



## **“ESTADO SOCIAL EN CHILE”**

Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Público

Alumna

Ingrid María José Jiménez Meza

Profesor

Christian Viera Álvarez.

Valparaíso, Julio

2017

# ÍNDICE

	Página
Resumen.....	3
Palabras claves.....	3
Introducción.....	4

## CAPITULO I

### EL ESTADO SOCIAL

1. Conceptualización y Características.....	7
2. Constitucionalización del Estado Social.....	10
3. Crisis y Resurgimiento del Estado Social.....	13
4. Derechos Sociales.....	24

## CAPITULO II

### LA FÓRMULA POLÍTICA EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

1. El Estado Social en la Constitución Política Chilena.....	30
2. Derechos Sociales en la Constitución Política de 1980.....	34
3. Protección de los Derechos Sociales en Chile.....	35
4. Estado Social en Chile.....	39
5. Cláusula Social.....	42
CONCLUSIONES.....	46
BIBLIOGRAFÍA.....	48

## RESUMEN

El presente trabajo, tiene por objeto analizar el Estado Social y su posible incorporación en una nueva Constitución Política para Chile, como una fórmula que permita dotar de contenido material a los derechos sociales, protegiéndolos efectivamente e imponiendo al Estado la responsabilidad de posibilitar a todas las personas su autodesarrollo y plena realización garantizándoles el acceso a determinados servicios.

## PALABRAS CLAVES

Estado Social, Derechos Sociales, Rol Social, Nueva Constitución, Fórmula Política.

## INTRODUCCIÓN

El programa de gobierno de la actual Presidenta de la República, doña Michelle Bachelet Jeria, contemplaba entre sus objetivos, la elaboración de una nueva Constitución Política, que instituyera a Chile como un Estado Social y Democrático.

En este contexto, surge la siguiente interrogante e hipótesis de este trabajo ¿Una nueva Constitución para Chile debe contener como fórmula política el Estado Social?

Frente a esta pregunta, surge mi motivación, la que busca determinar, si el Estado Social del que tanto se habla, es realmente una fórmula que permite dar lugar a una sociedad más inclusiva y con menos desigualdades.

Por lo tanto, el objetivo general del trabajo fue analizar el concepto de Estado Social, las ventajas del modelo y su posible incorporación en la nueva Constitución, como fórmula política. Labor, que se desarrolla examinando el proceso histórico jurídico del Estado Social a nivel de derecho comparado, su crisis y reformulación, para luego enfocarnos, en la situación de los derechos sociales en Chile y en la implementación de una cláusula social en nuestro texto constitucional.

Como objetivos específicos, se busca estudiar acerca de la fórmula del Estado Social, revisar la Constitución Política chilena y la doctrina en torno al Estado Social e identificar el techo ideológico de nuestra Constitución Política. Para ello, se examinan las fuentes de su texto actual, su época de dictación, la situación de los derechos sociales en nuestro país, la postura de la doctrina nacional y de nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

En cuanto a su estructura, se divide en dos capítulos, en el primero se hace un análisis histórico jurídico del Estado Social, pasando por su origen, constitucionalización, crisis, críticas y reformulación del modelo, para concluir examinado brevemente los

derechos sociales y particularmente la postura del autor Fernando Atria, respecto a su estructura y judicialización.

En lo que respecta a este primer capítulo, es importante recalcar el largo proceso de gestación y consolidación del Estado Social, el que surgió como una respuesta a las demandas económicas, sociales y políticas surgidas tras el término de la Segunda Guerra Mundial y que hoy, luego de profundas crisis tales como la europea de los años 70, de Suecia en los años 90 y de Italia y España en el 2008, se ha mantenido y reafirmado como un modelo, capaz de brindar satisfacción a las necesidades vitales de los individuos, pero hoy en día, no como un Estado social paternalista como en sus inicios, sino como un Estado social posibilitador de la iniciativa ciudadana, que permite el acceso a una serie de servicios sin coartar la libertad de las personas.

Otro tema relevante, viene dado por el análisis que se efectúa a la opinión del autor nacional, Fernando Atria, para quién es incorrecto referirse a los derechos sociales como “derechos”, toda vez, que éstos responden a fines colectivos que no se pueden asimilar a la categoría de los derechos subjetivos, toda vez, que al hacerlo, las ideas comunitarias en que descansan, desaparecen. A su entender, los derechos sociales, fueron presentados como derechos, porque los fines comunitarios que representan no han podido vencer a los derechos individuales sino están expresados en el lenguaje de derechos. Por lo mismo, pretender la justiciabilidad de un derecho social en un proceso adversarial es un error, pues es contrario a la propia estructura de un derecho social. Para desarrollar estas ideas, se expone en este trabajo, el análisis que este autor efectúa de los argentinos Abramovich y Courtis en su libro “Los derechos sociales como derechos exigibles” y Rosenkrantz con “La pobreza, la ley y la constitución”.

El segundo capítulo, contiene una referencia a los antecedentes de la fórmula política en la Constitución chilena actual, analiza un posible rol social del Estado, la configuración de los derechos sociales en la Constitución de 1980 y su protección, la implementación de un Estado social y democrático en Chile y finalmente reflexiona acerca de la incorporación de una cláusula social en una nueva Constitución.

Es importante, destacar en este capítulo, que al analizar nuestra historia constitucional y la Constitución actual, se evidencia que no ha existido la asignación de un

rol social al Estado. Al efecto, el texto constitucional vigente, tuvo su génesis en la imposición autoritaria de un gobierno de facto, que entregó la redacción de la Carta Fundamental a la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y cuya revisión final le correspondió a la Junta Militar con Pinochet a la cabeza, quién impulsó una política de privatización de los beneficios sociales, excluyó los derechos sociales de toda justiciabilidad y eliminó toda participación ciudadana en la vida política, lo que unido al modelo económico impuesto y a la interpretación parcial del principio de la subsidiariedad, ha provocado la exclusión de ciertos sectores de la sociedad promoviendo la desigualdad social.

Es esta realidad, la que ha conducido a la elaboración de este trabajo, a través del cual pretendo proporcionar un pequeño aporte en el conocimiento de este modelo y de las ventajas sociales que aparejaría su incorporación constitucional a través de una cláusula social.

## CAPITULO I

### EL ESTADO SOCIAL

#### 1. CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERÍSTICAS.

El Estado Social, surge históricamente con posterioridad a la segunda guerra mundial, como consecuencia de la necesidad de articular un sistema que garantice a todos los miembros de la sociedad, sin excepción alguna, una serie de derechos sociales considerados esenciales para la subsistencia mínima de la persona en el interior de la sociedad.

“El Estado Social, significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (Estado Liberal Burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos”. (De Miguel, 2009: p.87)

Tres son las condiciones que permitieron la transición de un Estado liberal a uno Social (Carbonell, 2008: p. 43):

1. El individuo, es incapaz de satisfacer por sí solo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato sus necesidades básicas.
2. Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual.
3. Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar.

Estas condiciones, van a permitir el desarrollo de un nuevo concepto de Estado, denominado “Estado Social”, el que surgirá como un sistema político, que impone al Estado la misión de garantizar ciertos derechos considerados esenciales para la subsistencia mínima de la persona, tales como la asistencia sanitaria, la salud, la educación pública, la regulación del trabajo, la vivienda digna, los subsidios familiares, entre otros, pero que a

diferencia del Estado de Bienestar no busca avanzar hacia el socialismo, ni tampoco transformar al Estado en el dueño de los medios de producción (Ibídem)

Se puede afirmar, que el Estado Social, se caracteriza por:

1. Formar un amplio pacto social, cuyos principales actores son el Estado, los trabajadores, las clases medias urbanas y los empresarios.
2. Busca atender las necesidades de grandes sectores sociales, principalmente a través de servicios de salud, vivienda y educación.
3. Estabilizar la demanda interna, mediante el impulso del consumo gubernamental
4. Procura la paz social al institucionalizar vías reformistas, que sustituyen a las vías revolucionarias
5. Posibilita un marco de crecimiento económico continuo, sostenible y equilibrado
6. Crea un régimen fiscal redistributivo
7. Constituye un amplio sector público, dotado de importantes funciones regulativas y, en algunos casos (de forma subsidiaria) directamente productiva.

En un Estado social, los poderes públicos, dejarán de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comenzarán a tomar, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de carácter social. Para alcanzar este objetivo, el Estado vuelca sus políticas públicas, en conseguir una igualdad material, debiendo abordar para ello, importantes cambios tanto a nivel legislativo como constitucional (Ibídem)

#### b) Desarrollo

Tras el término de la Segunda Guerra Mundial, en varios países, surge la inquietud de desarrollar mecanismos que permitan favorecer a los individuos menos aventajados de la sociedad. (Ibídem)

Este objetivo se desarrolla a través de dos procesos:

1. Un proceso teórico: que está constituido por el replanteamiento del concepto de Estado liberal y las nuevas teorías que surgieron en torno a las funciones que el Estado



debía asumir en la esfera de lo social y que reclamaban su intervención para corregir la situación de miseria (Gómez, 2006: pp. 80-81)

Dentro de este proceso, ubicamos a diversos autores. Louis Blanc, plantea una revolución social pacífica a través de la necesaria intervención del Estado para lograr la justicia social, debiendo éste intervenir en la economía, en defensa de los intereses de todos y no en contra del capitalismo; Von Stein, que postula que el Estado tiene la obligación de elevar el nivel moral y material de la población y Lasalle quién define al Estado como la institución cumbre de una nación capaz de ser el instrumento para promover el bienestar del pueblo.(Ibíd.: p. 87).

2. Un proceso funcional: El que impone la revisión de las funciones e instituciones del Estado liberal, a nivel Constitucional, legal e internacional.

Cinco son los países, que proponen correcciones constitucionales y legales a su Estado, con el fin de intervenir y poner fin a las desigualdades y equilibrios sociales que les afectaban. Algunas de estas correcciones prosperaron y otras no, sin embargo, todas ellas, constituyen los antecedentes previos al constitucionalismo social. Estos países son:

Francia, que propone una serie de reformas legales las que no prosperaron, tales como, la creación de un Ministerio del Trabajo y el reconocimiento de derechos sociales a la clase obrera, entre los que se destacan los derechos básicos a la huelga y a la negociación colectiva. (Ibídem)

México, en cuya Constitución de 1917, consagra la obligación del Estado de velar por los más débiles, es decir, por aquellos individuos carentes de propiedad y de servicios básicos de educación y salud (Ibíd.: p. 88)

Bismarck en Alemania y su Estado del servicio social, que consagró un sistema de seguros sociales que buscaba auxiliar a los trabajadores en caso de accidentes del trabajo. La seguridad social en este país, fue el núcleo histórico del Estado Social, sin embargo no se trató de un sistema universal, pues cubría a personas con cierta capacidad económica, quienes pagaban su cuota, mientras que los pobres siempre quedaban al margen de la protección (Ibídem)

Inglaterra, con el proceso de socialización diseñado por William Beveridge, propendía una forma de Estado que apadrinara a todos los ciudadanos “desde la cuna hasta la tumba”, a través de una política estatal orientada al pleno empleo. El Estado para conjurar la crisis social debe hacerle frente a las cinco causas que la crearon: la pobreza, la enfermedad, la ignorancia, la miseria en las condiciones materiales en la vida y el paro. Para hacerlo, el Estado no podía inhibirse, debía intervenir en acciones políticas de todo tipo: económicas, asistenciales, educativas y laborales en dotación de infraestructura (Ibíd.: p. 89)

En Estados Unidos, en el gobierno de Roosevelt, se promueven políticas fiscales de alza de impuestos para aquellos que poseían mayor capacidad adquisitiva, la creación de una normativa que vigilara las empresas de servicios privados, el otorgamiento de auxilios para el Instituto de Electrificación Rural y la consagración de una serie de derechos sindicales como la “Ley de Relaciones Laborales” y la “Ley de Normas Laborales Justas” (Ibíd.: pp. 90-91)

## 2. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL

Cronológicamente, las primeras disposiciones constitucionales en materia de derechos sociales, se encuentran en las constituciones de Querétaro en 1917 y Weimar en 1919, sin embargo la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, es el primer texto que le entrega carácter constitucional a la fórmula de Estado Social (Carbonell, 2008: p.51)

Por tanto, hay dos procesos que podemos distinguir:

1. El desarrollo de un proceso de socialización del derecho constitucional: El surgimiento de los derechos sociales representa un cambio respecto a la concepción que sobre los derechos se tenía en el primer liberalismo, entregando cobertura constitucional a los derechos de grupos tradicionalmente marginados (campesinos y trabajadores) e implica una transformación profunda del Estado en materia de derechos fundamentales (Ibíd.: p.52)

Diversas aspiraciones, como el acceso al trabajo, a la educación, a la salud, a una vivienda digna, adquieren el carácter de derechos fundamentales, los que pasan a compartir un lugar junto a aquellos derechos de contenido eminentemente liberal como la propiedad privada y la seguridad personal (Ibídem).

2. La constitucionalización de la fórmula de Estado Social: Este proceso de constitucionalización del Estado Social, fue una tendencia del constitucionalismo contemporáneo, que conllevó un cambio de paradigma para el constitucionalismo y para la democracia, quizá el más importante en el desarrollo del Estado Constitucional en el siglo XX. (Ibíd.:p.53).

Su gestación, fue un proceso complejo y distinto en cada país, pues al tener su fórmula el carácter de cláusula abierta, determinará que su contenido material no sea una cuestión ajena a la discrepancia temporal y/o espacial. (Viera, 2014a: p.4)

Este proceso implicó, no solo una manifestación solemne del reconocimiento de este modelo, sino que también, la incorporación de una serie de preceptos que hacen posible la intervención del Estado en la sociedad, gestionando la denominada “procura existencial”, a través de la cual, el Estado busca garantizar a todos sus miembros, sin excepción una serie de derechos de carácter social. (Ibídem)

A vía de ejemplo, podemos mencionar como países que incorporaron este modelo, a Alemania, que en su artículo 20.1 de la Ley Fundamental de Bonn, expresa: “La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”; Por su parte España, se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, en su 1.1. de la Constitución española de 1978; La Constitución italiana de 1947, señala en su artículo 1 “Italia es una República democrática fundada en el trabajo” y en su artículo 2, “la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de sociedad política, económica y social”. Portugal, en su artículo 2 formula, “La República portuguesa es un Estado de Derecho, basado en la soberanía popular, en el respeto y la garantía de los derechos y libertades fundamentales y en el pluralismo de expresión y de organización política democrática”. Asimismo, dedica 67 artículos a declarar derechos, libertades y prestaciones del Estado en favor de las personas. (Massmann, 2005: p. 340)

En América Latina, también encontramos varios ejemplos, la Constitución de Brasil, que señala en su artículo 1, “La República federativa de Brasil, formada por la unión

indisoluble, de los Estados, Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho...” ; Honduras, por su parte, consagra en el artículo 1 de su Constitución, “Honduras es un Estado de derecho, soberano, constituido como república libre, democrática e independiente para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social”; Venezuela, dispone en su carta, “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”. (Ibíd.: p.339)

Es necesario, tener presente que no basta con que las Constituciones contengan manifestaciones solemnes que consagren un “Estado Social”, y que reconozcan una serie de derechos sociales, sino que es imprescindible que estén acompañadas de disposiciones que permitan la intervención del Estado en la sociedad, pues por tratarse de derechos que se traducen en prestaciones concretas, su realización y respeto requiere de otros presupuestos, que le permitan su eficaz aplicación. Estos son: (Ibíd.: p.340)

1. Que la economía del país permita realizar estas prestaciones: Como el Estado Social está dotado de amplias facultades interventoras en materia económica, el Estado no puede sustraerse al problema de la escasez de recursos. (Ibídem)

2. Por no ser directamente aplicables, necesitan de un desarrollo previo que haga posible su materialización: Por tratarse de derechos sociales, su materialización queda en manos del legislador. (Ibíd.: p.341)

3. Una opinión política dominante: Al tratarse de prestaciones que el Estado provee a ciertos grupos, su cumplimiento pasa por los dividendos políticos que estas prestaciones les puedan aportar. (Ibídem)

Luego de la incorporación a nivel constitucional del Estado Social, podemos sostener que:

Se introducen dimensiones colectivas en el derecho, lo que ocurre a través de la construcción de sujetos de derecho colectivos (sindicatos, grupos de consumidores, etc.), a través de la articulación de instancias y facultades de negociación colectivas y con la construcción de categorías grupales (la noción de medio ambiente, de grupo vulnerable o de salud pública). (Abramovich y Courtis, 2004: p.54)

Asimismo, se toman en cuenta las desigualdades reales y no simplemente las formales; lo que genera nuevas pautas interpretativas y nuevas reglas procesales (las presunciones en favor de partes procesalmente débiles) (Ibíd.: p.55)

Aparecen límites a la autonomía de la voluntad en áreas tradicionalmente dejadas al libre acuerdo de las partes; entran en funcionamiento conceptos de orden público y de protección a la dignidad de las personas que pueden generar nulidades contractuales y un importante control estatal de la oferta de bienes públicos y servicios. (Ibídem)

El ámbito de actuación sujeto a mecanismos contractuales, es limitado con las reglas del Estado Social por medio de leyes; esto produce un efecto de desmercantilización de algunos sectores como resultado del avance del derecho público sobre el derecho privado. (Ibídem)

También se modifican los criterios de asignación de responsabilidades civiles, como consecuencia del cambio de óptica en materia de generación de riesgos (varios de los cuales se “socializan”, para efecto de proteger a las personas más indefensas) y de distribución de costos. (Ibídem)

Se amplían las funciones estatales; al asumir el Estado las tareas relacionadas con la realización efectiva de los derechos sociales, los órganos públicos se multiplican y la burocracia crece. El Estado no se limita a ejercer funciones regulatorias, sino que se reserva para sí ciertas áreas que se consideran estratégicas, lo que conlleva una ampliación de funciones y del gasto público. (Ibíd.: p.56)

Y se incorporan al ordenamiento acciones procesales de carácter colectivo, a través de la ampliación en las posibilidades de acceso a los tribunales (acciones de cumplimiento, acciones de tutela, acciones de clase, etc.) y por medio de la tutela de bienes colectivos. (Ibídem)

### 3. CRISIS Y RESURGIMIENTO DEL ESTADO SOCIAL

La implementación del Estado Social, no estuvo exenta de críticas desde los sectores conservadores y liberales de la sociedad. Los éxitos en la actividad planificadora y

promotora de derechos en los gobiernos sociales en un breve plazo, acallaron muchas de las voces disonantes y aunaron muchas voluntades, hasta el surgimiento de la crisis económica de los años 70. (Martínez de Pisón, 1994: p. 243)

La recesión, el estancamiento económico, la pérdida de empleo y los problemas estructurales y fiscales del Estado, producidos a raíz de esta crisis económica, fueron la plataforma que fomentó el inicio de la “reacción liberal conservadora” y sus críticas al Estado social (Ibíd.: p. 245)

La crítica liberal a los aspectos económicos y sociales del Estado Social, proviene de sectores allegados a Hayek, economistas del estilo de Friedman y neoliberales como Nozick, entre otros, para quienes la evolución y las transformaciones internas del Estado Social condujo a una crisis crónica sin más salida que su repliegue a las fronteras naturales del Estado liberal. (Ibíd.: p.249)

Desde una perspectiva económica, se acusó al Estado social de ser el responsable de la recesión y de la inflación, del desempleo, de la crisis fiscal y del aumento sin límite de la deuda pública. Asimismo, de ser responsable de fomentar un excesivo crecimiento de la burocracia, que se convirtió en un grupo capaz de condicionar la política del gobierno y de los grupos de presión que crecieron de tal manera que el Estado se encontró sobrecargado con demandas imposibles de satisfacer. El abanico de derechos sociales se extendió y los ciudadanos esperaron que los gobiernos se responsabilizaran e intervinieran en sectores más amplios de la sociedad pero al mismo tiempo le pedían la reducción de los impuestos y la contención de los precios. (Ibídem)

Este aumento de capacidad estatal, en opinión de los monetaristas y los economistas de la teoría de la libre elección pública, no se realizó en base a la idea de un interés general o de principios éticos altruistas, sino que la actuación del Estado depende de lo que se llama el “mercado político”, es decir, este Estado es responsable, en la medida que responde a principios electorales o mecanismos de lucha política entre partidos. (Ibíd.: p.250)

En este sentido, la denuncia que se hizo, no solo hace referencia a que haya crecido el poder estatal, sino a que su ejercicio y su responsabilidad estén en relación directa con la capacidad de los gobernantes y de los partidos políticos para generar expectativas en

amplios sectores de la población. Además, el mercado político, no podía olvidar las demandas constantes de grupos de intereses bien organizados que exigen al Estado que vele por esos intereses, es decir, que haga todo lo posible por el logro de mayores beneficios de estos grupos privados y consolide sus expectativas de dominación.(Ibídem)

Estas críticas, van dirigidas a enlazar el crecimiento desmesurado de las competencias del Estado con la extendida insatisfacción que produce entre sus ciudadanos su mala gestión y sus muchas fallas. El Estado gestiona competencias relacionadas con la sanidad, educación, transporte y comunicación, financia proyectos contra la discriminación, la pobreza y la marginación, dirige y regula buena parte del mercado nacional y al mismo tiempo, es productor de bienes y servicios con sus empresas públicas y otras numerosas competencias. (Ibíd.: p.251)

De esta manera encontramos en el Estado Social, una naturaleza dual, por un lado, es un Estado distribuidor, que busca el bienestar social general a través de una variedad de estrategias políticas y por otro lado, es un Estado patrono o empresario. (Ibídem)

Ello ha generado que el Estado tenga una participación activa en numerosos proyectos y programas, convirtiéndose en planificador de la vida económica, pero con una actividad más ineficaz que la del mercado mismo, la que coarta el libre despliegue de las capacidades individuales de los individuos y posibilita su intromisión constante en la sociedad civil. (Ibídem)

De esta manera, el Estado termina sobrecargado e incapaz de actuar, intentando satisfacer una serie de demandas que exceden a sus capacidades. Por lo mismo, tenderá a ser más autoritario, lo que conduce a la ruptura del consenso social o bien a ser más democrático, transformándose también en más ineficiente. Por lo mismo, quienes formulan estas críticas manifiestan la necesidad de limitar la actividad estatal y dejar los problemas de eficiencia en manos del Estado. (Ibíd.: p. 252)

Asimismo, también se han dirigido críticas a otros aspectos que escapan a lo económico y que apuntan a los aspectos políticos y jurídicos del Estado social. En opinión de Hayek, el Estado social quebranta sistemáticamente el valor libertad por medio de actividades interventoras que coartan las formas democráticas de participación política, violando

importantes principios jurídicos, como la autonomía de la voluntad, el de legalidad, jerarquía normativa, entre otros. (Ibíd.: p.254)

Para el pensamiento liberal contemporáneo, el Estado social es incompatible con el imperio de la ley y el Estado de derecho. En primer lugar, en opinión de Hayek, el gobierno incumple sistemáticamente con el principio básico de respetar la libertad individual y el establecimiento de un ámbito reservado y protegido, propio de cada ser humano y en segundo lugar porque, para imponer sus medidas socializantes, implementaría una creación acelerada de normas reglamentarias violando el principio de la legalidad. De esta manera el Estado social, en su intento de asegurar una igualdad económica entre todos los ciudadanos y una justa distribución de la riqueza ha utilizado mecanismos de planificación de la economía y ha propuesto medidas de carácter fiscal de usurpación de bienes y propiedades. (Ibíd.: pp.256-257)

Asimismo, también se ha criticado el Estado social por lesionar principios y valores propios de la tradición occidental, que sirvieron como base al desarrollo de nuestra civilización. La nueva derecha americana pone énfasis en señalar los efectos que el crecimiento del Estado y sus incapacidades, han tenido en valores tradicionales, especialmente los que rodean a la familia como institución. De esta manera, envuelve su discurso con alegatos en favor de la moral burguesa, de la ética protestante del trabajo, del cálculo mercantil, y de las bondades de la sociedad capitalista, confiando en los viejos controles individuales antes que en los controles estatales. Defienden una vuelta a estos valores, lo mismo que al Estado Liberal, como una forma de regeneración moral imprescindible para un nuevo progreso, lo que conduce a la marginación de amplios sectores de la población que, en el caso de Estados Unidos, son amplias mayorías, negros, hispanos, gays, lesbianas, entre otros. (Ibíd.: p.259)

Para sus opositores, el Estado Social amenaza el principio de la libertad tanto individual como política, a causa de las extralimitaciones y el aumento del poder que implica la ejecución de sus políticas sociales y sus proyectos de mayor bienestar para todos, generados a través de las innumerables presiones de los grupos sociales que lo apoyan y que quieren ver satisfechos sus intereses particulares. Asimismo, al no guiarse por las reglas generales acaba dirigiendo la vida política de acuerdo con los intereses particulares de los más



poderosos y desestabiliza el sistema económico y social al impedir que la distribución de bienes y recursos se realice de manera natural y espontánea a través del mercado. Su función estatal, de proporcionar bienestar es ineficiente, toda vez que la burocracia y los servicios sociales, no responden a los deseos de los ciudadanos, porque en su trabajo no existe competencia que es la clave del éxito económico y porque de todas formas, los programas públicos presentan claras limitaciones en su configuración y materialización. Asimismo, se olvida de otros procedimientos y sistemas de obtención de bienestar como la familia, el voluntariado y el mercado; las actuaciones del Estado perjudican a la gente, al potenciar la dependencia estatal de los individuos y al inducir así a la desmoralización general y a la irresponsabilidad en detrimento de las viejas virtudes públicas. (Ibíd.: pp. 260-261)

Desde hace algunos años, se viene proponiendo que el Estado Social debe reestructurarse en sus fines, tomando como punto de partida no un Estado Social asistencialista sino que debe constituirse como uno desarrollista, el cual no tenga como objetivo exclusivo el fin de la pobreza y el asistencialismo mínimo, sino el desarrollo de la capacidad de autonomía y la plena realización de la persona en la sociedad. (Espino, 2015: p. 70)

Este nuevo modelo de Estado Social desarrollista, debe retomar los fines que le dieron origen como también instalar a los derechos sociales en el centro de la acción estatal, garantizando su eficacia progresiva ante las nuevas circunstancias. (Ibíd.: p.71)

Este Estado, debe contar con los fundamentos ideológicos, jurídicos y políticos para enfrentar la nueva cuestión social, originada por nuevas manifestaciones de exclusión y desventaja social, producto de la economía global. (Ibídem)

El tránsito del Estado social asistencialista hacía uno desarrollista implica a su vez, un cambio de concepción antropológica, donde ya no conversamos de un hombre desvalido que requiere asistencia, sino de uno que posee potencial para su autodesarrollo y que requiere incentivo. Ello trae aparejado un cambio de concepción en la noción de justicia en el seno del Estado social, donde se traslada de una visión de justicia distributiva a una que contemple además la justicia compensatoria, que busca colocar en pie de igualdad, a las

personas que por circunstancias personales no se pueden ayudar a sí mismas frente a otras que sí están en pleno uso de sus capacidades. (Ibíd.: p.72)

En este contexto, España y algunos países europeos, han experimentado este cambio.

En el caso de España, el Estado social se configuró como un Estado intervencionista cuya función principal fue la de garantizar a sus ciudadanos una creciente cantidad de derechos que se mantenían para siempre en su favor y cuyo costo venía dado por impuestos altísimos que se imponía a su población con el objeto de garantizarlos. (Rojas, 2012: pp. 7-8)

Como consecuencia de ello, el individuo perdió el incentivo a trabajar, toda vez, que los impuestos altísimos castigaban fuertemente las utilidades del trabajo. Asimismo, las regulaciones defensivas relativas al mercado laboral empezaron a sancionar al hombre emprendedor, de manera que dejan de surgir nuevas empresas, limitándose el Estado a distribuir la riqueza existente y no fomentar la generación de nuevas fuentes de capital. (Ibíd.: p.8)

De esta manera, surge una verdadera cultura de derechos adquiridos que no tiene ninguna relación con el esfuerzo, en la que se pierde el vínculo entre lo que se hace y lo que se logra, y en la que las nuevas generaciones son conscientes que no deben realizar ningún esfuerzo pues el Estado estaba a cargo de su bienestar y de la satisfacción de sus necesidades. (Ibídem)

Estos ciudadanos, son los que posteriormente como consecuencia de la crisis económica que afectó a Europa en el año 2008, pasan a denominarse “indignados”, quienes exigen por parte del Estado la satisfacción de derechos que éste ya no les puede garantizar, transformándose en las víctimas de las promesas de un Estado incapaz de cumplir su función principal. (Ibídem)

Esto fue el panorama general de Europa Occidental, en la que Europa del Sur cayó en una profunda crisis en cambio Europa del Norte, siguió manteniéndose a flote. La razón que se ha esgrimido, para explicar esta situación viene dada por el hecho que Europa del Norte se expandió mucho antes que la del Sur, experimentando primero todos aquellos problemas que afectaron posteriormente a Europa del Sur, a vía de ejemplo Suecia un país

pionero en esta materia, hace más de 20 años había experimentado la crisis que afectó a España e Italia en el año 2008. (Ibíd.: p. 9)

Europa del Sur, estaba constituida por países que habían adoptado en los años 90 un modelo social que se expandió de manera rápida apoyados en una aparente solidez financiera y seriedad fiscal en países que nunca la habían tenido y por una recesión económica en Alemania que presiono las tasas de interés a la baja, lo que permitió a estos países disponer de dinero abundante y barato, con tasas de interés que reducían el costo del crédito a cero (Ibídem).

De esta manera, la sociedad fue concebida como una gran fábrica social con su centro directivo y planificador en el aparato del Estado. El resultado fue la construcción de grandes sistemas de servicios públicos que organizativamente replicaban los rasgos distintivos de las industrias de producción en masa, con su centralización jerárquica, sus planificaciones tecnocráticas, sus cadenas de comando, sus productos estandarizados y el papel pasivo del consumidor que era el eslabón final de una larga cadena de decisiones. Este tipo de producción a gran escala así como la sociedad cada vez más homogénea que se desarrolló en torno suyo, ha sido denominada fordismo, aludiendo al arquetipo de producción y consumo estandarizado creado por Henry Ford a comienzos del siglo XX. (Rojas, 2011: p. 92)

En política social, este arquetipo tuvo su réplica en los grandes planes y organizaciones estatales creando soluciones cada vez más estándar para ciudadanos estándar. Este modelo social fordista, alcanzó su cumbre en sociedades con Estados centrales más fuertes y poblaciones étnicas y culturalmente más homogéneas. En realidades políticas como la española fueron los gobiernos locales los que asumieron el protagonismo organizativo del modelo fordista. El criterio dominante en este modelo, fue la eficiencia y la igualdad que podía lograrse mediante las soluciones estándar, pero escondía una evidente voluntad normativa de parte de las instituciones políticas respecto de la diversidad ciudadana. (Ibíd.: p. 93)

Por su parte, el sector público al tratarse de un sector no acostumbrado a la presión de la competencia ni dependiente de la libre elección de sus usuarios pudo mantener modelos anacrónicos y eficientemente cuestionables. Mientras, los ingresos tributarios fueron

abundantes y la regulación les aseguró su posición monopólica, no se presentaron problemas, sin embargo, producto de la crisis que vivió Suecia en los años 90 y España el 2008 hasta el día de hoy, les obligó a repensar todo, ya que el impacto negativo de su ineficiencia se iba incrementando y acumulando. (Ibíd.: p.94)

En el caso específico de España, se ha visto que éste país adolece de problemas estructurales serios que se han ido agravando al progresar la globalización y la revolución organizacional propia de la era de la información. Por lo mismo, se ha propuesto la necesidad de una transformación que parta de la interacción de dos fuerzas propulsoras de cambio, una que actúe desde el lado de la demanda y otra desde la oferta de los servicios públicamente garantizados. Por el lado de la demanda, tenemos la libertad ciudadana de elección, esta libertad debe ser incluyente y equitativa, asegurándoles a todos los ciudadanos el acceso a los servicios de bienestar mediante una garantía de financiamiento público total o parcial, que puede realizarse mediante bonos de bienestar u otros mecanismos parecidos. Por el lado de la oferta, tenemos la ruptura de los monopolios públicos de gestión. Esta sería una condición, sine qua non, para que la libertad de elección sea real y tenga un verdadero impacto sobre la conformación de los servicios ofrecidos. Para ello, debe abrirse su abastecimiento a una oferta plural bajo un régimen de libertad de emprendimiento y competencia, ello exige a su vez, una significativa desregulación del suministro de los servicios garantizados públicamente a fin de que su oferta pueda diversificarse y adecuarse a una demanda ciudadana cada vez más diversa. (Ibíd.: p.95)

En este escenario, se hizo imprescindible invertir la relación entre el Estado y la sociedad civil, donde la función fundamental del Estado debe ser fomentar, apoyar y regular este proceso, garantizando mediante su apoyo financiero el acceso de todos los ciudadanos a los servicios de bienestar. Esto implica una reducción notable de algunas funciones del Estado actual, pero también el aumento de otras. En particular, aquellas relacionadas con el control de los servicios ofertados y la existencia de una transferencia que permita al ciudadano hacer una elección informada de los servicios que demanda. Asimismo, los cargos de trabajo en los servicios públicos solo deberían depender de la demanda ciudadana y del dinero que ella trae consigo. (Ibídem)

Éste, fue el camino que siguió Suecia para salir de la profunda crisis que lo afectó en los años 90, donde se abordó la situación fiscal apremiante y se realizó un gran esfuerzo de austeridad. Para ello, se logró un consenso que sumo a los actores sociales fundamentales, en especial a los sindicatos. (Ibíd.: p.96))

Los principales puntos de esta reforma fueron: Pasar de la gestión pública a la responsabilidad pública, de esta manera el Estado deja de decidirlo, hacerlo y financiarlo todo, para transformarse en el garante de que a nadie le falte una cierta gama de servicios vitales para asegurar la igualdad de oportunidades entre sus ciudadanos; Romper el monopolio público, sobre los servicios de bienestar abriéndose a una pluralidad de proveedores y a un régimen de competencias entre ellos, incluyendo a empresas con ánimo de lucro; Reemplazar la asignación administrativa por la libre elección y el empoderamiento ciudadano, mediante un sistema de bonos de bienestar o el pago de servicio ofertado, los que toman en consideración una serie de variables para asegurar una verdadera igualdad de oportunidades. De esta manera, asegura una libertad de elección igualitaria al prohibir; taxativamente, cualquier cobro extra que encarezca la prestación de que se trate respecto de la oferta de las entidades de gestión pública, esto implica, una plena gratuidad en la educación y copago igual en casi todo el resto de los servicios prestados; Pasar de la opacidad a la transparencia, dándole al ciudadano plena información sobre los resultados y grados de satisfacción de los distintos servicios ofertados por los diversos proveedores públicos o privados, esto es fundamental, para que la demanda ciudadana sea informada. Sin embargo, ha sido uno de los aspectos de la reforma más resistidos tanto por las profesiones involucradas como por las instituciones que proveen un servicio dado, existiendo amplias guía informativas para facilitar la libertad de elección y además diversas formas para darles publicidad y defender las reclamaciones ciudadanas, entre ellas mediante diversos ombudsman. (Ibíd.: p.97)

Todos estos cambios, no fueron implantados de una sola vez, sino que fueron el resultado de un proceso inicial de experimentación regional o local, que luego se consolidó mediante leyes de alcance nacional, esto ha permitido que la implementación de las reformas fuera muy dispereja en diversas zonas del país. Una excepción fue el bono escolar establecido en 1992 para toda la educación básica y en 1993 para la secundaria. Para

materializar estos cambios, se alejaron de la metodología tradicional del Estado Social, donde esto se llevó a cabo a través de grandes reformas organizativas elaboradas y ejecutadas desde arriba, desde los centros políticos de decisión y sus aparatos tecno-burocráticos por la creación de un marco legal que posibilite la disposición de recursos a favor de los ciudadanos siendo la demanda efectiva de los ciudadanos por unos u otros servicios, tal como en los mercados abiertos y competitivos los que han determinado el ritmo y la orientación del cambio. (Ibíd.: pp. 97-98)

La experiencia de Suecia, demuestra que el Estado Social del futuro debe ser un Estado posibilitador de la iniciativa ciudadana. El Estado se pone al servicio de la sociedad rompiendo las tendencias organizativas básicas de la sociedad dando paso al pluralismo y a la descentralización (Ibíd.: p. 98)

De esta manera, el Estado sigue cumpliendo funciones importantes pero no de manera excluyente y paternalista propia del Estado Social sino que lo hace como un Estado posibilitador, que hace posible el acceso de sus ciudadanos a una serie de servicios sin coartar la libertad ciudadana, a través de la complementación entre el Estado, la sociedad civil y el mercado, una universalidad focalizada en torno a los servicios básicos de bienestar, impuestos relativamente altos, libertad de elección con financiación estatal, diversidad creciente pero regulada por los requisitos de financiación pública, una redistribución fundamentalmente orientada a crear igualdad de oportunidades. (Rojas, 2007: p. 79)

Para analizar estos cambios, es pertinente considerar por separado cada una de las cuatro funciones básicas de la organización de los servicios del bienestar: demanda y oferta, financiación y regulación/control. (Ibíd. p. 73)

A nivel de la demanda y oferta, es posible observar que se han otorgado a los ciudadanos un poder antes impensable sobre sus decisiones básicas de consumo de servicios de bienestar. La libertad de elección, ha sido ampliamente reconocida como principio fundamental de una sociedad que respeta el derecho de cada individuo a tomar con libertad las decisiones importantes de su vida, ejemplo de ello, es el sistema de vouchers o cheques de educación implantado ya en 1992 por el gobierno de Bildt y que hoy rige para toda la educación básica y secundaria del país. Este sistema, otorga a padres e

hijos el derecho a elegir la escuela de su preferencia ya sea dentro del sector escolar público o entre las así llamadas escuelas independientes y ha ido acompañado por una amplia libertad de establecer escuelas independientes, con o sin fines de lucro, y de competir, en condiciones bastante justas, con el sector público. (Ibíd. p.74)

Las escuelas independientes, que son controladas por la Superintendencia de Centros Educativos, gozan de una libertad pedagógicamente bastante amplia y deben estar abiertas a toda la población, no pudiendo seguir prácticas discriminatorias injustificadas en la selección de sus alumnos ni cobrar suplementos al cheque escolar que las escuelas reciben. (Ibídem)

Este cambio, en el sector de la educación ha sido reproducido de diversas formas en otros sectores. Cada vez, son más los municipios que organizan sus servicios a través de sistemas de vouchers, desde el cuidado de niños en edad preescolar hasta la atención a los ancianos. Al mismo tiempo, existe hoy en el sector de la salud una amplia aceptación tanto del principio de la soberanía del consumidor como de la participación del sector empresarial como proveedor de servicios sanitarios dentro del sistema físicamente financiado de salud. De esta manera, se ha formado una amplia red de colaboración pública-privada, que abarca a más de tres mil proveedores privados de servicios de salud que van desde microempresas hasta grandes consorcios transnacionales y a la que todos los pacientes tienen acceso, sin que ello les implique costos adicionales fuera del copago que rige a todo el sector de la salud. (Ibíd.: p. 75)

En lo referente, al financiamiento de los servicios básicos, la regla sigue siendo un estricto financiamiento público directo (vía asignación presupuestaria pago a la firma licitadora) o indirecto (vía vouchers) que excluye la posibilidad para el consumidor de pagar extra por un acceso preferencial a algún servicio o para obtener un servicio de mayor calidad. Esto no excluye, un cierto cobro por los servicios recibos, por ejemplo de salud, donde el copago es la regla, pero ese cobro tiene que ser igual para todos e independiente de quién preste el servicio en cuestión. La finalidad es resguardar un acceso relativamente igualitario a los servicios básicos de salud, educación y bienestar en general. A ello, se agregan también, las vías paralelas de acceso a los servicios como en el caso de la salud con

el fin de protegerse de las ineficiencias y largos tiempos de espera que pueden afectar a los servicios públicos. (Ibíd.:p.76)

En cuanto a los seguros de paro y enfermedad así como las pensiones, está creciendo el financiamiento complementario a través de seguros privados ofrecidos por los sindicatos, las empresas o directamente a los individuos por diversas compañías aseguradoras. Esto ha creado un sistema de seguridad social que paulatinamente se está haciendo menos igualitario, ofreciendo a sectores cada vez más amplios una compensación por aquellos niveles de seguridad económica y bienestar que el Estado no es capaz de brindar. (Ibídem)

Respecto a la función reguladora y de control, ha surgido una multitud de productores que compiten entre sí y en los cuales hay mucha participación de privados, en los que la economía busca abrirse al sector empresarial y crear condiciones semejantes a las de un mercado competitivo. (Ibíd.: p.78)

España, está todavía muy lejos de alcanzar los avances de Suecia, sin embargo ha ido enfrentando el desafío de reformar el modelo de Estado Social, en el marco de la Estrategia Europa 2020, que busca que la Unión Europea posea una economía inteligente, sostenible e integradora: inteligente a través del desarrollo de los conocimientos y de la innovación; sostenible, buscando un crecimiento que se base en una economía más verde, más eficaz en la gestión de recursos y más competitiva; e integradora, esto es, orientada a reforzar el empleo, la cohesión social y territorial. (Recari, 2014: p.27)

Esta estrategia, se impuso a principios del 2010, con la intención de mejorar la competitividad de la Unión Europea, manteniendo el modelo de la economía social de mercado y utilizando de manera mucho más eficiente sus recursos. Cuatro años después, informes europeos recogen los retos a los que se enfrentaba la Unión Europea, en el año en que se impuso la estrategia, los que al día de hoy se han intensificado, con el objeto de alcanzar esta necesaria transformación. (Ibídem)

#### 4. DERECHOS SOCIALES

El surgimiento de los derechos sociales, representa un cambio profundo respecto a la concepción que sobre los derechos se tenía en el primer liberalismo y que supone una



modificación substancial en relación al entendimiento del papel del Estado. (Carbonell, 2008: p.55)

Hoy en día, a los derechos sociales se les reconoce el carácter de derechos subjetivos, siendo su objeto prestaciones positivas fácticas del Estado, entre ellas las de alimentación, salud, educación, trabajo, vivienda y seguridad social. (Arango, 2015: p. 1677)

Fernando Atria estima que esta concepción tradicional, es errada, pues los derechos sociales no se pueden equiparar a la categoría de derechos subjetivos. Este autor plantea, que el concepto de derecho subjetivo hace referencia a la idea de que lo que es justo dar, hacer o no hacer al titular del derecho puede determinarse con independencia de consideraciones substantivas de índole general. Por eso, los derechos triunfan sobre consideraciones de utilidad general o aspiraciones comunitarias. El mayor bienestar social o aspiración comunitaria no puede constituir una razón que triunfe sobre un derecho. Esto es lo que “tener derecho a.....”, significa en el juego de lenguaje del derecho. El comprador demandante no necesita probar, para obtener en el juicio, que la sociedad como un todo estará mejor si su demanda es acogida, y el vendedor demandado, no puede oponer una “excepción de bienestar general”, para excusarse del cumplimiento. (Atria, 2004: p.39)

Los derechos sociales, fueron presentados como derechos, porque los fines colectivos o comunitarios que los justifican no pueden vencer a los derechos individuales si no están expresados en el lenguaje de los derechos. Sin embargo, al establecerse de esta manera, las ideas comunitarias en la que descansan desaparecen y la demanda es entendida como una de los individuos en contra de la comunidad (Ibíd.: p.40)

Para explicar lo anterior, comenta las ideas de tres autores argentinos, Abramovich y Courtis en su libro, “Los derechos sociales como derechos exigibles” y Rosenkrantz con “La pobreza, la ley y la constitución”. Para Atria, estos tres autores comparten la idea de que los derechos sociales sólo son plenamente reconocidos cuando son jurisdiccionalmente protegibles. (Ibíd.: p. 52)

De esta manera, considera jurídicamente impecable, la posición de Abramovich y Courtis, en lo que se refiere, a que los derechos sociales al ser derechos, deben ser entendidos conforme a la técnica de los derechos subjetivos, por lo mismo, deben poder ser

reclamables y tan accionables como los derechos civiles y políticos. Esta accionabilidad viene dada por el hecho, que sean reconocidos por el sistema jurídico de los derechos con prescindencia de si son sociales o no. Sin embargo, los crítica a su vez, pues de acuerdo al argumento de estos autores, los derechos sociales no pueden ser completamente exigibles, porque en una medida importante, ellos dependen de sistemas que el juez no puede, crear. (Ibíd.: pp. 43-44)

Siguiendo esta idea, para que la violación a un derecho social pueda ser directamente invocada ante un tribunal, es necesario que ella sea reformulada en términos de violación individualizada y concreta, a vía ejemplar, en el caso del derecho a la salud, que consistía originalmente en garantizar un nivel de atención de salud a todos, se convierte en un derecho individual alegado por el demandante de que se obligue al Estado a dar una determinada prestación de salud, sin que las necesidades de los otros puedan ser relevantes. Por lo mismo, lo que llega al tribunal no es un derecho social, sino una demanda privada, que ya no expresa la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de ésta, a través de la pretensión del demandante de que su interés sea atendido, aún a costa del interés de los demás. (Ibíd.: pp. 45-46)

Por otro lado al analizar a Rosenkrantz, quien manifiesta que bienes como la salud, educación, vivienda y trabajo no pueden ser protegidos constitucionalmente por derechos sociales, a menos que estemos dispuestos a poner en peligro todo el sistema de derechos fundamentales, insta, a que de aceptarse esta tesis, nos encontraríamos con una constitución en la que los derechos sociales no serían reconocidos, lo que implicaría enfrentarnos a una constitución de derecha, lo que necesariamente llevaría a concluir que el discurso político es parasitario del discurso jurídico y que el lenguaje del derecho es el lenguaje de la política, y en un escenario como el que plantea Rosenkrantz, la promesa de los derechos sociales debería ser ignorada (Ibíd.: pp. 47-48 )

Sostener lo anterior, demuestra de modo evidente el efecto político del discurso jurídico, que hace ininteligible la pretensión socialista de un nuevo modo de comunidad, originalmente expresado en el lenguaje político de los derechos, lo que además impone una concepción liberal de los derechos. De esta conclusión, surge el argumento más fuerte de Rosenkrantz, en contra de la constitucionalización de los derechos sociales, una objeción

que él denomina epistémica y que se basa en el hecho de que hay desacuerdo sobre los derechos sociales. Dado este desacuerdo, insistir en la constitucionalización de los derechos sociales excluye a quienes creen en los ideales comunitarios que justifican los derechos sociales, pues sus opiniones políticas sobre la comunidad no pueden producir resultado político alguno, porque el lenguaje que deben usar para expresarlas los obliga a traicionarlas. En una sociedad que constitucionaliza los derechos sociales, se excluye la opinión socialista cuyo alegato solo puede ser formulado en el lenguaje de los derechos subjetivos si es distorsionado y transformado en un alegato distinto, que sería el liberal. (Ibíd.: p. 50)

Para Atria, el discurso jurídico no puede acomodar los derechos sociales como puede acomodar los derechos civiles y políticos. Pues aun cuando el concepto mismo de derecho subjetivo implica que el interés individual que el derecho protege, triunfa sobre las aspiraciones comunitarias, pues quien reclama un derecho se separa de la comunidad y afirma su derecho aun en contra de ella si es necesario, implica que concebir la política como estructurada fundamentalmente por la idea de derechos subjetivos, por humanos que sean, es rechazar la idea de una forma de asociación en la cual las personas se relacionan unas con otras no como agentes autointeresados sino unidos por vínculos de solidaridad y reciprocidad. (Ibíd.: pp. 51-53)

Por lo mismo, la idea de comunidad a la que apela la idea de derechos sociales, en tanto conquista clamorosa de la izquierda, no puede ser juridificada sin ser desnaturalizada. Los derechos sociales apelan a una idea de comunidad cuyo requerimiento central es que a las personas les importe y, cuando sea necesario y posible, se preocupen de la suerte de los demás. (Ibíd.: pp. 53-54)

El origen de esta situación viene dada en el hecho, que en Latinoamérica, a mediados del siglo XX, surgen las constituciones denominadas sociales, las que derivan de las constituciones sobrevivientes del siglo XIX que eran Constituciones liberales o conservadoras hostiles a la reforma social. Sin embargo, a pesar de sus serias incapacidades, consagraron una serie de instituciones jurídico políticas con amplia capacidad de acción, en las que se hizo un injerto de derechos sociales en sus cuerpos normativos. (Gargarella, 2005: p. 67)

De esta manera, los derechos sociales incumplieron sus desmedidas promesas de vivienda digna, retribución justa, participación en las ganancias de la empresa, para quedar expresados en tibias mejoras a situación de los grupos más desventajados. Esto explicaría porque la rama del poder menos democrática en su origen y más alejada del escrutinio popular, tuviera a su cargo la última palabra en materia de derechos, lo que definiría la muerte anunciada de los derechos sociales. Lo que no significa que no pueda haber jueces probos y jueces progresistas, activistas del cambio social, sino que la estructura judicial no se encuentra bien preparada para receptorlo o impulsarlo. (Ibíd.: pp.67-68)

Desde esta perspectiva, los derechos sociales, son entendidos como “ciertos aspectos del bienestar de cada uno que son responsabilidad de todos”. Se trata de derechos estrictamente políticos que descansan en la idea de realización recíproca. Por lo mismo, el progresista que pretende la exigibilidad judicial de los derechos sociales, incurre en un error, ya que la propia estructura de los derechos sociales impide que estos sean tratados como si tuvieran la misma estructura que los derechos de matriz subjetiva. (Solari y Viera, 2015: pp. 16-19)

En definitiva, esta crítica va dirigida a la estructura individualista de los derechos sociales construidos subjetivamente, a los que su justiciabilidad in concreto transforma o acuña como derechos que protegen el interés individual (Ibíd.: p.45)

No obstante, esta opinión, no se debe perder de vista que los derechos han nacido en momentos históricos muy especiales y que éstos luego de su nacimiento han sido capaces de adquirir vida propia, independizándose de las limitadas aspiraciones de sus creadores, arrasando incluso los propósitos para los cuales habían sido diseñados, por ejemplo, los mismos derechos que habían sido creados con el objeto de custodiar la propiedad, se libraron de aquellas pretensiones y pasaron a ser empleados como herramientas en pos de la limitación o redistribución de la propiedad, lo mismo que derechos destinados a custodiar los intereses de los más poderosos pudieron transformarse para socavar esos intereses. Hoy, por ejemplo, los derechos humanos constituyen un poderosísimo instrumento en manos de los más desventajados, que a través de los mismos pueden llegar a poner contra la pared o detrás de las rejas a militares autoritarios o prepotentes millonarios. Dicha parcial reconversión se consiguió gracias a la apelación universalista de estos derechos y al

carácter interpretativamente incierto de los mismos. La tarea de interpretar que es lo que significan realmente los derechos incorporados en la Constitución es una que excede a sus propios autores. Por tanto, los derechos pueden tener más potencia que aquella que se les asigna. (Gargarella, 2004: p.63)

## CAPITULO II

### LA FÓRMULA POLÍTICA EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

#### 1. EL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA CHILENA

Salvo el caso del artículo 10 N° 10, inciso 2°, de la Constitución de 1925, la historia constitucional de nuestro país, se ha caracterizado por no entregar al Estado un rol social. (Viera, 2014a: p.470)

El mencionado artículo, señala: “El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exige el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”.

Esta norma, más que un reconocimiento de un modelo de Estado Social en Chile, es una excepción que viene dada, por las circunstancias particulares de la época, consistentes en una creciente democratización y una ingerente actividad económica del Estado (Ibídem).

Fuera del caso anterior, no existen en nuestra historia constitucional otras referencias al reconocimiento de un rol social por parte del Estado.

Hay autores, sin embargo, que han creído ver en el capítulo relativo a las Bases de la Institucionalidad, de nuestro texto constitucional, una recepción del Estado Social. (Ibíd.: p.471)

Para el profesor Enzo Solari Alliende, en la historia constitucional chilena pueden encontrarse antecedentes del Estado Social de Derecho, desde que en la convocatoria del Primer Congreso Nacional se dijera que los representantes de todas las provincias y partidos deben “...fomentar los arbitrios que den ocupación a la clase menesterosa del pueblo, que la hagan virtuosa, la multipliquen y la retengan en la quietud y tranquilidad de que tanto depende la del Estado...”, hasta el inciso II del artículo 10 de la Constitución de 1925 con la inclusión de todas las reformas previas al quiebre de la democracia chilena...” (Solari, 1993: p. 336).

Los elementos del Estado social de Derecho en la Constitución de 1980, para Solari, están constituidos por: (Ibíd.: pp. 337-344)

#### 1. El mandato social y económico dirigido al Estado.

Para este autor, el artículo 1º, es una norma excepcionalísima, que se ubica dentro de un capítulo constitucional cuya reformabilidad es de sobremanera difícil.

Ninguna norma constitucional, escapa de la primacía del artículo 1, la que está dotada de una validez inmediata y privilegiada, que vincula no solo a personas y grupos, sino que a todo órgano del poder público, constituyendo una verdadera pauta para la interpretación de toda la Constitución, y en consecuencia de todo el ordenamiento jurídico.

Para Solari, el inciso 4 de este artículo, permite afirmar que la Constitución chilena impone al poder público una responsabilidad social, en vista de la igualdad y de planificar y participar del proceso económico en vista de la redistribución.

Esta norma, tiene un fundamento cristiano, que impone al Estado, la obligación de asumir las consecuencias sociales que emanan de la dignidad humana a través de la promoción de la justicia en los diversos ámbitos de la sociedad.

En este inciso, la Constitución impone al Estado la obligación de contribuir a crear condiciones sociales, que permitan la realización plena de todas las personas. En cumplimiento de esta responsabilidad, el poder público debe actuar subsidiariamente y velar por que las necesidades humanas sean satisfechas, con pleno respeto a las garantías constitucionales.

Para este autor, toda esta argumentación esta reafirmada por los precedentes históricos, que permiten aseverar que el inciso IV del artículo 1º, efectúa un mandato social y por el inciso V que concreta en deberes estatales, las afirmaciones contenidas en los demás incisos del artículo 1º.

#### 2. La función social de los derechos individuales y los derechos sociales.

Para Solari, las normas que atañen a los derechos sociales y a la función social de los derechos individuales son las de los artículos 5 inciso 2º, 19 N°8, N°9, N°10, N° 18, N° 20, N° 22, N°24 y artículo 20.

Para este autor, en nuestro texto constitucional hay dos hechos claramente indudables: 1. Nuestra Constitución, recoge una serie de derechos sociales y consagra la función social de la propiedad privada y 2. El catálogo de garantías constitucionales propicia notoriamente, en el campo económico, la libre expansión individual y la contención estatal, haciendo suyas las pretensiones básicas del liberalismo económico.

Tras realizar un análisis de los artículos 19 N° 21 en relación al N° 24 y 23, y del N° 16 en relación al N°26, concluye que la función social de los derechos individuales y los derechos sociales es un elemento que está presente en la Constitución.

Solari sostiene, que hay que recordar que el Estado Social de derecho, es un tipo estatal capitalista, por lo mismo es normal que la Constitución recoja, una serie de derechos económicamente liberales y los proteja con rigurosidad, como ocurre en nuestro texto constitucional.

En los incisos 2° del artículo 21 y 1° del N° 22 del artículo 19, se establece el mandato social y económico dirigido al Estado.

El primer numeral, aborda la actividad empresarial del Estado limitándola y regulándola rigurosamente. El segundo, tiene una clara fundamentación social que se manifiesta al expresar, que el trato dado por el Estado y sus organismos en materia económica no puede implicar una discriminación arbitraria.

Para Solari, estas dos normas, permiten afirmar que las garantías económicamente liberales son perfectamente compatibles con las tareas sociales y económicas de un Estado Social.

Asimismo, son argumentos que reafirman que en nuestra Constitución se consagra un Estado Social, es el reconocimiento que ésta hace de una serie de derechos sociales consagrados explícitamente en ella aunque lo haga con alguna precariedad y el artículo 1°, como un contrapunto del mandato dirigido al Estado, pues a la finalidad estatal de promover el bien común, le corresponde la igual dignidad y los iguales derechos de los hombres. Es decir, la promoción estatal del bien común encuentra su correlato en unas pretensiones subjetivas en orden a la mejor realización posible, de las condiciones sociales que permitan a toda persona su mayor realización espiritual y material. Habiendo un



mandato social y económico dirigido al Estado habrá necesariamente pretensiones subjetivas. Y tales pretensiones, constituirán deberes estatales y no meras declaraciones programáticas, por cuanto hay un sujeto obligado y diversas prestaciones debidas, pero no hay un sujeto que esté en situación de exigir jurídicamente la realización de dichas prestaciones, pues no se trata de derechos subjetivos y su satisfacción va a depender de las capacidades económicas que tiene el Estado a cada momento.

Para este autor, tales derechos son estrictamente deberes estatales, pues su escasa protección hace que no tengan la exigibilidad de un derecho subjetivo y su consagración no se encuentra únicamente en el artículo 19, pues la sintonía que existe entre el artículo 1º y el 5º, permite ampliar el número de ellos.

Más allá de la opinión de Solari, si analizamos nuestro texto constitucional, se evidencia que en él, no solo no se ha consagrado un Estado social, sino que no obstante las reformas de las que ha sido objeto la Constitución, en ella sigue primando, una consagración de los derechos fundamentales como límites al Estado antes que como obligaciones de actuación. Los derechos de salud, educación y trabajo, son tratados en nuestro texto constitucional como libertades (de elección) y no como derechos de prestación por parte del Estado, exigibles directamente (Nash, 2011: pp. 77-78).

En este sentido, nuestra Constitución está muy lejos de consagrar un Estado Social, pues por un lado, no fórmula ninguna declaración en este sentido y por otro para que un Estado sea definido como social debe cumplir con ciertos propósitos que encarnen operativamente esa declaración, lo que en la especie no sucede (Viera, 2013: p.59).

La Constitución de 1980, privilegia la provisión de necesidades básicas a través de la acción privada, acción que el Estado, no sin problemas, y en el mejor de los casos solo regulará o supervigilará. (Lovera, 2009: p. 10)

En la Constitución chilena, se imponen ideas neoliberales muy ajenas al establecimiento de un Estado social y si bien, en el capítulo relativo a las Bases de la Institucionalidad, es posible evidenciar una cierta influencia de la filosofía cristiana, ello no permite concluir la existencia de un Estado Social en Chile (Ibíd.: p. 183).

## 2. DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1980.

La situación de los derechos sociales en Chile debe entenderse en el contexto de la política radical de privatización de los beneficios sociales impulsada por Pinochet, la que se ha mantenido hasta hoy, y ha permitido que los servicios de salud, educación y seguridad social dependan en gran medida, de empresas privadas. (Lovera, 2009: p. 11)

El artículo 19, de nuestro texto constitucional reconoce ciertos derechos sociales, los que tienen un énfasis en las libertades entendidas como protección frente a las omisiones efectuadas por el Estado, sin que exista un desarrollo en materia de derechos de participación y derechos sociales. (Nash, 2011: p.78)

Los derechos de salud, educación y trabajo son tratados principalmente como libertades de elección y no como derechos de prestación por parte del Estado. Los derechos de salud y educación aparecen en el texto constitucional como mandatos de organización y actuación del Estado, y no como derechos exigibles directamente, (Ibídem)

Se han esbozado como razones de esta configuración constitucional, el hecho que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), entendió los derechos sociales de acuerdo a la tesis más tradicional como derechos positivos, en oposición a los derechos negativos, es decir, se entendió a los derechos sociales como derechos cuya implementación requiere siempre y únicamente de la intervención gubernamental. En este sentido Enrique Evans, miembro de la Comisión, mientras discutía acerca del recurso de protección, manifestó: “Un derecho, para merecer la protección que estamos discutiendo debe ser una garantía a la cual se tenga acceso por el solo hecho de vivir en este territorio y que no dependa de las prestaciones que debe suministrar el Estado”. Evans, termina su intervención proponiendo la eliminación de los derechos sociales de la Constitución en tanto derechos, pues su satisfacción “corresponde a otros mecanismos, esencialmente administrativos”. (Lovera, 2009: pp.12-13)

Por su parte, Jaime Guzmán también miembro de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, al referirse al recurso de amparo, expresó: “Por su naturaleza propia, recursos como el de amparo u otros análogos solo pueden ser establecidos para ciertos derechos que, también por su naturaleza, sean susceptibles de ser protegidos por recursos

semejantes. Y, en ese sentido, estimó que con razón deben quedar excluidos todos los que se llaman derechos sociales o cuya atención en forma suficiente depende de alguna manera de la capacidad económica del Estado; están, en consecuencia, necesariamente restringidos por la naturaleza del derecho”. (Ibíd.: p. 13)

Por otra parte cuando la Constitución fue discutida y aprobada, por los miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y los revisores finales del borrador, esto es, la Junta Militar con Pinochet a la cabeza, fueron contrarios a cualquier forma de participación política. Una ciudadanía activa se percibía como una amenaza para la gobernabilidad del país, visión que se había construido sobre la base de erigir una fuerte crítica contra Salvador Allende. Dentro de este contexto, se decidió excluir estos derechos de cualquier clase de justiciabilidad. (Ibíd.: p.14)

En tercer lugar, la dictadura Militar produjo importantes efectos en la participación ciudadana. La figura del ciudadano político fue eliminada y reemplazada por los nuevos ciudadanos del mercado, que pasaron a ser miembros de grupos más grandes compuestos por otros individuos, cuyas necesidades debían ser resueltas por el funcionamiento perfecto del libre mercado. Esta política se ha mantenido, hasta el día de hoy. Los gobiernos de la Concertación, siguieron el modelo impuesto por Pinochet en base a la idea de que los mercados y la globalización eran las claves para que la población saliera de su condición de pobreza. En este escenario, los ciudadanos son llamados a formar parte del mercado, asociándose entre ellos para que su propio funcionamiento sea el que satisfaga sus necesidades, de esta manera cualquier beneficio procedente del Estado es percibido como una caridad y no como derechos a los que tenemos acceso en condiciones de igualdad. (Ibíd.: pp. 15-16)

### 3. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN CHILE

El Capítulo III de nuestro texto constitucional junto con establecer un catálogo de derechos, estatuye dos acciones constitucionales encargadas de entregar tutela judicial a las personas, estas son, la acción de protección y la de amparo. (Lovera, 2009: p. 9)

En materia de acción de protección, la nómina de derechos que protege solo incluye a aquellos de corte libertario o individual quedando excluidos aquellos que tienen un contenido económico, social y cultural, los que quedan desprovistos de toda tutela por parte de este recurso. (Ibídem)

Sin embargo, nuestros tribunales superiores de justicia y en especial la Corte Suprema, han tratado de dar debida tutela a situaciones abusivas en que en principio se invocan derechos no protegidos. Esto se ha logrado a través de la aplicación indirecta de otros derechos, recurriéndose de manera frecuente al derecho de propiedad y a la igualdad ante la ley (Navarro, 2012: p.630)

Así por ejemplo, en materia de derecho a la salud, el artículo 19 N° 9, garantiza el derecho a la protección de la salud, imponiendo ciertos deberes al Estado, tales como, el de protección de las acciones de salud, la coordinación y control de las mismas y el de garantizar su ejecución. Sin embargo, solo se limita a proteger el derecho a elegir el sistema de salud, ya sea público y privado, dejando desprovisto de acción a los particulares para exigir el efectivo cumplimiento de los demás deberes. (Ibíd.: p. 631)

En el caso, de la afectación del derecho a la salud, particularmente en el caso de las Isapres se ha recurrido al derecho de propiedad sobre los derechos que emanan de los contratos o a la no discriminación arbitraria. De esta manera desde 1989, se resolvía que la negativa arbitraria de una Isapre a otorgar la cobertura pactada contractualmente, importaba una privación de la legítima percepción de un beneficio pecuniario que se ha incorporado al patrimonio del recurrente (Ibídem)

Últimamente, han sido reiterados los fallos que han sancionado el término unilateral de los contratos de salud, el alza injustificada de los planes de salud o la negativa a cubrir cobertura, todo por parte de la Isapre respectiva. Es así como la Corte Suprema, en sentencia de 28 de enero de 2011, en causa Rol 601-2011, señala expresamente: “debe entenderse condicionada en su esencia a un cambio efectivo y plenamente comprobable del valor económico de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de los costos y no por un simple aumento debido a fenómenos inflacionarios o a la injustificada posición de que la variación puede estar condicionada por la frecuencia en el usos del sistema, pues es de la esencia de este tipo de contrataciones la incertidumbre acerca de su

utilización”. También agrega, que debe tratarse de una alteración “objetiva y esencial de las prestaciones, apta para afectar a todo un sector de afiliados o, al menos, a todos los que contrataron el mismo plan”. También se ha puntualizado que la facultad para determinar unilateralmente el precio de las prestaciones relativas a garantías explícitas en salud solo estará legitimada “cuando obedezca a una variación sobre la base de criterios objetivos de razonabilidad, servicio público y determinada en el costo de la cobertura de que se trata” (Ibídem)

De igual manera, en causa Rol N° 566-2011, la Corte Suprema manifiesta, que como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, las alzas por aplicación de las tablas de factores de edad y sexo carecerían de valor, toda vez que la columna vertebral del sistema de reajustabilidad por aplicación de las referidas tablas ha sido derogado (Ibídem)

Por otro lado desde el año 2006, la acción constitucional de inaplicabilidad se comenzó a perfilar como un recurso idóneo para la protección de los derechos sociales (Lovera, 2009: p. 22)

A mediados del año 2008, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia en la que restringió a las Isapres (Instituciones de Salud Previsional), su facultad de readecuar los precios por los planes de salud en contra de las personas que alcanzan una determinada edad (Ibídem)

La referida sentencia comienza diciendo, que los derechos sociales son derechos y no “simples declamaciones o meras expectativas” (Cons. 26°), cuya satisfacción no puede quedar exclusivamente supeditada a las posibilidades económicas del Estado, caso en el cual equivaldría a afirmar que la Constitución se “desactiva” en determinadas circunstancias (Cons. 27°). Los derechos sociales poseen un núcleo esencial, indisponible por el legislador (Cons. 30°), que en el derecho internacional de los derechos humanos se denomina contenido básico. (Ibíd.: p. 23)

Asimismo, en la sentencia Rol N°1710-10, dictada el 6 de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional, declaró inconstitucionales los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso 3 del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (Ley de Isapres), cuyo texto refundido, coordinado y

sistematizado, se encuentra en el DFL N°1 de 2005 del Ministerio de Salud. (Montt y Cárdenas, 2011: p. 17)

Los constitucionalistas chilenos, han reaccionado de diversas formas ante estos fallos. Autores como Bassa, Aste y Figueroa, valoran la intervención judicial en la adjudicación de derechos sociales. (Solari y Viera, 2015: p.43)

Por su parte, la derecha jurídica, últimamente agrupada en el denominado “grupo de los 25”, estima preocupante que las respuestas a los derechos sociales vengan mucho más de los órganos jurisdiccionales que desde la política. Esta judicialización revelaría carencias del sistema político, las cuales los llevan a sostener que los jueces constitucionales y ordinarios pueden promover un activismo judicial inconveniente para el sistema democrático. (Ibíd.: pp. 39-40)

También se oponen a esta judicialización, pero con un fundamento muy distinto, aquellos autores que piensan que los derechos sociales no son susceptibles de ser justiciables, pues ellos no deben vincularse con la categoría subjetiva de derechos, por lo mismo, ellos no deberían ser exigibles mediante acciones de protección u otras similares. (Ibíd.: p.15)

Para Atria, pretender la exigibilidad de los derechos sociales es una equivocación, ya que ellos no deben ser tratados como si tuvieran la misma estructura que los derechos de matriz subjetiva. Pretender la justicibilidad de un derecho social, en un proceso adversarial concreto, es un error, pues ello es contrario a la propia estructura de un derecho social. (Ibíd.: p.46)

Los derechos sociales, están contruidos de manera distinta a los derechos individuales, ya que los primeros expresan la dimensión de reciprocidad de la ciudadanía, siendo su sentido primordialmente político institucional, por lo mismo su desarrollo primariamente le corresponde a las instituciones legislativas y administrativas. (Ibídem)

No obstante, hay quienes que compartiendo la opinión de este autor, en cuanto a la estructura de los derechos sociales, no desconocen que la inoperancia de los órganos políticos parlamentarios y administrativos, hacen razonable admitir una actuación jurisdiccional que declare argumentativamente la inconstitucionalidad de una política

pública. En este sentido, resultaría relevante establecer mecanismos de comunicación y dialogo por medio de los cuales los poderes públicos puedan reconocer los compromisos que asumen, siendo el poder judicial un órgano que incluso puede llegar a ser capaz de comunicar a los poderes públicos el incumplimiento de sus obligaciones. (Ibíd.: p.46)

Por tanto, la justiciabilidad de los derechos sociales es limitada pero es posible, sobre todo si el legislador es inoperante, pudiendo en tal caso, incluso declararse la inconstitucionalidad de su actuación. (Ibíd.: p.47)

Los jueces pueden y deben jugar un papel peculiar en ciertos litigios referidos a algunos aspectos básicos del bienestar humano los que apartándose del paradigma individualista, llegan a asumir una forma dialógica, estructural y colectiva, que posibilita a los juzgadores (constitucionales o no) que hagan de contralores racionales de las políticas diseñadas y llevadas a cabo estatalmente, desempeñando el papel de promotores de la deliberación dentro de tales órganos representativos y entre dichos órganos y la sociedad civil que ellos pretenden representar. (Ibíd.: pp. 43- 44)

Al efecto, es necesario que se establezca una conexión entre catálogos normativos y tutela efectiva, toda vez que derechos sin tutela efectiva pueden devenir en letra muerta. Nuestro propio artículo 5 inciso 2º, de la Constitución Política de la República, dispone que es deber del Estado respetar y promover los derechos fundamentales, tanto los garantizados en dicho texto constitucional, como los que se encuentran en los tratados internacionales ratificados por Chile. (Ibíd.: p. 44)

#### 4. ESTADO SOCIAL EN CHILE

Toda Constitución es el fruto y expresión de una determinada visión política del poder (Viera, 2013: p. 63).

En el caso de nuestro texto constitucional, éste es el resultado de un proceso en cuya génesis no se verificó ningún elemento participativo o democrático y en el que la ciudadanía se encontró completamente ausente, no obstante que a través del plebiscito de 1980, se buscó su participación, a través de la aprobación que el pueblo debía efectuar de lo presentado por la Junta Militar (Ibíd.: p.352).

El proceso de elaboración de nuestra Constitución, no es democrático y no cumple con los mínimos de una norma fundamental. Por lo mismo, en ella no se divide el ejercicio del poder (la Junta concentra los poderes constituyente, ejecutivo y legislativo), no consagra efectivamente el principio de legalidad (los actos de la Junta se encuentran autorregulados) y no hay garantía real y efectiva para el ejercicio y protección de los derechos fundamentales. De ahí, que durante los años de historia no democrática de la Carta (1980-1990), no se pueda hablar de un régimen constitucional ni tampoco de un poder constituyente (Ibíd.: p.98).

Desde un punto de vista económico, nuestra Constitución ha impuesto un modelo político de desarrollo económico, que ha sido excluyente respecto de ciertos sectores de la sociedad. En este sentido, una de las principales críticas que se ha efectuado a este modelo, proviene del lucro privado obtenido a través de prestaciones destinadas a satisfacer derechos sociales. (Bassa, Viera, 2014)<sup>1</sup>

La economía de mercado, aunque no aparezca de modo explícito, es el sistema en que se funda el modelo económico chileno, con una radical propuesta a favor del individualismo económico. (Viera, Bassa, Ferrada, 2016: p.16)

Esta opción, se ve reflejada en distintas disposiciones, como el artículo 19 N° 21 (establece la libertad de empresa como un derecho fundamental), artículo 19 N° 22 (no discriminación en materia económica), 19 N°24 (Derecho de Propiedad) y las normas del proceso de formación de la ley que restringen la aplicación de instrumentos de política fiscal que se utilizan junto a políticas monetarias en una economía social de mercado. (Ibíd.:p.17)

Complementa esta opción, la propuesta interpretativa que del principio de subsidiariedad efectúa la postura neoliberal, que interpreta de manera parcial e insuficiente la doctrina de la Iglesia, omitiendo la referencia al principio de la solidaridad presente en los documentos pontificios, principio que supone un papel importante del Estado en materia de economía. (Ibíd.: p.19)

---

<sup>1</sup>“Sí, es necesaria una nueva Constitución económica” en *elmostrador.cl Blogs y opinión*. Disponible en <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/03/31/si-es-necesaria-una-nueva-constitucion-economica/>



El núcleo esencial del principio de subsidiariedad para el magisterio oficial de la Iglesia consiste, en el respeto por parte del Estado a la libertad de iniciativa de los particulares y de las comunidades que surgen al interior de la sociedad, absteniéndose de realizar actividades que las comunidades intermedias pueden llevar adelante. Sin embargo, si detecta la insuficiencia de los grupos intermedios para la satisfacción de necesidades socialmente relevantes, debe ser el estado el que asuma su ejecución. (Ibíd.: p. 20)

En este contexto, frente a este modelo económico que favorece la desigualdad social, se hace necesario dar un paso adelante, hacia una nueva Constitución que promueva tanto la actividad económica privada como una decidida actuación del Estado, en áreas sensibles para el desarrollo humano con plena garantía a los derechos sociales. (Íbid.:p.23)

El modelo de Estado social, responde a estos requerimientos pues busca proteger a los grupos socioeconómicos más vulnerables de la sociedad y el desarrollo del pluralismo, como expresión de las demandas sociales y de control sobre los órganos de poder. Por lo mismo, supone un cambio de paradigma respecto a las funciones clásicas del Estado, exigiendo su intervención con el objeto de asegurar la procura existencial de las personas. (Espino, 2015: p. 61)

El Estado Social, integró en una formula unitaria el principio de los derechos individuales expresados en el campo económico, por el derecho de propiedad y las libertades de iniciativa económica con el principio de la solidaridad, transformación que supone superar la separación entre el Estado y la sociedad. De esta manera, el Estado deja de ser árbitro neutral de la actividad privada de los particulares, y pasa a hacerse responsable de que se mantengan las condiciones fácticas de las que depende el mercado, la libre determinación de los particulares y el equilibrio social y económico de la sociedad. (Viera, 2014b: pp. 89)

Para que el Estado sea definido como social supone que debe cumplir ciertos propósitos que encarnen operativamente esa declaración: 1.Una función asistencial, en que el Estado se transforma en gestor de prestaciones y servicios para asegurar las condiciones mínimas de existencia. Es lo que se ha llamado procura asistencial, que supone la existencia de medios puestos a su alcance que mejoran sus condiciones de vida (sanidad, educación, transporte, áreas verdes, etc), aunque no posea sobre ellos un derecho de dominio personal;

2. Una función de intervención y tutela de la economía, lo que convierte al Estado en planificador incluso empresario en el proceso económico y 3. Una función de remodelación social. (Viera, 2013: p.59)

## 5. CLAUSULA SOCIAL.

Un tema debatido en la reforma constitucional del año 2005, fue la configuración en nuestro texto constitucional de un Estado social y democrático, sin embargo, la idea fue rechazada porque a juicio de sus detractores, adoptar esta enmienda constitucional le otorgaría al gobierno una inclinación que no les parecía aceptable (Nash, 2011: p.77)

Uno de los objetivos del programa de gobierno de la Presidenta de la República doña Michelle Bachelet Jeria (2014-2018), fue la elaboración de una nueva Constitución Política para Chile que respondiera a los estándares democráticos y que se alejará de las ideas neoliberales del texto vigente<sup>2</sup>. De acuerdo a este programa: “La nueva Constitución Política deberá establecer que Chile es un Estado social y democrático de derecho; siendo su fórmula política una república democrática.

En la Constitución Política, se deberá reconocer que el Estado no es solo un sistema de potestades, sino un conjunto de deberes de buen Gobierno y de satisfacción de necesidades públicas que son consustanciales a la legitimidad misma del Estado y del Poder. Se funda en la dignidad, libertad e igualdad de las personas, así como los principios participativo, pluralista y de solidaridad. Se trata, ante todo, el Estado social de un Estado de Derecho, fundado en el principio de legalidad y en el respeto de derechos fundamentales, de suerte que la fuente y medida de toda autoridad sea el Derecho mismo. El Estado social es un Estado democrático, en que el poder electoral reside en el pueblo y su ejercicio se verifica en el poder a través de instituciones, procedimientos y técnicas representativas y participativas. Es un Estado de garantías, que protege el goce efectivo de derechos económicos, sociales y culturales”.

La mera definición de la sociabilidad del Estado no asegura el éxito ni una mejora del bienestar de los ciudadanos, él que esté presente en la Constitución supone un

---

<sup>2</sup> Véase Programa de Gobierno de Michelle Bachelet. Disponible en <http://michellebachelet.cl/programa/>

imperativo para todas las fuerzas sociales, pues la vara con la que se midan las políticas públicas y sociales siempre deberá pasar por el examen de la fórmula de sociabilidad del Estado. (Viera, 2013: p.372)

Su establecimiento, debe ir acompañado de una interpretación que permita a cada sector de la sociedad, el disfrute efectivo de sus derechos y la adaptación de su texto a las cambiantes circunstancias sociales, políticas o económicas, evitando con ello una petrificación del derecho (Viera, 2014a: p.468)

En este sentido, la cláusula social, no sólo está vinculada al reconocimiento de los derechos sociales fundamentales sino que además, actúa como principio inspirador de las políticas públicas diseñadas por el Estado para la satisfacción de las necesidades sociales así como parámetro de constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico. (Espino, 2015: p. 69).

Por su carácter de decisión política constitucionalizada, hay autores que han estimado que esta cláusula social, se debe desplegar en una triple vertiente: 1. Como fijación teleológica del Estado, que implica que la actuación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial esté condicionada por la obligación de configurar a la sociedad con un contenido social, y en ningún caso pueden aplicar el derecho en un sentido contrario; 2. Debe ser una intérprete del resto del ordenamiento, pues constituye una directriz básica para la interpretación de la Constitución, que en ningún caso el juez puede pasar por alto y dota a la Constitución de una profunda elasticidad que le permite ir acomodándose al cambio económico y social. Asimismo, excluye cualquier interpretación individualista de los derechos fundamentales, a fin de que el disfrute de los derechos se ajuste a la realidad social, unas veces reforzando su aprovechamiento con respecto a los sectores menos privilegiados, otras restringiendo el ejercicio de los derechos de los sectores más aventajados. y; 3. Un parámetro de constitucionalidad, a través de ella se puede fundamentar un recurso de inconstitucionalidad, contra una ley que presuma ser antisocial y regresiva. Al incorporarse la cláusula constitucional del Estado Social y otras normas de contenido social, estas determinan la forma de interpretar la constitución, de manera que si los poderes del Estado actúan desconociendo su finalidad social, ello generaría una infracción constitucional. (Espino, 2015: pp. 59-60)

Su incorporación se desarrolla a través de una fuente positiva constituida por la creación de las condiciones que hagan posible la libertad y la igualdad de las personas y una negativa, en virtud de la cual su inclusión a nivel constitucional demanda del Estado la remoción de obstáculos a la libertad y la igualdad de los ciudadanos y el fomento a la participación ciudadana (Rodríguez, 2015: p.46)

La cláusula social, una vez reconocida formalmente en la Constitución, se convertirá en un principio rector vinculante. Un principio que obliga al Estado a realizar las tareas que sean necesarias para su efectividad, contribuyendo positiva y concretamente a que cada ciudadano pueda realizar los derechos fundamentales que le son propios (Ibíd.: p.53)

Su contenido, puede ser muy amplio, sin embargo ella deberá siempre contener la exigencia de los derechos fundamentales, los que deben estar garantizados en la misma Constitución y no entregarse su definición al legislador, ni menos a la Administración. Asimismo será imprescindible, que la Constitución incluya una dotación presupuestaria destinada a garantizar su cumplimiento. (Ibíd.: pp.55-57)

Atendida su relevancia, y su carácter de pauta para el accionar del Estado, esta cláusula deberá estar establecida en los primeros artículos de la nueva Constitución y para su implementación necesariamente deberá ir acompañada de otra serie de disposiciones que la desarrollen y le entreguen su contenido normativo.

Con ella, cambia el rol del Estado el que instalará a la persona en el centro de la actividad pública, orientando la acción de los poderes públicos a reducir las desigualdades sociales, protegiendo a los más desvalidos e interviniendo en la economía, cuando lo exija el bien de la comunidad y cuando se trate de aspectos sensibles para el desarrollo humano, tales como educación, salud, seguridad social o transporte, porque aun cuando en estas áreas los particulares puedan tomar parte, el Estado no puede desatender su servicio en estos espacios determinantes para el desarrollo de los sectores más desfavorecidos. (Bassa, Ferrada y Viera: pp. 156-157)

El Estado Social, protegerá a todos sus ciudadanos, especialmente a los más débiles, asegurando un mínimo existencial a cada persona, a través de la exigibilidad y

justiciabilidad de los derechos fundamentales sociales. En este sentido, tanto el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial deberán ceñirse a un contenido social, dándole efectividad a la Cláusula social y a los derechos sociales consagrados en la Constitución. (Rodríguez: 2015, p.56)

## CONCLUSIONES

1. El Estado Social surgió con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, en respuesta a las miserias sociales que había generado el Estado Liberal.
2. A raíz de ello, se produce una transformación, el Estado deja la actitud neutral que había tenido en el ámbito social, para pasar a tener un papel relevante apoyado de la idea intervencionista, presentándose como un Estado que presta asistencia a los más débiles.
3. Hoy, luego de profundas crisis tales como la europea de los años 70, la sueca de los años 90 y la de Italia y España en el año 2008, ha reformulado sus fines, reestructurándose conforme a las nuevas exigencias sociales que impone un mundo globalizado, manteniéndose como un modelo que instala a la persona en el centro de la actividad pública y le asegura un nivel de vida y de satisfacción de necesidades, pero ahora, no desde un punto de vista asistencialista sino que reconociendo a las personas potencial para su autodesarrollo e incentivándolas al mismo.
4. En nuestro país, la fórmula de Estado Social, ha estado lejos de ser consagrada constitucionalmente, evidencia de ello, es que el texto constitucional vigente jamás lo consagró así como tampoco hay antecedentes que lo hayan hecho otros textos anteriores. Sin perjuicio, de la opinión de aquellos autores que han creído ver en la influencia cristiana del Capítulo relativo a las Bases de la Institucionalidad, una referencia al rol social.
5. Reafirma esta idea, de que nuestra Constitución no atribuyó ningún rol social al Estado, la configuración que en ella se hizo de los derechos sociales en el Capítulo III del texto vigente, el modelo económico impuesto y la interpretación parcial del principio de la subsidiariedad efectuada por la postura neoliberal.
6. En materia de derechos sociales, estos son tratados como libertades de elección y no como derechos a prestaciones por parte del Estado, siendo por lo mismo desprovistos de tutela judicial a través de la acción de protección. En este escenario, nuestros tribunales superiores de Justicia, han debido dar protección a situaciones abusivas que han afectado derechos sociales y en las que se han debido invocar

otros derechos distintos para protegerlos indirectamente; judicialización, que ha sido considerada legítima, por algunos autores y criticada por otros, tales como, Fernando Atria, quien estima, que pretender la exigibilidad de un derecho social es un error, pues es contrario a la estructura misma del derecho social.

7. En lo relativo al modelo económico impuesto, éste está muy lejos de lo social, por el contrario, ha favorecido el individualismo económico, lo que ha sido reforzado con la interpretación parcial del principio de subsidiariedad que efectuó la postura neoliberal, en que se excluye toda referencia al principio de solidaridad, principio que impone un papel importante al Estado en la economía, dando con ello cabida a la exclusión y a la desigualdad social.
8. En este contexto, la consagración constitucional de un modelo de Estado Social, se postula como una fórmula política que permitiría corregir estas desigualdades sociales, otorgando bienestar a las personas, instalando al Estado a su servicio y permitiendo a éste dar respuesta a los desafíos actuales.
9. Su declaración formal, a través de una cláusula social transformará el rol social del Estado en un principio rector vinculante para su administración, delimitando el accionar de los órganos públicos. De esta manera, se constituiría un marco político, económico y social delimitado por este nuevo rol social.
10. Por lo mismo, estimo que avanzar hacia un Estado Social en una nueva Constitución, constituirá un paso fundamental hacia el reconocimiento de la dignidad humana, la igualdad de las personas y el disfrute efectivo de sus derechos.

## BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, Víctor y Curtis Christian (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.

Atria Lamaitre, Fernando (2014): “Existen Derechos Sociales”, en *Estudios Nueva Economía*, Vol. 3, N°1, pp. 15-43.

Carbonell, Miguel (2008): “Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: Esbozo de algunos problemas”, en *Estudios Constitucionales*, N° 2, pp. 43-71.

De buen, Néstor: “La crisis del Estado de Bienestar”, en *Revista del Instituto Iberoamericano de Seguridad Social*, N° 2, pp. 103-116.

De Miguel Bárcena, Josu (2009): “Las transformaciones de la democracia contemporánea y el pensamiento de Manuel García-Pelayo”, en *Revista de Derecho Político*, N°s 75-76, pp.79-98.

Espino Tapia, Diana Rocío (2016): “Una propuesta de Estado Social para el siglo XXI: Una vuelta al origen”, en *Revista Universitas*, N° 24, pp.39-75.

Fabra Zamora, Jorge, Rodríguez Blanco, Verónica (2015): “Derechos Sociales” en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Arango Rivadeneira, Rodolfo (ed), México, pp. 1677-1680.

Gargarella, Roberto (2004): “Derecho y disociación. Un comentario a “¿Existen derechos sociales?”, de Fernando Atria/ Roberto A. Gargarella”, en *Discusiones*, N°4, pp. 61-70.

Gómez, Jesús María (1995): “El Estado del Bienestar y el reto de la solidaridad”, en *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, pp. 255-273.

Gómez Isaza, María Cristina (2006): “La historia del Estado Social de Derecho”, en *Estudios de Derecho*, N°141, pp.76-99.



Lovera Parmo, Domingo: “Derechos Sociales en la Constitución del 80 (...y del 89, y del 2005)”, en *Serie Working Papers ICSO-UDP*, N°3, pp. 3-26.

Martínez de Pisón Cavero, José María ( ): “La crítica neoliberal al Estado social”, en *Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 15-16, pp. 243-270.

Massmann Bozzolo, Nicolás (2005): “Estado Social de Derecho y sobrecarga constitucional”, en *Derecho y Humanidades*, N° 11, pp. 337-347.

Montt Oyarzún, Santiago y Cárdenas José Luis (2011): “La Declaración de Inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, mitos y realidades de un fallo Histórico”, en *Anuario de Derecho Público*, N° 1, pp. 17-53.

Nash Rojas, Claudio (2011): “Estado Social y Democrático de derechos en Chile. Tan lejos, tan cerca”, en *Derecho y Humanidades*, N°18, pp.73-84.

Navarro Beltrán, Enrique (2012): “35 años del Recurso de Protección notas sobre su alcance y regulación normativa”, en *Estudios Constitucionales*, N° 2, pp. 617-642.

Pérez Pérez, Gabriel (2013): “Ciudadanía social, neoliberalismo y crisis del estado de bienestar”, en *Revista Veredas*, N° 12, pp. 95-112.

Recari García, Milagros (2014): “¿Crisis del Estado Social? Welfare State crisis?, Trabajo de fin de Grado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna. Santa Cruz de Tenerife, España.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (2015): “Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales”, en *Investigações Constitucionais*, N°2, Vol. 2, pp. 31-60.

Rojas, Mauricio (2007): “El Futuro del Estado del Bienestar a la luz de la experiencia de Suecia”, en *Cuadernos de Pensamiento Político*, N° 13, pp. 63-82.

Rojas, Mauricio (2011): “Por un liberalismo asociativo. Reflexiones sobre la sociedad civil, el mercado y el Estado”. Disponible en [http://www.fundacionfaes.org/file\\_upload/publication/pdf/20130423222120por-un-liberalismo-asociativo-reflexiones-sobre-la-sociedad-civil-el-mercado-y-el-estado.pdf](http://www.fundacionfaes.org/file_upload/publication/pdf/20130423222120por-un-liberalismo-asociativo-reflexiones-sobre-la-sociedad-civil-el-mercado-y-el-estado.pdf).

Fecha última consulta: 27 de abril de 2017.

Rojas Mauricio (2012): “Conclusiones del Estado de Bienestar en Europa”. Disponible en [http://lyd.org/other/files\\_mf/tp1085estadodebienestar82.pdf](http://lyd.org/other/files_mf/tp1085estadodebienestar82.pdf). Fecha última consulta: 27 de abril de 2017.

Silva Henao, Juan Fernando (2012): “Evolución y Origen del concepto de “Estado Social” incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991”, en *Ratio Juris*, N°14, pp. 141-158.

Solari Alliende, Enzo (1993): “Recepción en Chile del Estado Social de Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, N° 2-3, pp. 333-344.

Solari Enzo y Viera Christian (2015): “Justiciabilidad de los derechos sociales (a propósito de una argumentación de Fernando Atria)”, en *Estudios Constitucionales*, Año 13, N°2, pp.13-56.

Viera Álvarez, Christian (2013): *Libre iniciativa económica y Estado social*, 1° edición, Legal Publishing Chile, Santiago.

Viera Álvarez, Christian (2014a): “Estado Social como fórmula en la Constitución Política Chilena”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N°2, pp. 453-482.

Viera Álvarez, Christian (2014b): “Consideraciones acerca de una Constitución económica. Hacia una reinterpretación de la Constitución económica chilena”, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 71, pp.84-101.

Viera Álvarez, Christian, Bassa Mercado, Jaime, Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2016): “Una aproximación a la idea de “Constitución económica” y sus alcances en la Constitución chilena”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol., XLIX, N°145, pp. 1-37.