

# El Estado Social y los derechos sociales

## Las tres alertas

Comentarios sobre la base institucional 5ª del nuevo proceso constituyente

23 de marzo de 2023

Rodrigo Poyanco

*Art. 154: “La propuesta de nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá contener, al menos, las siguientes bases institucionales y fundamentales”*

*5. Chile es un Estado social y democrático de derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales, y que promueve el desarrollo **progresivo de los derechos sociales**, con sujeción al principio de **responsabilidad fiscal** y a través de **instituciones estatales y privadas**.*

### I. Primera alerta: estado social, subsidiariedad y provisión privada de servicios sociales

#### 1. Qué es el Estado social y su lugar en el constitucionalismo

Usualmente el Estado social (o estado social y “democrático”) se presenta **como la culminación de la evolución del Estado de Derecho**. Sin embargo, lo cierto es que corren en paralelo

- Primeras expresiones legales (Bismarck, Leyes de Pobres en Inglaterra)
- Primeras expresiones constitucionales: la Constitución Política de 1848
- Alrededor y después de la 1ra Guerra Mundial (Weimar, 1917; México, 1917; España, 1931)

El constitucionalismo social volvería y se instalaría de forma definitiva **luego de la segunda guerra mundial**, a través de las constituciones políticas europeas Alemania, Ley Fundamental de 1949; Italia, Constitución de 1947; Francia, Constitución de 1958; España, Constitución de 1978.

A partir de esta *expansión*, es que Karl *Loewenstein* señala que el constitucionalismo social se convierte, en el siglo XX, en el **equipaje estándar del constitucionalismo**. El Estado deja de ser el enemigo al cual temer, sino el amigo que contribuye al bienestar de la sociedad

Sin embargo, la historia comparada del Constitucionalismo demuestra que el Estado social no es la última etapa del constitucionalismo, ni su expresión más perfecta. En el **pensamiento jurídico occidental** siempre han existido dos grandes concepciones de lo que es una Constitución Política

- La Constitución Política como límite jurídico al poder
- La Constitución Política como **proyecto político y social**

El segundo concepto pone énfasis fundamentalmente en la Constitución como el documento **que fija los objetivos de la comunidad política** y, por ello, del gobierno que la dirige. Parece ser una tendencia propia de las constituciones del mundo europeo continental, y por extensión, de América Latina (Glendon)<sup>1</sup>.

Dentro de esas finalidades, hoy se destaca por sobre todas las creencias en que el Estado debe **ser el principal responsable** del bienestar social y económico de la Comunidad

Sin embargo, existen problemas de diverso tipo

- Problemas extraconstitucionales (se verá más adelante)
- Problemas filosófico constitucionales.

En la práctica, el Estado social sólo asegura la instalación de Servicios públicos y burocracia. En otras palabras, implica un crecimiento en tamaño y potestades que podría afectar, dependiendo de su intensidad, el disfrute de determinados derechos y libertades.

Por otro lado, en un extremo, el reclamo de lograr la justicia social a través del poder del Estado, ha resultado **plenamente compatible con dictaduras o incluso con sistemas totalitarios** (y los juristas alemanes de postguerra estaban muy conscientes de ello)

- La seguridad social de Bismarck
- España de Franco
- Alemania de Hitler
- Los estados socialistas en general, etc.

A tal punto que muchos regímenes autoritarios o totalitarios se justifican —o justifican lo que hacen— **en nombre de los derechos sociales, o la justicia social** (Cranston y los derechos sociales a nivel universal...).

---

<sup>1</sup> Glendon, M. A. (1992). Rights in Twentieth-Century Constitutions. *The University of Chicago Law Review*(59), 519–538.

Por todo esto, *Ernst Forsthoff*<sup>2</sup> postula en los años 50 que el Estado social y el Estado de Derecho son en realidad, **incompatibles a nivel constitucional**. Lo que debe mantenerse a nivel constitucional es el Estado de Derecho (es decir, el aspecto limitativo de la Constitución). La ejecución del Estado social debe mantenerse a nivel legislativo y reglamentario, de manera que *cualquier exceso del Estado Social* pueda ser controlado por la Constitución. Lo contrario pone en riesgo el papel de la Constitución como documento que limita y controla al poder. Importancia: Abendroth reconoce que éste fue el enfoque que terminó primando en el constitucionalismo alemán.

## 2. La Constitución y la materialización del Estado social

La pregunta a responder es si un principio de Estado social o un conjunto de derechos sociales prestacionales consagrados en la Constitución Política asegurará, en la práctica, el bienestar social de la población

Sin embargo, la calidad del Estado social depende, en la práctica, de la concurrencia de una serie de elementos extrajurídicos, de difícil regulación por una Constitución Política

El bienestar material de la población –con o sin Estado social – depende de **factores extrajurídicos** difíciles de controlar por una Constitución Política

- La cultura e historia de un país;
- Referendo suizo
- La sociedad norteamericana
- Los recursos presupuestarios y el Estado de la economía;
- La pirámide poblacional;
- Los avances de la técnica;
- La probidad y capacidad de los cuadros funcionarios;
- La calidad de la legislación;
- Las necesidad cambiantes y contingentes de la sociedad (ayer educación, hoy vivienda, o salud, mañana...etc.);

---

<sup>2</sup> Forsthoff, E. (1986). Concepto y Esencia del Estado social de Derecho. En W. Abendroth, E. Forsthoff y K. DOEHRING (Eds.), *Colección Estudios Sociales. El Estado social* (pp. 69–107). Centro de Estudios Constitucionales.

- La alternancia democrática y la libertad política de la sociedad...

Eso explica que constituciones políticas sin Estado Social o sin derechos sociales tengan **excelentes Estados sociales —o, en términos más generales, una sociedad de bienestar, con altos niveles de vida—**, dado que esos factores *extraconstitucionales se alinean en pro de ese objetivo*:

- Alemania
- Inglaterra
- Suecia
- Canadá...

Y que países con constituciones políticas repletas de derechos sociales tengan estados o derechos sociales de calidad mejorable o derechamente deficiente:

- América Latina en general, incluyendo Haití
- Los Estados de Europa, ahora mismo...

La preeminencia de lo *extraconstitucional* por sobre lo constitucional en esta materia explica también que el Estado subsidiario **no haya impedido el alto nivel de vida que, relativamente, tiene Chile frente a sus vecinos latinoamericanos de Estado social**. Lo que lo ha convertido en foco de inmigración masiva.

Por lo demás, debe recordarse que **el Estado subsidiario no es incompatible con la intervención del Estado** en la prestación de servicios públicos de todo tipo, incluso de excelencia

Cabe preguntarse, entonces, si la lucha por el Estado social no es sino la lucha por un determinado modelo socioeconómico, con independencia de sus resultados reales...

### 3. El valor jurídico constitucional de la cláusula del Estado social y de los derechos sociales

De cualquier manera, este conjunto de factores (1 y 2) explican que, en una mayoría de constituciones europeas, y países que siguen su tradición, **las cláusulas de Estado social o igualdad material, así como los derechos sociales-, estén jurídicamente desactivadas.**

- La Ley Fundamental alemana carece de derechos sociales; el principio de Estado social tiene valor “interpretativo”.

- La Constitución Política española contiene derechos sociales, expresamente desactivados (art. 53.2)

- La Constitución Política brasileña establece claramente que el derecho a la salud se llevará adelante mediante políticas, etc.

- La Constitución Política italiana señala, desde 2014 (art. 81) que «El Estado asegurará el equilibrio entre los ingresos y los gastos del propio presupuesto, teniendo en cuenta las fases adversas y las fases favorables del ciclo económico...»

- Numerosas constituciones reservan las acciones constitucionales directas sólo a los derechos de primera generación...

De esta manera, en el constitucionalismo europeo-continental, la evolución se ha producido, en realidad, no hacia el Estado social –que, como hemos visto, ya existía en Europa desde el siglo XIX – sino hacia la Constitución Política jurídicamente vinculante, que limita el poder del Estado. Especialmente con la creación de acciones constitucionales de amparo, y *guardianes judiciales* de la Constitución Política. Alemania, de hecho, elimina los derechos sociales de su Constitución Política para asegurar su valor jurídico.

Bajo estas condiciones, el “Estado social” no impide ni la alternancia democrática, ni el aumento o disminución de los beneficios sociales de cargo estatal. En resumen, en un Estado social de Derecho serio:

- La Constitución Política se sigue preocupando, fundamentalmente, de limitar el poder

- Cualquier modelo económico y social que consagre la Carta fundamental está subordinado a las limitaciones del Estado de Derecho clásico.

- El principio de Estado social tiene valor meramente interpretativo y los derechos sociales sólo son exigibles cuando se dictan las políticas respectivas (leyes y reglamentos); no antes.

- El modelo económico y social no puede afectar la libertad y derechos de las personas, la alternancia democrática, o la variabilidad de las políticas sociales.

- En lo político social, el éxito material del Estado social depende de factores que no pueden ser controlados por una Constitución Política

#### 4. El Estado social, el principio de subsidiariedad y los derechos sociales

*“Chile es un Estado social y democrático de derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales, y que*

*promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas”.*

a) ¿Qué aporta el principio de subsidiariedad?

El constitucionalismo liberal clásico y el Estado social no son tan distintos, porque ambos parten de un mismo supuesto: el binomio Estado – individuo (y la disolución de sus vínculos sociales, manifestados en los cuerpos intermedios de la sociedad).

El mérito del principio de subsidiariedad, sin embargo, es **romper ese binomio**, recordando que en medio de ellos **están las formas naturales de asociatividad humana**, que también tienen un papel en el bienestar integral de la persona. De ahí que este principio proteja la existencia y accionar de esas entidades intermedias, desde la familia en adelante

Por esto, la importancia del principio de subsidiariedad excede con mucho lo relativo al bienestar material de la población, y al aspecto económico-empresarial de la economía. Es cierto que, en lo social, el principio ha demostrado que la salud, la educación y otros servicios públicos pueden ser asumidos por la sociedad, con mayor calidad que las burocracias estatales

- ISAPRES y AFP
- Los bomberos
- La Teletón
- Cruz Roja
- Caritas...

También ha permitido reservar y focalizar la intervención del Estado y sus recursos a aquellas situaciones en las cuales la sociedad no puede intervenir (focalización del gasto)

Sin embargo, su principal objetivo es **fortalecer a la sociedad frente al Estado**: una sociedad autónoma, libre y responsable: evitar el control de la sociedad y las personas, a través del control de sus necesidades económicas o su educación. Una sociedad libre e independiente es menos susceptible de ser sometida a un sistema totalitario.

De esta manera, el principio de subsidiariedad es **una garantía material** de la libertad, autonomía e independencia de la sociedad y las personas.

Por otro lado, el Estado subsidiario en realidad no se opone a políticas sociales de cargo estatal y alta calidad (AUGE-GES; Ley Ricarte Soto; gratuidad universitaria...etc.)

La misma lógica del principio (que la sociedad mayor ayude a la menor) impulsa al Estado a actuar en determinadas situaciones: el Estado está “estando al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común” (art 1º inc. 4º)

Desde este punto de vista el principio de subsidiariedad a lo que se opone **es al monopolio arbitrario o forzoso del Estado en materias sociales**. Esto se ve reforzado por las garantías constitucionales relativas a la libertad de enseñanza, libertad de elección de servicios de salud, libertad de emprendimiento, etc.

El principio de subsidiariedad tampoco se opone a la alternancia democrática entre modelos socioeconómicos distintos.

b) ¿Dónde está la diferencia real, entonces, entre el principio de subsidiariedad y el del Estado social sometido al Estado de Derecho?

La diferencia con un Estado social no está en la inexistencia de proveedores privados, en este último, sino en que

i) en un Estado social estándar, los proveedores privados que intervengan en servicios sociales están plenamente controlados por el Estado:

El Estado recauda las cotizaciones y controla su uso y distribución, sea a proveedores públicos, sea a proveedores privados. Los particulares sólo prestarán servicios sociales generales cuando y en la medida que lo permita el Estado. Aquel que quiera escapar de este esquema, ha de pagarlo (seguros adicionales).

En consecuencia, es el Estado social el que se transforma en una barrera material a la libre actuación de la sociedad en estas materias.

ii) Dependiendo de su profundidad, el Estado social afecta hasta cierto punto la alternancia democrática entre distintos modelos legítimos económico-sociales.

iii) Desaparece también la focalización del gasto: por definición, el Estado social es “universal”.

iv) Desaparece la propiedad de toda clase de cotizaciones o contribuciones al sistema estatal de prestaciones

Las cotizaciones son captadas, acumuladas y administradas por el Estado; entran a fondo fiscal común.

Por todo esto, podemos concluir que:

- La base institucional en estudio no asegura la presencia de un sector privado independiente que preste servicios sociales en igualdad de condiciones con el Estado

- Solo asegura la presencia de prestadores privados, pero eso no es novedad en ningún estado social

- Lo único que asegura la base institucional es que el Estado se hará cargo de la prestación de servicios sociales, sea directa o indirectamente.

- La única manera de asegurar lo que actualmente existe sería la inclusión expresa de un **principio de subsidiariedad –o de protección de los cuerpos intermedios –** de fuerza paralela al de Estado social, y la mantención de garantías para proteger las libertades y derechos que complementan y aseguran la actuación de los particulares en materia social

- Libertad de elección de sistemas de salud
- Libertad de enseñanza
- Libertad de emprendimiento
- Libertad de conciencia, de opinión, de culto, etc.

## II. Segunda alerta: los derechos sociales y su aplicación “progresiva”

### 1. Los derechos sociales prestacionales como derechos *no directamente justiciables*

Como es sabido, los derechos sociales prestacionales tienen conocidos problemas de justiciabilidad directa; al menos, sólo a partir de lo que disponga la Constitución

En resumen, no es que no sean “justiciables”; pero para serlo, **requieren desarrollo infraconstitucional** (leyes y reglamentos)

Esto ha sido reconocido de forma unánime por tribunales constitucionales y superiores europeos y latinoamericanos. En Europa:

**Alemania**, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán Numerus Clausus, del año 1972 (BVerfGE 33, 303), en la que se sentó el principio de “**reserva de lo posible**” —lo que el particular puede exigir de forma “razonable” a la sociedad— como condicionante de la justiciabilidad de los derechos prestacionales.

**Italia**, sentencia Rol N° 36/2000, f.j. 3, de la Corte Constitucional de ese país, que señaló que el artículo 38 de la Constitución, relativo a la seguridad y asistencia social, entregaba **plena libertad al Estado para escoger las formas, medios y estructura que estimase más apropiadas y eficientes** para lograr los objetivos constitucionales allí señalados.

**Portugal**, sentencia Rol N° 3/2010, f.j. 2, del Tribunal Constitucional portugués, que también ha considerado al derecho a la seguridad social del artículo 63, N° 1 de su Constitución, como un derecho de naturaleza esencialmente económica y social, sujeto a un margen de configuración legislativa más amplio.

**España**, STC 80/1982, del Tribunal Constitucional, que ha diferenciado claramente entre los derechos “fundamentales” y los denominados “principios rectores de la política social y económica” (que corresponden a los derechos sociales prestacionales). El valor de la Constitución como norma suprema y vinculante “[...] necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 de la C.E.” (que, a su vez, condicionan la justiciabilidad de los derechos sociales allí considerados a su desarrollo legislativo); a diferencia de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los derechos fundamentales de los arts. 14 a 38 (STC 80/1982, f.j. 1).

En América Latina hoy día prima el activismo judicial, pero existen sentencias en ese sentido:

**Brasil**, Sentencia STA 91/AL, de 26/02/07, decisión, § 5, sobre efectos de una decisión individual en la atención de la generalidad de la población;

**Colombia**, la sentencia de la Corte Constitucional, Rol N° T-586/99, de 11 de agosto de 1999 (“[...] los derechos económicos, sociales y culturales [...], no son de carácter fundamental, toda vez que no inhiere en la condición humana. No tienen eficacia directa ni aplicación inmediata [...] sin que medie una ley previa que fije las condiciones de su ejercicio.

Son, asimismo, derechos de desarrollo progresivo [...] en la medida del mayor desarrollo económico y social que alcance la nación”.

**Perú**: Sentencia del expediente N° 1417-2005-AA/TC, del año 2005: los derechos sociales no son de aplicación inmediata (“normas regla”), sino “normas principio”, que requieren de intermediación de la fuente legal. “Además se aplican progresivamente (disposición undécima transitoria de la Constitución Política peruana)”

## 2. La aplicación “progresiva” de los derechos sociales y la responsabilidad fiscal

La base constitucional del art. 154 nro. 3 señala que Chile “es un Estado social...que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas”.

En consecuencia, esa “progresividad” parecería estar reconociendo esta dificultad de ejecución de los derechos sociales a partir de lo que dice la Constitución Política. El

problema es que, en la doctrina y jurisprudencia latinoamericana, la palabra progresividad puede tener 3 sentidos distintos.

- Tradicional o negativo: art. 2.1 PIDESC

Art. 2.1 PIDESC: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

- Positivo: Corte Interamericana y Colombia
- No regresividad: Brasil, Portugal, Colombia

Estos dos últimos sentidos aparecen en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*Muelle Flores con Perú*, el párrafo 190 explica que la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dichos derechos, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. La misma progresividad impone la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados.

Cuscul Pivaral y otros con Guatemala, en el párrafo 144 de la sentencia, la Corte agrega que la obligación de progresividad no debe interpretarse como excusa para aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión.

### 3. ¿Cuál fue el sentido escogido en la referida base constitucional?

De aplicar los sentidos 2 y 3, el principio de “responsabilidad fiscal” puede quedar en papel mojado:

- a) Primero, porque la responsabilidad fiscal es una política, de libre decisión del gobierno de turno

¿Qué tal si un gobierno escoge una política de *déficit*? ¿Qué hay, por otro lado, de la libertad política y el principio de alternancia democrática?

El éxito de disposiciones que establecen mínimos o máximos de recursos es muy discutible

Constitución de Brasil: destina un porcentaje del ejercicio fiscal a salud (art. 198 nro. 2); Constitución Política de 1925: “deberá destinarse una cantidad de dinero suficiente para el SNS”

b) Segundo: la doctrina y jurisprudencia latinoamericana han desarrollado una serie de técnicas para evadir los problemas de justiciabilidad de los derechos sociales

- Indivisibilidad de los derechos civiles y sociales
- El mínimo vital
- El núcleo esencial de los derechos sociales
- La progresividad y no regresividad de los derechos
- La reinterpretación de los derechos clásicos en clave prestacional
- El uso intensivo del “*soft law*” internacional en materia de derechos sociales...

Esas técnicas nacieron en el contexto de otros **estados sociales** latinoamericanos, y tienden a otorgar beneficios sociales personalizados sin límite presupuestario, por fuera de lo que dice la Constitución o las leyes. Por tanto, con derechos sociales y un principio de Estado social se está invitando a estas técnicas a ingresar a Chile

Como forma de intentar detener esta avalancha jurisprudencial, en derecho comparado han existido reformas constitucionales para asegurar la responsabilidad fiscal en materia de prestaciones sociales:

- Colombia (2011, acto legislativo 03 de 2011): el *incidente de impacto fiscal*, a petición del Procurador General de la Nación o alguno de los Ministros, para modificar, modular o diferir los efectos de una sentencia condenatoria contra el Estado, que afecte de forma seria la sostenibilidad fiscal de la entidad condenada

- Italia: se modificó la Constitución mediante ley 1/2012, que modifica cuatro artículos de la Constitución italiana. El inciso primero del art. 81 quedó con el siguiente tenor:

*«El Estado asegurará el equilibrio entre los ingresos y los gastos del propio presupuesto, teniendo en cuenta las fases adversas y las fases favorables del ciclo económico...»*

Pero los jueces **suelen ignorar este tipo de limitaciones**, señalando que se aplican al legislador y a la administración, pero no al juez

La dificultad suele producirse porque los jueces alegan que , al disponer gastos no contemplados en la Constitución Política, no están actuando fuera del marco de sus atribuciones, sino dando cumplimiento a la propia Constitución Política.

Por tanto, es probable que la ejecución “progresiva” de los derechos sociales termine siendo *una invitación a los jueces a profundizar su deriva activista en esta materia.*

### III. Tercera alerta: el Estado social y el componente “democrático”

Si entendemos por democracia la participación libre e igual del pueblo en las decisiones políticas, se trata de un agregado bastante obvio. El problema puede surgir de la forma en que se entiende la democracia, existiendo dos conceptos en pugna

A la norteamericana

A la “russoniana”<sup>3</sup>

Ambas surgieron casi al mismo tiempo.

1. En la concepción *russoniana*, para los revolucionarios franceses, la voluntad popular (la “voluntad general”) no podía tener cortapisas

Esa falta de freno se predica, en realidad, de la asamblea que supuestamente representa al pueblo; y, en definitiva, de aquellos que controlan a esa asamblea.

Por tanto, esta concepción es compatible con las siguientes ideas:

- Constitución con valor político más jurídico (constitución debilitada)
- Inexistencia o disminución de los controles jurídicos al Parlamento
- Parlamento unicameral
- Soberanía entendida como “soberanía popular”: en cada momento el pueblo es soberano para hacer y deshacer: una especie de proceso constituyente permanente

¿Se está intentando sugerir, en consecuencia, que nadie puede oponerse a ciertas políticas sociales que se reputan como “populares”?

2. Sin embargo, los norteamericanos descubrieron el peligro de la mayoría

---

<sup>3</sup> Las expresiones escogidas representan una reducción para efectos divulgativos de un tema que es mucho más complejo. Sobre la “tiranía de la mayoría”, véase El Federalista, capítulo LI.

democrática.

Por tanto, concibieron una Constitución que limita expresamente el poder del Parlamento, y a través de ello, el de esa mayoría. La Constitución Política norteamericana y los jueces que la resguardan tienen vocación “antimayoritaria”. Lo que implica una Constitución Política de fuerte carácter jurídico, tribunales independientes, limitación al poder constituyente, parlamento bicameral, soberanía nacional en vez de “popular”, etc.

Esta forma de entender la Constitución Política es la que se extendió a las constituciones europeas en la segunda postguerra

Conclusión: el Estado “democrático” no puede servir de excusa para sobreponer los objetivos sociales a los derechos y libertades de los chilenos

#### IV. Comentarios finales: la libertad, la alternancia democrática y el Estado social

- El principio de subsidiariedad no impide ni servicios públicos de calidad; ni dificulta la alternancia democrática

- En cambio, la experiencia comparada europea, latinoamericana e incluso la chilena –el “estado social” de la Constitución Política de 1925; y los actuales servicios de cargo estatal—, muestran el aserto de que “el Estado, y sólo el Estado, satisface de mejor manera las necesidades sociales de la población” no puede asegurarse desde lo meramente constitucional.

- Una consagración inmoderada del Estado social arriesga la mantención de la independencia personal y económica de la sociedad, que fue lo que derrotó al anterior proyecto constitucional.

Me preocupa también que una disposición constitucional de este tipo impida la alternancia democrática y la siempre renovada y novedosa búsqueda política y técnica de nuevas soluciones a la injusticia social.