lado, no obliga al Estado a constituirse en el principal constructor de viviendas para la población y, por el otro, incluso la obligación del Estado de consagrar un marco institucional que garantice el acceso a la vivienda para todos aquellos que no pueden acceder a esta por sus propios medios,

“puede depender significativamente de la acción del mercado. De hecho se ha mencionado que el enfoque de mercado puede ser una de las estrategias institucionales para garantizar el acceso a la vivienda”⁶⁵.

lado, el artículo 19 n.º 18 sobre seguridad social dispone en su inciso 3, que la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, y en lo que importa, “sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas”.

⁶³ GIL (2020), p. 866. Se ha omitido cita interior.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ GIL (2020), pp. 866-867. Con todo, Diego Gil ha desarrollado las consecuencias negativas del enfoque de mercado en términos de segregación urbana. GIL (2016).

IV. IMPLEMENTACIÓN O EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES. JUSTICIABILIDAD Y MODELOS ALTERNATIVOS

Existen diversos modelos de implementación o exigibilidad de los derechos sociales. Como se verá, la práctica constitucional chilena da cuenta de una evolución en esta materia bajo el amparo de la Constitución vigente, desde un modelo originalista, que trata los derechos sociales como meras aspiraciones sociales, no justiciables, y hasta el más reciente proyecto de nueva Constitución de la expresidenta Michelle Bachelet, que, por el contrario, buscó ampliar el catálogo de derechos sociales con amplia justiciabilidad⁶⁶. Entre ambos extremos han surgido posiciones intermedias en medio del debate constituyente, en buena medida inspirada en una rica literatura comparada⁶⁷. Y, si bien algunas de las propuestas han apuntado en la dirección correcta, siguen quedando en el camino interrogantes y lagunas de diseño que se deben resolver antes de inclinarse en una u otra dirección. Poner énfasis en esta última dimensión es el objetivo principal de esta sección.

1. Evolución de la práctica constitucional: del modelo originalista de meras aspiraciones sociales no justiciables a la justiciabilidad total del proyecto Bachelet

La opción que tomó la Carta vigente, especialmente en su interpretación originalista a la luz de las discusiones en la CENC, fue que los derechos sociales son meras aspiraciones o declaraciones programáticas que dependen de la capacidad económica del Estado. Dado que los derechos civiles y políticos,

⁶⁶ Varios defensores del modelo de justiciabilidad descansan en la (extendida) idea de que el litigio (estratégico) de los derechos sociales es un vehículo idóneo para avanzar la transformación social. Uno de los clásicos en esta materia desde una perspectiva comparada es EPP (2013). En sentido contrario, el texto canónico es el de ROSENBERG (1991), quien examina críticamente la casi unánime posición en la academia estadounidense que fueron sentencias judiciales, icónicamente Brown o Roe de la Corte Suprema, las que impulsaron los cambios sociales relevantes en Estados Unidos y no el proceso democrático-legislativo. Por supuesto, la obra de Alexander Bickel está a la base de una reflexión crítica en esta materia. A la famosa (aunque no siempre bien comprendida) crítica contramayoritaria de la revisión judicial de las leyes a comienzos de la década de 1960, en BICKEL (1986), se suman las menos conocidas entre nosotros, de la primera parte de la década de 1970 (una de ellas póstuma tras su temprana muerte a fines de 1974), BICKEL (1975) y (1978), examinando críticamente el legado de la denominada Corte Warren y la posibilidad de transformación social vía judicial.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, LANDAU (2012), pp. 190-247; JUNG, HIRSCHL & ROSEVAR (2014), pp. 1043-1093; CHILTON y VERSTEEG (2016) y (2018), pp. 293-335; WEIS (2017) y (2018) y DIXON (2018), pp. 767-818.

como regla general, quedaron garantizados por el recurso de protección ante los tribunales superiores de justicia (cortes de apelaciones en primera instancia; Corte Suprema en segunda), como también los derechos de libertad contenidos en los derechos sociales (por ejemplo, libertad de elección del sistema público o privado de salud, de acuerdo con el artículo 19 n.º 9 inciso final de la CPR), tempranamente se generó una crítica desde el constitucionalismo progresista acerca de la existencia de dos clases de derechos fundamentales, criticándose el tratamiento conceptual, regulatorio y de exigibilidad de los derechos sociales que, en consecuencia, quedaban en una posición desmejorada.

La práctica constitucional fue modificando este orden de cosas. La Corte Suprema, por ejemplo, dio un nuevo estatus al derecho a la protección de la salud, vinculándolo al derecho a la vida; el derecho a la educación se fue haciendo exigible a través del derecho de propiedad, la prohibición de juzgamiento por comisiones especiales o como inherente a la libertad de enseñanza; entre otros.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en *Isapre I* (STC, rol n.º 976-07) declaró que los derechos sociales son derechos fundamentales, de la misma naturaleza que los civiles y políticos, que a su base está el principio constitucional de la dignidad humana, que los aseguradores privados deben hacer todo cuanto está a su alcance para garantizar este derecho de sus afiliados, imponiendo deberes positivos a los particulares, entre otros⁶⁸.

Más aún, en dicha sentencia vinculó el derecho de protección a la salud con los principios de seguridad social como derecho social, al igual que en la STC, rol n.º 1710-10⁶⁹. En idéntico sentido lo hizo al pronunciarse respecto del derecho a la seguridad social (artículo 19 n.º 18 de la CPR), y sus tradicionales cuatro principios basales (solidaridad, uniformidad, integridad y universalidad)⁷⁰, sin perjuicio que su manifestación expresa fue eliminada de la Constitución⁷¹.

En paralelo, la práctica constitucional fue dando cuenta de que, en diversos ámbitos, pero especialmente salud, seguridad social y educación, el desarrollo de tales derechos sociales se hacía por la vía legislativa y las po-

⁶⁸ Véase STC, rol n.º 976-07, considerando 26º y ss.

⁶⁹ STC, rol n.º 1710-10, considerandos 129º y 131º.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, STC, rol n.º 1287-08, considerando 25º. De manera más reciente STC, rol n.º 7442-19, considerando 23º. Alejandro Silva Bascuñán sostiene que este principio, en el contexto de la seguridad social, importa que “toda la comunidad ha de realizar un esfuerzo para contribuir a la seguridad social, especialmente en auxilio de quienes estén en una postura social más desfavorable”. SILVA (2010), p. 382.

⁷¹ En efecto: “Que, por último, la supresión, en el texto del artículo 19, N° 18°, de la Constitución, de los principios rectores de la Seguridad Social, incluidos en el inciso tercero del numeral 21 del artículo 1 del Acta Constitucional N° 3, carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, ya que de lo contrario perdería su identidad específica”. STC, rol n.º 1287-08, considerando 30º.

líticas públicas. Paradigmas de ello, las leyes AUGE (y el modelo GES) o la Ley Ricarte Soto; la inclusión del pilar solidario al DL m.º 3500; la reforma escolar de 2015 (fin al lucro, a la selección, al copago, etc.) o la gratuidad universitaria (primero mediante glosa presupuestaria y luego en la Ley de Educación Superior); respectivamente.

Bajo este contexto, una de las innovaciones más importantes que introduce el proyecto de Nueva Constitución de la expresidenta Michelle Bachelet tiene relación con la incorporación de una serie de derechos, principalmente derechos sociales.

La innovación comienza desde el encabezado del artículo 19 nuevo propuesto, por cuanto se dispone que:

“Esta Constitución, a través de los órganos y autoridades en ella establecidos, asegura y garantiza a todas las personas como derecho directamente aplicable...”.

Desde la perspectiva de los nuevos DESC (y modificaciones relevantes a los existentes), se encuentran derechos de niños, niñas y adolescentes a la integridad y desarrollo moral (artículo 19 n.º 3); derecho de vivir en vivienda dotada de condiciones materiales y acceso a servicios (artículo 19 n.º 12); derecho a la educación superior gratuita (artículo 19 n.º 14 inciso 5); libertad de enseñanza como derecho inherente a la educación (artículo 19 n.º 15); derecho a la participación en los asuntos públicos (artículo 19 n.º 18); derecho al trabajo, titularidad sindical y negociación colectiva (artículo 19 n.º 23); derecho a la seguridad social, con garantía de prestaciones necesarias para llevar una vida digna en el caso de jubilación (artículo 19 n.º 25) y derechos culturales y lingüísticos de pueblos indígenas y a su patrimonio cultural (artículo 19 n.º 32).

Es importante destacar que, uno de los puntos fundamentales de esta propuesta es la tutela efectiva de los derechos (artículo 20). Este proyecto contiene un mecanismo de protección a los derechos, de carácter universal, sin distinciones, materializando la posibilidad de que cualquier persona que estime lesionado los derechos establecidos, podrá recurrir a la justicia ordinaria para conseguir la efectiva protección. La apelación la conocerá el Tribunal Constitucional. Se trata de un giro importante respecto de la Constitución vigente, basado en el recurso de protección, selectivo en cuanto a la garantía de algunos derechos, y entregados al conocimiento y resolución de los tribunales superiores de justicia.

Así, la tesis de los derechos sociales con tutela jurisdiccional directa parecía imponerse⁷².

⁷² Se trata de una tesis fuerte que, por lo demás, tiene apoyo transversal entre constitucionalistas conservadores (que quieren preservar el recurso de protección), y progresistas (siempre y cuando el recurso de protección o su equivalente funcional alcance también a los derechos

2. Modelos y propuestas alternativas en medio del debate sobre nueva Constitución

Bajo este contexto, los modelos alternativos en materia de exigibilidad de derechos sociales no han logrado instalarse con fuerza en el debate público. Con todo, se pueden destacar cuatro planteamientos:

- En primer lugar, se ha propuesto un modelo de exigibilidad de derechos sociales basado en el modelo de objetivos sociales imperativos, principios o mandatos para los poderes públicos, de configuración legislativa y sin tutela judicial directa (Suiza)⁷³, o de directivas (Irlanda).
- Un segundo modelo es el de los principios rectores del orden económico y social español, o el modelo alemán de metas solidarias, basadas en el principio de solidaridad, en mandatos al legislador y a la administración y sin una tutela judicial directa, bajo una lógica robusta de Estado social. Aunque, en este último caso, algunas propuestas lo asocian con el principio de subsidiariedad para garantizar la participación del sector privado en la provisión de derechos sociales⁷⁴.
- Asimismo, sobre la base del modelo de revisión judicial débil asociado al constitucionalismo del *Commonwealth*, se ha propuesto un

sociales, a la vez que preservando la posibilidad de canalizar el litigio estratégico social que, especialmente la Corte Suprema ha redibujado el estatus de los derechos sociales). Véase, por los primeros, la intervención de Arturo Fermandois en SIERRA (2015), pp. 152-153, donde sostuvo: “Yo discrepo aquí de conclusiones que se han tomado en el sentido de que los derechos sociales fueron menospreciados por la Constitución de 1980. La Constitución intentó, en una época en que el poder económico chileno estaba en otros niveles, un derecho constitucional responsable y no demagógico, y por eso eliminó la protección de esta acción constitucional. Hoy estamos en otro mundo. Me han preguntado si aumentaría la justiciabilidad de los derechos sociales y, tal vez en discrepancia con gente de nuestro sector, yo sí la aumentaría”. Por los segundos, véase NOGUEIRA (2014), p. 38: “La ausencia de garantía jurisdiccional mediante la acción constitucional de protección de algunos derechos sociales en nuestro ordenamiento jurídico o de ciertos atributos de los mismos, es producto de una decisión política discrecional del constituyente autocrático de 1980 y su ideología neoliberal, ya que no existe razón de peso alguna para sostener que actos u omisiones antijurídicas o arbitrarias del Estado, sus órganos o de particulares, no merezcan ser objeto de justiciabilidad mediante el ejercicio de la jurisdicción [...] Tal determinación debe ser corregida ya sea ampliando el recurso de protección a los derechos sociales o la creación de una acción legal de tutela de derechos sociales [...]”.

⁷³ Véase el artículo 41 en el capítulo 3: Objetivos sociales. En este ámbito son ilustrativas las intervenciones de Rodrigo Correa y José Francisco García en SIERRA (2015), pp. 143 y 158, respectivamente. Sobre este modelo asociado al minimalismo constitucional véase, en general, GARCÍA (2014), pp. 267-302.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, SHALPER (2020).

mecanismo de exigibilidad híbrido legislativo/jurisdiccional de los DESC, consistente en “dos pasos”. Primero, consagrar en la Constitución un mandato al legislador para que respecto de derechos sociales específicos (se proponen vivienda, salud y pensiones), se lo habilite para que en un plazo máximo de tres años adopten leyes que protejan y promuevan estos derechos, las que deberán ser revisadas cada diez años por una comisión parlamentaria *ad hoc*. Luego, si en un plazo de doce meses desde la entrada en vigencia el Congreso no ha legislado en estas materias, la (nueva) corte constitucional se pronunciará respecto de las medidas adecuadas para hacer exigibles tales mandatos. Ello, además, supone considerar que los principios guías para la adopción de legislación y revisión de la corte serán los de dignidad humana, libertad, igualdad, sobre la base de políticas razonables, inclusivas y fiscalmente responsables⁷⁵.

- Finalmente, el denominado “régimen de lo público” propone reemplazar la conceptualización de derechos sociales como derechos públicos subjetivos eminentemente individuales y que garantizan mínimos, por un modelo universal de derechos sociales, bajo los principios de seguridad social, centrados en un sistema de seguros y prestadores públicos que, de manera excepcional, podrían autorizar la participación de privados (en la forma de sociedad civil o cooperativas sin lucro)⁷⁶. La intención es un cambio de paradigma de los derechos sociales concebidos ahora como derechos de ciudadanía y vienen a ser el “criterio de distribución de los bienes disponibles”. El objetivo es consagrar canales institucionales que den, o pretendan dar, satisfacción al principio de igualdad, como criterio imperante al momento de distribuir⁷⁷.

Lo interesante de estos planteamientos es que, aunque tienen en común el que se apartan conceptualmente del modelo tradicional de concebir los derechos sociales como derechos públicos subjetivos, adquiriendo una

⁷⁵ Véase DIXON y VERDUGO (2021).

⁷⁶ Véase, por ejemplo, SALGADO (2015), pp. 401-432.

⁷⁷ Por ejemplo, ATRIA, SALGADO y WILENMANN (2014), pp. 60-61 señalan: “al hablar de derechos sociales, como el derecho a la educación o a la salud, estamos hablando de formas institucionales de organización de la educación o de la protección de la salud que realicen la idea de que el interés que cada uno tiene en recibir educación o prestaciones de salud tiene igual importancia, lo que implica afirmar la igualdad de todos, pero al mismo tiempo es compatible con el reconocimiento de ciertas desigualdades. Que la educación o la salud sean un derecho no implica que todos han de recibir lo mismo, sino que el criterio de distribución de las prestaciones respectivas ha de ser un criterio que descansa en el reconocimiento de la igualdad de todos”.

naturaleza jurídica diferente y no estar basados en una tutela judicial directa, tienen consecuencias institucionales muy diversas.

3. *La cuestión técnica de fondo*

La judicialización de los derechos sociales supone enfrentar diversas problemáticas de gran complejidad.

Primero, si estos derechos podrán erigirse en un límite a las políticas públicas y a la actividad de administración o de ejecución de las leyes sobre esas materias. Ello implica enfrentar el tema del recurso de protección, principalmente, como se tratará. Pero no exclusivamente, pues la Carta contempla también una serie de acciones específicas, semejantes a la protección y que tienen consagración en ella, como la acción por pérdida o desconocimiento de la nacionalidad (una perfecta inutilidad), el reclamo por ilegalidad del acto de expropiación, la acción de nulidad de derecho público y el amparo económico.

Asimismo, la posición y función de la inaplicabilidad e inconstitucionalidad en la tutela de derechos prestacionales (no debe olvidarse que el derrumbe de la ley de salud en materia de reajustabilidad de los contratos lo impulsó al TC al decretar inconstitucional las tablas de factores).

Junto con lo anterior, existe un riesgo serio de “sobreconstitucionalizar” aspectos de la vida económica y social, propios de las políticas públicas, en la forma de derechos. Se trata de ámbitos que quedan excluidos de la política democrática y que usualmente, son la base de las diferencias de los programas políticos de las diversas coaliciones⁷⁸. Ello implica reemplazar la deliberación

⁷⁸ El planteamiento de Ignacio de Otto, de un “Estado Democrático y una Constitución abierta”, entendida esta última como un marco de diferentes opciones democráticas, en oposición a la Constitución como un programa (una “Constitución Económica”, “Social”, etc.) que debe ser desarrollado, como un marco cerrado y no abierto al legislador entre varias opciones, y la distinción entre normas de programación final y condicional (pp. 43-44), es especialmente ilustrativa. Así, sostiene: “La pretensión de reinterpretar la Constitución como un programa plantea dificultades insuperables para el Estado democrático-liberal y en definitiva para la supremacía de la Constitución misma en el ordenamiento jurídico [...] las dificultades técnicas de las normas de programación final y las de aquellas que remiten a principios y valores, además de incrementar antidemocráticamente la discrecionalidad del juez frente al legislador, ponen en peligro al propio Estado de Derecho al introducir un elemento de incertidumbre respecto de lo que es conforme o contrario a la Constitución [...] La Constitución, sin embargo, es normativa en todos sus extremos, todos sus preceptos son normas jurídicas y los riesgos antes aludidos no pueden afrontarse lícitamente mediante la negación, sino mediante una consideración de la Constitución que tome como punto de partida el principio democrático como base del ordenamiento constitucional mismo. Ese principio obliga a reducir al mínimo el contenido vinculante de la Constitución en aquello que no sea necesario para el aseguramiento de la democracia

democrática, entregando estas decisiones a los jueces. Evitar que el control judicial se transforme en un control político busca precisamente resucitar la política representativa como un instrumento válido de cambio social, de la política como deliberación y elección de cambios sociales, económicos y valóricos⁷⁹.

Por lo demás, los tribunales no son un foro adecuado para realizar planificaciones de política pública, revisar aspectos técnicos de legislaciones sectoriales o para crear derechos de contenido patrimonial⁸⁰. Además, son los jueces los que controlan el presupuesto público ante los ciudadanos, tomando decisiones sobre qué recursos priorizar y niveles de satisfacción de bienes, como si fueran una autoridad electa, responsable y que rinde cuenta ante la ciudadanía por tales decisiones⁸¹.

Y es que el camino de la litigación para exigir derechos sociales versus el de políticas sociales, importa que, en definitiva, se restringen sus beneficios a quienes tienen la capacidad e información suficiente para acceder a este⁸². La distribución equitativa y justa de derechos sociales requiere una perspectiva compleja que los jueces no están en condición de planificar ni implementar. La misma requiere una mirada al sistema tributario y de políticas públicas que debiera ser de responsabilidad de los legisladores.

Todas estas complejidades deben llevarnos como comunidad política a evaluar los diversos modelos de implementación y exigibilidad de los derechos sociales.

misma. Frente a la idea de que la Constitución prefigura un orden que los poderes del Estado han de 'realizar' o 'desarrollar', el propio respeto a la Constitución como norma exige partir del principio inverso de que la Constitución ha de mantenerse abierta a configuraciones distintas. Esta exigencia, de la que nacen serias dudas acerca de las posibilidades de constitucionalizar el Estado social –ya no digamos una política económica– ha de atenderse en primer lugar en la elaboración misma de la Constitución, en la que no es prácticamente recomendable introducir mandatos positivos de política social y económica [...]. La Constitución se compone así de normas fragmentarias en el sentido de que los preceptos que contiene son compatibles con diversas regulaciones legislativas que no están regidas por la necesidad de complementa o desarrollar la norma constitucional, sino por el imperativo de contradecirla". DE OTTO (2012), pp. 46-47.

⁷⁹ Véase GARCÍA y VERDUGO (2013).

⁸⁰ Véase WALDRON (2006). El marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, sumado a que la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio. Asimismo, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados o bien para dictar la reglamentación omitida. ABRAMOVICH y COURTIS (2004), p. 42.

⁸¹ GÓMEZ (2015), p. 94.

⁸² Por lo demás, los jueces tienen herramientas limitadas para proteger derechos sociales. Incluso en los países donde más desarrollos jurisprudenciales ha habido, se han observado problemas relevantes. Ver, por ejemplo, el caso de Colombia en LANDAU (2012).

Con todo, la tesis de que se judicialice o no la tutela de los derechos prestacionales vía protección es una falsa discusión si no se resuelve la cuestión de la naturaleza jurídica de la protección; ¿es un sustituto del contencioso administrativo o es una acción de tutela constitucional? Si es un contencioso administrativo para el control de la legalidad, entonces la posición que adquiera la ley al momento de definir el contenido de los derechos prestacionales, es central y la jurisdicción competente también. Si es una acción de tutela constitucional de derechos fundamentales, debe redactarse de otra manera y definirse con propiedad la relación entre contenido esencial y ley de desarrollo o complemento.

Tal como está hoy parece que la pregunta carece de relevancia porque, como lo demuestra la práctica constitucional⁸³, se pueden crear y se crean acciones similares a la protección por ley (laboral, de salud, contratación pública –incluso se creó una jurisdiccional especial). Se hace rebajando la dignidad de los derechos fundamentales porque quedan entregados a tribunales ordinarios de primera instancia o a jurisdicciones especiales creadas por ley, todas las cuales arrastran la competencia desde la protección y en última instancia a la Corte Suprema. En el futuro se pueden crear más. Carece de importancia, entonces, la pregunta de la “judicialización” de los derechos prestacionales si no se resuelve la cuestión de constitución / ley, en materia de tutela y de derechos. Lo anterior pone en evidencia la indefinición actual acerca de la competencia del recurso de protección: ¿es un sucedáneo de la jurisdicción, un equivalente jurisdiccional o un sustituto de ella?, y, también, ello supone definir el ámbito propio –al menos en algunos criterios– de lo que es “materia” constitucional y litigio constitucional, propiamente tal (aunque esto sea difuso), si cabe.

Por último, si es una acción para la tutela de derechos –y no un control de legalidad– debe establecerse una relación institucional estrecha con el Tribunal Constitucional, pensando en alguna forma de unificación de la jurisprudencia. Ya algunas propuestas de reforma lo han sugerido: el tribunal debiera hacerse cargo residualmente de la tutela de derechos en última instancia. Y algo parecido se ha propuesto respecto de la sentencia lesiva de derechos que los desconoce. Pero todo esto es materia de una revisión profunda del recurso de protección, a la luz de más de treinta años de jurisprudencia.

El control constitucional vía recurso de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad en el TC está directamente relacionado con el contenido esencial

⁸³ Véase GÓMEZ (2005), p. 19 y ss. (el capítulo “La Constitución y la tutela de derechos fundamentales a través del recurso de protección”), donde se aborda directamente la cuestión de cómo la jurisprudencia ha entendido el recurso y lo que llama el autor, la “vulgarización del derecho constitucional”.

(cualquiera que termine siendo, en definitiva), ley de complemento, de desarrollo o de regulación. Parece que si se reduce o desaparece el contenido regulado por la constitución del derecho (contenido esencial que no es lo mismo que esencia) se atenúa o puede desaparecer el control constitucional del TC sobre todos los derechos prestacionales.

Según como quede regulado esto, entonces el control de la ley no tiene parámetro contra la cual condicionarla y, por lo mismo, dado el principio de deferencia hacia el legislador (que se vio de manera reciente en retiros de fondos AFP), no hay control constitucional o este es meramente formal (salvo por infracción a la igualdad y no discriminación, lo que en principio se vuelve muy difícil, como lo demuestran algunos países europeos).

No basta con decir, entonces, “conforme a la ley” si no hay un contenido esencial mínimo.

V. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS

1. *Cláusula de Estado social de derecho*

Es posible advertir, al menos, dos modelos interpretativos relevantes a la hora de incorporar una cláusula de Estado social (y democrático) de derecho. Dichos modelos son el “europeo”, asociados principalmente a las tradiciones alemana y española, y el “latinoamericano”, que ha sido desarrollado en Colombia.

Así, una interpretación europea de la cláusula de Estado social da cuenta de la búsqueda de una cierta neutralidad entre la opción constitucional y las concretizaciones legislativas de la misma, sin perjuicio de lo cual, como se verá, a la base se encuentra la idea de garantizar ciertos mínimos sociales exigentes por la vía legislativa, como condición de promoción de los derechos-libertades. Por lo demás, como señala Javier Pérez Royo, la mayoría de los Estados democráticos europeos del siglo xx han sido Estados sociales y, sin embargo, solo algunos lo son, además, por imperativo constitucional⁸⁴.

En el caso del constitucionalismo alemán, la idea rectora del Estado social alemán es la de una intervención estatal activa para garantizar los presupuestos materiales para el ejercicio de las libertades públicas⁸⁵, y, como

⁸⁴ PÉREZ ROYO (2010), p. 150.

⁸⁵ Para GRIMM (2016), p. 25, la Constitución alemana “en vez de enumerar derechos económicos y sociales, abrazó una declaración general de Estado Social. Con todo, para el Tribunal Constitucional Federal Alemán ello sirve como fundamento de un entendimiento socialmente rico de los derechos fundamentales liberales”. Por su parte, para Uwe Volkmann: “La idea rectora

lúcidamente ha señalado Jürgen Habermas, no erosionándolas o debilitándolas⁸⁶. Por lo demás, para Ernst Böckenforde esta ha sido la interpretación estable del Tribunal Constitucional⁸⁷. Se trata de un Estado social que busca asegurar un nivel mínimo de garantías sociales, dejando amplio margen al legislador, actuando como directriz interpretativa o para el ejercicio de potestades discrecionales⁸⁸. Con todo, el Estado social, es objeto de examen y evaluación permanente a la luz de los principios de la democracia constitu-

del Estado Social, que se desprende del diverso conjunto de interpretaciones y propuestas de legitimación de que ha sido objeto, es la exigencia de una intervención estatal activa en garantía de la libertad e igualdad reales. Al igual que sucede con la ampliación del programa normativo de los derechos fundamentales mediante una dimensión protectora y promotora, el Estado social se sirve así del reconocimiento de que la libertad y la igualdad no se instalan automáticamente, como consecuencia de una autorregulación social en forma de mercado, sino que, por el contrario, deben ser antes generadas y aseguradas por mecanismos compensatorios y partiendo de la idea de justicia, por ejemplo, mediante la creación de presupuestos materiales para el ejercicio de la libertad, la garantía de una participación suficiente en los bienes sociales básicos (trabajo, educación, protección de la salud, participación democrática, ingresos y patrimonio, etc.) y la moderación de las desigualdades sociales". VOLKMANN (2013), pp. 287-288. Sobre la conexión entre dignidad humana y derechos sociales véase BARAK (2014), p. 225 y ss.

⁸⁶ En este sentido: "El paternalismo del Estado social ha suscitado la inquietante cuestión de si el nuevo paradigma es en realidad compatible con el principio de libertad jurídica [...]. Un Estado Social que se cuida de la existencia de los individuos repartiéndoles oportunidades vitales, es decir, que, con el derecho al trabajo, a la seguridad, a la salud, a la vivienda, a un mínimo de recursos, a la educación, al tiempo libre y a las bases naturales de la vida, empieza garantizando a cada cual la base material para una existencia humana digna, correría manifiestamente el peligro de mermar con esos sus penetrantes procedimientos y métodos precisamente la autonomía por mor de la cual se le ha encargado la función de cumplir los presupuestos fácticos que son menester para que los sujetos tengan igualdad de oportunidades a la hora de hacer uso de sus libertades negativas". HABERMAS (2010), p. 489. En el mismo sentido véase también HÖFFE (2007), p. 46 y ss.

⁸⁷ En efecto, a su juicio la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha "mantenido de forma continuada que el reconocimiento del Estado social en la Ley Fundamental contiene en primer término un mandato constitucional al legislador que obliga a este a atender a la justicia y al equilibrio sociales en el marco de la Constitución; y que, más allá de esto, en cuanto fin del Estado, representa un principio de interpretación de la Constitución y la ley. Ahora bien, de él no puede derivarse ningún derecho o institución que vincule constitucionalmente de forma directa – es decir, sin *interpositio legislatoris*–. El principio del Estado social necesita que su contenido sea precisado por el legislador y la Administración y, en esta tarea, ambos están sujetos a las garantías constitucionales del Estado de Derecho". BÖCKENFORDE (2000), p. 38.

⁸⁸ Con todo: "esto no significa que todos estos debates estén resueltos ya de antemano por la Constitución. Por el contrario, su fuerza directriz en este ámbito resulta más bien limitada, como se pone de manifiesto especialmente para el postulado del Estado social con las formulas usuales conforme a las cuales asegura solo un nivel mínimo de garantías sociales básicas, deja al legislador un amplio margen de actuación, actúa solo como directriz interpretativa o para el ejercicio de potestades discrecionales, etc.". VOLKMANN (2013), p. 282

cional y el Estado de derecho, al imponer un modelo complejo y expansivo de Estado administrador⁸⁹.

Esta última dimensión –la concreción del Estado social en un Estado administrador complejo y expansivo, y, en ocasiones, en tensión con los principios del Estado de derecho–, también ha sido examinada entre las voces más lúcidas del publicismo español. Considerando que en la Constitución española los derechos sociales son consagrados entre los llamados principios rectores de la política económica y social, y sin menoscabar la importancia del Estado social español como evolución del Estado de derecho, y la posibilidad de realizar los valores de la dignidad humana, la autonomía y la igualdad entendida como igualdad de acceso a condiciones materiales básicas y “no a un uniformismo igualitario”⁹⁰, José Esteve Pardo ha puesto el énfasis en replantear los mecanismos, instrumentos y técnicas del Estado social.

En este sentido, ha propuesto pasar desde un modelo tradicional de Estado prestacional a uno garante, que opera bajo un modelo que descansa en la provisión de bienes sociales en asociación público-privado o, desde la perspectiva del Estado regulador, interviene de manera estratégica e inteligente, entendiendo la regulación de una manera moderna, utilizando la autorregu-

⁸⁹ Véase HABERMAS (2010), p. 515 y ss. Para Ernst Böckenforde, el Estado social de derecho (a la alemana) “invade en dos aspectos el edificio constitucional del Estado de Derecho. El primero de ellos es el de la renuncia al concepto de la ley como norma general para el ámbito de la administración prestacional, en el que se admiten las llamadas ‘leyes-medidas’, de naturaleza jurídica especial en tanto dirigen y regulan directamente situaciones concretas. Estas ‘leyes-medidas’ son un instrumento necesario para el legislador que interviene en la economía y la sociedad configurando, dirigiendo o promoviendo objetivos propios del Estado social. Quizá puedan entenderse aún en un sentido formal como normas abstractas-generales, pero en ellas se pierda la generalidad propia del concepto de la ley del Estado de Derecho en lo que se refiere a la materia y al contenido. El otro aspecto se refiere a la separación por principio de la soberanía fiscal y la garantía de la propiedad [...] La tesis mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la de que la carga de los impuestos y tributos especiales no afecta en principio a la garantía de la propiedad del Estado de Derecho, es el precio inevitable que hay que pagar por garantizar la seguridad social y la promoción del progreso social que, legitimado por el mandato constitucional del principio del Estado social, se espera del Estado [...] Esta compuerta abierta a la activación del ‘Estado fiscal’ es una condición necesaria de la posibilidad del Estado Social de Derecho [...] La pretensión de una ilimitada potestad fiscal del Estado que responde a los objetivos de una redistribución social puede rebajar y vaciar la garantía de la propiedad, del mismo modo que la creación de un sistema de seguridad social puede afectar la garantía de la libertad propia del Estado de Derecho. *En ambos casos es decisiva la cuestión de la medida correcta: solo descubriendo y concretando jurídicamente esta medida correcta puede garantizarse una vinculación a Derecho y una delimitación recíproca entre la actividad social del estado y la intangibilidad del Estado de Derecho, que es lo que se enuncia en el concepto del Estado social de Derecho*”. BÖCKENFORDE (2000), pp. 38-40 [citas internas omitidas y la cursiva es nuestra].

⁹⁰ ESTEVE (2015), p. 13.

lación privada como mecanismo complementario, el desarrollo científico y tecnológico privado al servicio de la excelencia, eficacia y eficiencia pública, la gestión de riesgos por entidades privadas, entre otros⁹¹.

Por otra parte, bajo la práctica constitucional de Colombia, queda de manifiesto el efecto expansivo que busca esta cláusula, especialmente a la hora de interpretar los derechos sociales por parte de los jueces constitucionales. Ilustra el punto la sentencia rol n.º 565-2017, en que la Corte Constitucional, conociendo del decreto ley 884 del 26 de mayo de 2017,

“Por el cual se expiden normas tendientes a la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”,

señaló:

“La Corte ha entendido que la valoración constitucional de los servicios públicos se basa esencialmente en las obligaciones del Estado que se desprenden de la garantía de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. En armonía con ello, se ha resaltado la connotación eminentemente social de la prestación de tales servicios, cuya correcta ejecución se torna de la mayor relevancia constitucional dado que, por una parte, de la realización de los derechos fundamentales de las personas depende en gran medida de la adecuada prestación de los servicios públicos p.ej. de agua, salud, saneamiento básico, energía, transporte, etc. y, por otra, el Constituyente ha optado por una forma estatal, el Estado social de derecho, destinada a corregir la deuda social existente en el país con los sectores sociales más desfavorecidos mediante un sistema político que busca la progresiva inclusión de todos en los beneficios del progreso”⁹².

En consecuencia, las interpretaciones y prácticas constitucionales europeas (alemana y española) y la colombiana, en apariencia enmarcadas bajo la misma idea de Estado social, terminan siendo el vehículo para dos concepciones completamente diferentes del papel de los derechos sociales.

⁹¹ ESTEVE (2015), p. 47 y ss. Una preocupación similar ha manifestado FERRAJOLI (2016a), p. 382, quien señala: “El resultado ha sido un estado social de tipo tendencialmente paternalista y asistencial, íntegramente desarrollado en el marco del poder ejecutivo, como articulación de las funcionales discrecionales de gobierno, y no *sub specie* de exclusiva y rígida sujeción a la ley, que es lo propio de las funciones de garantía. Hasta el punto de que a veces se ha hablado de una oposición, o, en todo caso, de una tensión irresuelta entre estado social y estado de derecho”. Ello, además, lo lleva a plantear las tensiones entre el Estado social resultante y el Estado constitucional de derecho. FERRAJOLI (2016a), p. 383.

⁹² Corte Constitucional de Colombia, rol n.º 565-2017, considerando 11.4º.

2. *Tratados Internacionales de DD.HH., incorporación y jerarquía.* *Principios de progresividad y no regresividad*

2.1. Incorporación y jerarquía de los tratados internacionales de DD.HH.

La cuestión de los derechos sociales requiere, también, decidir qué hacer con las obligaciones internacionales de Chile en estas materias y si el catálogo de derechos de la carta debe estar mediatizado o influido por esas definiciones.

Bajo este contexto, las cuestiones más relevantes en esta materia son, en primer lugar, la forma de incorporación de los tratados internacionales de DD.HH. al ordenamiento interno. En esta materia, las alternativas son variadas. A modo de ejemplo, desde una perspectiva formal, se debe analizar si se realiza de manera automática o requiere ley posterior, dependiendo del efecto automático o no de la ratificación.

Por otro lado, desde la perspectiva de las técnicas de incorporación, se encuentra la interpretación de los derechos constitucionales a la luz de los instrumentos internacionales de DD.HH., por ejemplo, España en el artículo 10.2 de la Constitución⁹³; o Colombia, en el artículo 93 de la Constitución⁹⁴; el reconocimiento expreso, sin importar una declaración sobre el rango de los mismos, sea en el preámbulo o en la parte general de la Constitución, por ejemplo, Chile, en su artículo 5° inciso 2 de la CPR o Brasil en su artículo 5-2⁹⁵; o cláusulas abiertas que reconocen los derechos humanos no enumerados, por ejemplo, Argentina, en su artículo 33⁹⁶, Uruguay en su artículo 72⁹⁷ o Perú, en el artículo 3⁹⁸.

⁹³ “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁹⁴ “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

⁹⁵ “Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”.

⁹⁶ “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

⁹⁷ “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

⁹⁸ “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Una segunda cuestión de importancia tiene relación con la jerarquía de la incorporación de los tratados al ordenamiento chileno. Desde la perspectiva doctrinaria se encuentran diversas posiciones:

- i) supraconstitucional;
- ii) constitucional;
- iii) supralegal/infraconstitucional (tesis del Tribunal Constitucional chileno) y
- iv) legal⁹⁹.

Finalmente, se debe tener en cuenta cuáles son los tratados internacionales de DD.HH. suscritos y vigentes en Chile. A la fecha el país ha suscrito y ratificado todos los tratados internacionales sustanciales en el marco de Naciones Unidas. Las excepciones serían dos acuerdos que establecen mecanismos para la implementación de quejas individuales de víctimas de violaciones de DD.HH.: el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1999) y el Protocolo Facultativo del PIDESC (2008). Por otra parte, en el marco de los tratados suscritos al amparo del Sistema Interamericano de DD.HH. Chile ha suscrito todos, pero tres se encuentran pendientes de ratificación. Asimismo, cabe destacar que existen recomendaciones de carácter constitucional de órganos parte de tratados internacionales de DD.HH., con foco en el reconocimiento de pueblos indígenas y sus derechos.

La manera en que se resuelvan las cuestiones antes examinadas tiene importantes consecuencias desde la perspectiva del impacto relativo del derecho internacional de los DD.HH. en el sistema chileno de fuentes y práctica constitucional. Por ejemplo, el derecho a la vivienda adecuada, bajo los estándares de diversas instancias y documentos internacionales, se entiende que

⁹⁹ Las constituciones en nuestro continente han tomado diversas opciones. Por ejemplo, la de Perú, en su disposición final y transitoria, cuarta señala: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. La de Costa Rica, en su art. 7º señala: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”. Asimismo, la de Ecuador en su artículo 425 manifiesta: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”. Finalmente, la de Colombia en su artículo 93 señala: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

incorpora como mínimo: la seguridad de la tendencia de una vivienda, lo que involucra protección frente al desalojo forzoso y toda otra intervención arbitraria sobre esa tenencia; la disponibilidad de servicios básicos como acceso a agua potable, alcantarillado, electricidad, etc.; el acceso a la vivienda a un costo razonable que no comprometa el acceso a otros derechos fundamentales; la habitabilidad, que se refiere a que la vivienda cumpla con estándares mínimos de calidad de modo que constituya un espacio seguro y adecuado para el desarrollo de una persona o familia; el acceso y la consideración de las necesidades especiales de grupos desaventajados; la ubicación de la vivienda en una zona conectada con oportunidades laborales, servicios de salud, escuelas, etc. y el respeto por la identidad cultural de quienes acceden a una vivienda¹⁰⁰.

2.2. Principios de progresividad y no regresividad

El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), dispone:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, *para lograr progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios. Por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta *gradualidad* y, por el otro, una idea de *progreso*, asociada a la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos¹⁰¹.

Asimismo, a la progresividad se asocia la obligación mínima del Estado de *no regresividad*, esto es, la prohibición de adoptar políticas y medidas, que, por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo o, bien, en cada mejora “progresiva”¹⁰².

Si se vuelve a la sentencia rol n.º 565-2017, la Corte Constitucional de Colombia, utiliza el derecho internacional de los DD.HH. para vincular,

¹⁰⁰ GIL (2020), pp. 865-866.

¹⁰¹ ABRAMOVICH y COURTIS (2004), p. 93. Véase también COURTIS (2006).

¹⁰² ABRAMOVICH y COURTIS (2004), p. 94.

por un lado, la disponibilidad y acceso a los servicios públicos con, por el otro, el derecho a la vivienda adecuada del PIDESC. Lo dijo así:

“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha referido a la necesidad de garantizar los servicios para hacer efectivo el derecho a la ‘vivienda adecuada’, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, especialmente, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, intérprete autorizado del PIDESC, en su Observación General N° 4 estableció que el concepto de ‘adecuación’, propio de la vivienda digna, está determinado por aspectos como, por un lado, la ‘disponibilidad de servicios’, aludiendo al ‘acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia’; y por otro, la ‘adecuación cultural’, en referencia al acceso a, por ejemplo, los servicios tecnológicos modernos. Siendo, entonces, la prestación de los servicios públicos, en perspectiva de la vivienda digna, una manifestación de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado se encuentra abocado a propender por su plena realización, en cumplimiento, principalmente, de la obligación de progresividad y prohibición de regresividad derivadas del artículo 2 del PIDESC. De manera que la satisfacción plena de cada uno de estos derechos se logre a través de la disposición de ‘hasta el máximo de los recursos disponibles por los medios apropiados’, pues, como fue dispuesto en los Principios de Limburgo de 1986, relativos a la aplicación del PIDESC, los Estados se encuentran investidos con la exigencia internacional de actuar tan rápidamente como les sea posible en dirección a la completa efectividad de las garantías sociales”¹⁰³.

En consecuencia, interpretaciones expansivas de los principios de progresividad y no regresividad muestran las tensiones y conflictos que pueden desembocar en un sistema constitucional que no se toma en serio el amplio impacto que pueden tener estos principios en su aplicación a diversos sectores.

3. Principio de responsabilidad fiscal

Ya se ha sostenido en la introducción que uno de los desafíos relevantes de este debate consiste en sofisticar la arquitectura organizacional que sustenta

¹⁰³ Corte Constitucional de Colombia, rol n.º 565-2017, considerando 11.7°.

los derechos sociales, estableciendo límites externos institucionales –ya no de los derechos propiamente tales en cuanto estructura normativa, sino de su exigibilidad–.

De lo anterior se desprende la importancia de una cláusula general de responsabilidad fiscal o una específica acerca de que todo gasto ocasionado a propósito de un derecho social debe estar financiado con cargo a alguna glosa presupuestaria e, incluso, establecer un límite máximo como porcentaje de la Ley de Presupuesto en el que se puede incurrir respecto de gastos no contemplados en la Ley de Presupuesto (por ejemplo: 2% adicional)¹⁰⁴.

Por lo demás, una cláusula como la anterior se enmarca en un debate más amplio sobre los diversos mecanismos (y jurisprudencia) que han surgido en la última década en el ámbito del constitucionalismo comparado para hacer efectivo el principio de responsabilidad fiscal, o alguna de sus dimensiones constitutivas¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Sobre esta cuestión véase, por ejemplo, FERRAJOLI (2016a), p. 388.

¹⁰⁵ Desde la perspectiva del derecho comparado, se encuentran diversos modelos, más o menos intensos de consagración de reglas constitucionales en esta materia. La Constitución alemana, más que establecer el proceso para el endeudamiento contiene ciertas normas para evitar tal situación. Artículo 109a [Situaciones de crisis presupuestaria], señala: (1) Para evitar situaciones de crisis presupuestaria, una ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat, regula 1. La supervisión continuada de la economía presupuestaria de la Federación y los Länder a través de un órgano comunitario (Consejo de Estabilidad) 2. Los supuestos y el procedimiento para la comprobación de una situación amenazante de crisis presupuestaria, 3. Los principios para la creación y ejecución de programas de saneamiento para evitar situaciones de crisis presupuestaria (2) El Consejo de Estabilidad se encargará a partir del año 2020 de supervisar el cumplimiento de los supuestos del artículo 109 apartado 3 por parte de la Federación y de los Länder. La supervisión se guiará por los supuestos y procedimientos de los actos jurídicos resultantes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en lo que concierne al respeto de la disciplina presupuestaria. (3) Las resoluciones del Consejo de Estabilidad y los expedientes de deliberación en los que se basan deben publicarse. También incorpora un límite constitucional para tomar créditos en el 115, que le exige una ley federal. La Constitución Española, por su parte, en el artículo 135.1 dispone que todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria. Luego regula de manera detallada el que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros. Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario (art. 135.2 CE); establece reglas de deuda pública y contratación de créditos (art. 135.3 CE); la atenuación de estos límites en ciertas hipótesis de catástrofes naturales o crisis económica (art. 135.4 CE); entre otras. En consecuencia, la versión española establece un conjunto de reglas intensas en materia de responsabilidad fiscal, especialmente buscando evitar el déficit estructural, las que pueden ser objeto de propuestas en la Convención Constitucional. También establece reglas similares a las nuestras vigentes en materia de endeudamiento fiscal y de las empresas

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la sentencia del Tribunal Constitucional español que se pronunció respecto de un decreto ley que reducía prestaciones en el ámbito sanitario, sobre la base de garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. La larga cita que a continuación se realiza, se justifica a la hora de examinar la complejidad del razonamiento, especialmente integrando y ponderando los distintos principios involucrados. Así, sostuvo:

“Es cierto que, desde la óptica del principio de universalidad, resulta claro el contraste resultante que se produce entre la nueva regulación de la condición de asegurado y la limitación de la cobertura que resulta de las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2012 y el marco normativo preexistente. Supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, ya hemos señalado que la universalización legislativamente proclamada ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas (en el mismo sentido, el ya citado ATC 96/2011, FJ 6). La pretensión de universalidad acogida por el art. 43 CE se ha articulado de acuerdo con las previsiones legales existentes en cada momento, sin que hasta el momento haya significado el derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias. La universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios. Esta consecuencia no se deriva de manera inmediata de la Constitución Española, sino que ha de ser, en su caso, apreciada por el legislador atendiendo a las circuns-

del Estado. La Constitución Francesa dispone en el artículo 34, sobre materias de ley, que las leyes de presupuestos de seguridad social deben determinar sus “condiciones generales de equilibrio financiero”. Más interesante es la regla del inciso subsiguiente, que trata las leyes de programación, leyes que tienen las orientaciones plurianuales de las finanzas públicas, la cual somete a estas leyes de programación a suscribir (*inscribirse dentro* sería la traducción literal) al objetivo de equilibrio de las cuentas de las administraciones públicas. Finalmente, el artículo 150 de la Constitución de Colombia, al establecer las funciones del Congreso al elaborar las leyes, deja bajo reserva legal materias de endeudamiento público, tales como la de conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales (n.º 9) u organizar el crédito público (n.º 19º). Incluye una regla de que el gobierno deberá rendir periódicamente informes al Congreso cuando este lo autoriza a celebrar contratos, negociar empréstitos o enajenar bienes nacionales.

tancias concurrentes (en un sentido similar, para el sistema de Seguridad Social, SSTC 41/2013, de 14 de febrero, y 49/2015, de 5 de marzo). Este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente sobre los condicionantes económicos y, en concreto, respecto del modelo de la Seguridad Social (art. 41 CE; SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3, o 78/2004, de 29 de abril, FJ 3). Además, ha señalado que “la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema” (ATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 6)”¹⁰⁶.

En fin, constitucionalizar un principio de responsabilidad fiscal o similar es un debate que ha comenzado a ser relevante en los últimos años en Chile¹⁰⁷. En este sentido, se debe recordar que el proyecto de nueva Constitución de la expresidenta Michelle Bachelet incorpora en el artículo 3 inciso 1, entre las disposiciones fundamentales del orden constitucional, el principio de responsabilidad fiscal en los siguientes términos:

“El Estado está al servicio de las personas y su finalidad es el bien común, para lo cual debe crear las condiciones necesarias para el desarrollo integral y sostenible de la comunidad y de sus integrantes, respetando plenamente, y con responsabilidad fiscal, los derechos y garantías que esta Constitución consagra”.

Se trataría, en consecuencia, de un principio general orientador al legislador y al juez constitucional.

VI. CONCLUSIONES

El debate en materia de consagración de derechos sociales en la nueva Constitución no solo ha sido intenso (y creado importantes expectativas ciudadanas), sino especialmente ideológico. Que sea ideológico quiere decir que los argumentos pertenecen a un sistema cerrado de ideas que se presenta absoluto, rígido y como todo o nada. Llega a ser tan intenso este debate que alcanza hasta el tipo de Estado en que se debe coexistir: en uno socialista o de derechos sociales constitucionalmente reconocidos de forma universal o en

¹⁰⁶ STCE, rol n.º 139/2016, de 21 de julio, FJ 8.

¹⁰⁷ Véase, por ejemplo, MEDINA, SILVA, SOTO Y VALDÉS (2019), pp. 153-182.

uno liberal o de mercado, en que todos los bienes se distribuyen en función del mérito, el esfuerzo personal y el libre emprendimiento.

En efecto, la forma en que la nueva Constitución enfoque los derechos sociales no puede ser un debate entre quienes prefieren un Estado de bienestar o uno subsidiario. La Constitución no debe establecer modelos de sociedad, sino que debe permitir el desarrollo de políticas públicas inteligentes, lo que requiere de matices que principios gruesos como la “solidaridad” o la “subsidiariedad” no pueden (y no deben) resolver por sí solos.

Así, este artículo ha buscado poner luz a estos debates maniqueos, para hacer ver que tanto la literatura constitucional seria como los modelos constitucionales comparados, demuestran que hay una gama amplia de relaciones entre Constitución y derechos sociales. Se ha querido ofrecer un punto de vista técnico que permita advertir las posibilidades que ofrecen la teoría y la experiencia comparada, de modo de desmitificar y determinar cuáles son las críticas y genuinos problemas que estos derechos acarrearán, y sus relaciones inevitables con una democracia constitucional en forma.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH y COURTIS (2004).
- AMAR, Akhil (2012). *America's Unwritten Constitution*. Basic Books.
- ALDUNATE, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- ALEXY, Robert (2017). *Teoría de derechos fundamentales*. Madrid. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ATRIA, Fernando, Constanza SALGADO y Javier WILENMANN (2014): *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: LOM Ediciones.
- BARAK, Aharon (2014). *Human Dignity. The constitutional value and the constitutional right*. Cambridge University Press.
- BARAK, Aharon (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra.
- BICKEL, Alexander (1975). *The morality of consent*. Yale University Press.
- BICKEL, Alexander (1978). *The Supreme Court and the idea of progress*. Yale University Press.
- BICKEL, Alexander (1986). *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*. 2ª ed. Yale University Press.
- BIGLINO, Paloma (2020: “Principios rectores, legislador y Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 11).
- BÖCKENFORDE, Ernst W. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Trotta.

- CALABRESI, Guido & Philip BOBBITT (1978). *Tragic choices*. W. W. Norton & Company.
- CEA, José Luis (2004). “Una visión de la teoría neo constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 8.
- CEA, José Luis (2019). *Derecho constitucional chileno*. 3ª ed. Santiago: Ediciones UC, tomo II.
- CHILTON, Adam & Mila VERSTEEG (2016). “Rights without resources: the impact of constitutional social rights on social spending”. *Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper*, No. 781. October.
- CHILTON, Adam & Mila VERSTEEG (2018). “Courts’ Limited Ability to Protect Constitutional Rights”. *The University of Chicago Law Review*, vol. 85.
- COURTIS, Christian (comp.) (2006). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del puerto.
- DE OTTO, Ignacio (2012). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel.
- DIXON, Rosalind (2017). “The core case for weak-form judicial review”. *Cardozo Law Review*, vol. 38.
- DIXON, Rosalind (2018). “Constitutional Rights as bribes”. *Connecticut Law Review*, Vol. 50, No. 3.
- DIXON, Rosalind y Sergio VERDUGO (2021). “Social Rights and Constitutional Reform in Chile: Towards Hybrid Legislative and Judicial Enforcement”. *Estudios Públicos*, vol. 162.
- ELY, John Hart (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press.
- EPP, Charles (2013). *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Siglo XXI editores.
- ESTEVE PARDO, José (2015). *Estado garante. Idea y realidad*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- FERMANDOIS, Arturo (2014). “El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en José Francisco GARCÍA (coord.). *¿Nueva Constitución o reforma? Nuestra propuesta: Evolución constitucional*. Thomson Reuters-Legal Publishing.
- FERRAJOLI, Luigi (2016). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Vol. 1. Teoría del derecho*. 2ª ed. Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi (2016a). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Vol. 2. Teoría de la democracia*. 2ª ed. Trotta.
- FERRERES COMELLA, Víctor (2003). “La eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares”, en SELA. *Los derechos fundamentales*. Editores del Puerto.
- GARCÍA, José Francisco (2014). “Minimalismo e incrementalismo constitucional”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 1.

- GARCÍA, José Francisco y Sergio VERDUGO (2013). *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?* Santiago: Ediciones LyD.
- GARDBAUM, Stephen (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*. Cambridge University Press.
- GIL, Diego (2016). “Derecho a la vivienda, integración urbana y minimalismo regulatorio en Chile”, en SELA. *La desigualdad*. Librería.
- GIL, Diego (2020). “Derecho a la vivienda”, en Pablo CONTRERAS y Constanza SALGADO (eds.). *Curso de derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ, Gastón (2005). *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Santiago: Ediciones de la Universidad Diego Portales.
- GÓMEZ, Gastón (2015). “Derechos constitucionales. Relación”, en Lucas SIERRA (ed.) *Diálogos constitucionales*. Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- GRIMM, Dieter (2016). *Constitutionalism. Past, Present and Future*. Oxford University Press.
- GROSMAN, Lucas (2008). *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería.
- HÄBERLE, Peter (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Dykinson.
- HABERMAS, Jürgen (2003). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta, 2010.
- HAYEK, Frierich (1976). *Law. Legislation and Liberty. Vol. 2 The Mirage of Social Justice*. The University of Chicago Press.
- HÖFFE, Otfried (2007). *Democracy in an Age of Globalisation*. Springer.
- HOLMES, Stephen & Cass R. SUNSTEIN (1999). *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. W.W. Norton & co.
- JIMÉNEZ, Javier (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Trotta.
- JUNG, Courtney, Ran HIRSCHL & Evan ROSEVEAR (2014). “Economic and Social Rights in National Constitutions”. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62.
- KENNEDY, Duncan (2010). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Siglo XXI editores.
- KENNEDY, Duncan (2012). *La enseñanza del derecho como forma de acción política*. Siglo XXI editores.
- KHAITAN, Tarunabh (2019). “Constitutional Directives: Morally-Committed Political Constitutionalism”. *Modern Law Review*, vol. 82, No. 4.
- KRONMAN, Anthony (1985). “Alexander Bickel’s Philosophy of Prudence”. *Yale Law Journal*, vol. 94, No. 7.
- LANDAU, David (2012). “The reality of social rights enforcement”. *Harvard International Law Journal*, vol. 53, n.º 1.

- MEDINA, Juan Pablo, Ernesto SILVA, Sebastián SOTO y Rodrigo VALDÉS (2019). "Institucionalidad y política fiscal en Chile: hacia un nuevo ecosistema de responsabilidad fiscal", en CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS (ed.). *Propuestas para Chile. Concurso de políticas públicas UC 2019*. Santiago: PUC.
- NAGEL, Thomas (1996). *Igualdad y parcialidad*. Paidós.
- NINO, Carlos (2013). *Fundamentos de derecho constitucional*. Astrea.
- NOGUEIRA, Humberto (2014). "Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución chilena vigente". *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, vol. 16, n.º 16.
- PEÑA, Carlos (1996): *Práctica constitucional y derechos fundamentales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- PEÑA, Carlos (2020). *El desafío constitucional*. Santiago: Taurus.
- PEREIRA-MENAUT, Antonio (2015). *Derecho constitucional español*. Andavira.
- PÉREZ LUÑO, Antonio (2016). *Los derechos fundamentales*. Tecnos.
- PÉREZ ROYO, Javier (2010). *Curso de derecho constitucional*. Marcial Pons.
- PONCE SOLÉ, Julio (2017). "Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 111.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2015). "Dimensiones del estado Social y derechos fundamentales sociales". *Revista de Investigações Constitutionais*, Curitiba, vol. 2, n.º 2.
- ROSENBERG, Gerald (1991). *The Hollow Hope. Can courts bring about social change?*. Chicago: University of Chicago Press.
- ROSENKRANTZ, Carlos (2002). *La pobreza, la ley y la constitución*. Disponible en https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=yyls_sela
- ROSENKRANTZ, Carlos (2006). "La autoridad del derecho y la injusticia económica y social". *Discusiones*, n.º 6.
- SALGADO, Constanza (2015). "Derechos sociales, protección de la salud e interpretación constitucional". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 22, n.º 1.
- SIERRA, Lucas (ed.) (2015): *Diálogos constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile*. Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- SHALPER, Diego (2020). *Derechos sociales: una visión alternativa*. Disponible en <https://ideapais.cl/2020/08/27/derechos-sociales-una-vision-alternativa/>
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2010). *Tratado de derecho constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo XIII.
- SUNSTEIN, Cass (2006). *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. Basic Books.

- TRIBE, Laurence H. (2008): *The Invisible Constitution*. Oxford University Press.
- TUSHNET, Marh (2008). *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press.
- WALDRON, Jeremy (2006). "The core of the case against judicial review". *Yale Law Journal*, vol. 115.
- WEIS, Lael (2017). "Constitutional Directive Principle". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, No. 4.
- WEIS, Lael (2018). "Environmental constitutionalism: aspiration or transformation". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, No. 3.
- VERDUGO, Sergio (2021). "Los derechos sociales y el debate constituyente chileno". *Actualidad Jurídica*, n.º 43. Santiago.
- VOLKMANN, Uwe (2013). *Elementos de una teoría de la Constitución alemana*. Marcial Pons.