

**¿SE PUEDEN GARANTIZAR
LOS DERECHOS SOCIALES?
UNA PROPUESTA PARA LA NUEVA
CONSTITUCIÓN CHILENA**

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY
MARCELA INÉS PEREDO ROJAS
RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. QUÉ SON LOS DERECHOS SOCIALES. 3. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DISPOSICIONES DIRECTAMENTE JUSTICIA-BLES. 4. EL PROBLEMA DE ENTREGAR LA DEFINICIÓN DE LAS POLÍTICAS SOCIALES AL JUEZ. a) La «Indefinición» de los Derechos Sociales. b) El componente ideológico. 5. LOS DERECHOS SOCIALES A NIVEL DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO. 6. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1980. a) El principio de subsidiariedad y los derechos sociales. b) La regulación constitucional de los derechos sociales: el ejemplo del derecho a la salud. 7. NUESTRA PROPUESTA CONSTITUCIONAL: CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. 8. CONCLUSIONES

Fecha recepción: 27.08.2021
Fecha aceptación: 26.04.2022

¿SE PUEDEN GARANTIZAR LOS DERECHOS SOCIALES? UNA PROPUESTA PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN CHILENA¹

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY²
MARCELA INÉS PEREDO ROJAS³
RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO⁴

1. INTRODUCCIÓN

La Carta fundamental chilena actualmente vigente escapa de los parámetros tradicionales del constitucionalismo social europeo-continental, que en una mayoría de los países de Europa y América Latina se expresan en la consagración constitucional de un principio de Estado social, y de derechos sociales que, al menos de forma aparente, cuentan con un contenido constitucional vinculante. Si bien la Constitución de 1980 cuenta en su listado de derechos y libertades con algunos de natura-

¹ Los aspectos de este artículo aportados por el profesor Poyanco se derivan del proyecto de investigación patrocinado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID), folio N° PAI77190095, denominado «Estudio de la nueva jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud en Chile». El mencionado profesor, a cargo de dicho proyecto, agradece el apoyo de ese organismo.

² Profesor del Departamento de Derecho Público y Decano de la Universidad de los Andes, Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, España; Catedrático Jean Monnet de Derecho Público de la Unión Europea. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8017-4470>. Dirección postal: Avenida Monseñor Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago, Chile. Código postal: 7620001. correo electrónico: jimartinez@uandes.cl

³ Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de los Andes, Chile. Doctora en Derecho y Magister en Investigación jurídica de la Universidad de los Andes, Chile, Magíster en Derecho Público mención Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, correo electrónico: mperedo@uandes.cl. Dirección postal: Avenida Monseñor Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago, Chile. Código postal: 7620001., código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6849-9632>

⁴ Profesor de Derecho Constitucional y Político de la Universidad Finis Terrae, Santiago de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, España. Ciudad de residencia: Santiago de Chile. Correo electrónico: rpoynco@uft.cl. Dirección postal: Av. Pedro de Valdivia 1509, Providencia, Región Metropolitana, Código Postal: 7501015. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7767-6760>.

leza social, establece a la vez un modelo de estado subsidiario, en el cual se reconoce a la sociedad un papel de preeminencia en la satisfacción de las necesidades sociales, reservando al Estado una actuación «subsidiaria» de la primera. El objetivo de esta normativa, como veremos, no es tanto atacar la provisión pública de bienes de este tipo —que se ha mantenido durante toda la vigencia de la Constitución Política de 1980, incluso con mejoras pioneras a nivel continental— sino, más bien, evitar *el monopolio* del Estado en esta clase de actividades, para fomentar así el surgimiento de una sociedad responsable y libre, y un Estado reducido y eficiente.

En el marco del proceso constituyente en curso, y ante la oportunidad de reemplazar esta Constitución por una nueva, muchos han propuesto consagrar en ella expresamente un Estado social, y reforzar la lista de derechos sociales⁵, cuestión que alguna doctrina chilena ha venido tratando desde hace tiempo.⁶ Sin embargo, la pretensión de consagrar muchos derechos sociales en una carta fundamental no asegura por sí misma su garantía, a lo que se suma el hecho de que su justiciabilidad directa resulta discutible no sólo por la naturaleza de éstos, sino porque, además, altera los objetivos y los límites naturales de la función judicial. Es por eso que en este trabajo proponemos un camino alternativo de protección a estos derechos que sea acorde a su naturaleza, en concreto, una garantía no jurisdiccional. Para tal fin analizaremos las dificultades antes mencionadas, y revisaremos la manera en que se consagran esta clase de derechos en la actual Constitución. Finalmente, se formulará una propuesta para la nueva Constitución, referida a la creación de un Consejo Económico y Social que, considerando las cuestiones dogmáticas antes referidas, incida en el proceso de creación de las políticas sociales destinadas a convertir las disposiciones constitucionales en beneficios dotados de una protección constitucional real, acorde a su naturaleza.

2. QUÉ SON LOS DERECHOS SOCIALES

Desde su conversión en parte del «equipaje estándar» de las Cartas fundamentales contemporáneas⁷, el constitucionalismo social ha planteado numerosas cuestiones dogmáticas, no todas ellas solucionadas de manera satisfactoria. Una de ellas es la

⁵ A la fecha de redacción de este artículo, no se conoce con exactitud el contenido final de la nueva Carta fundamental. Sin embargo, un antiguo Proyecto de nueva Constitución, presentado por la expresidenta M. Bachelet, consideraba un principio de Estado social y nuevos derechos sociales no consagrados en la actual carta fundamental (el derecho al trabajo y a la vivienda), así como una acción de amparo que los protegía y que podía interponerse ante cualquier tribunal de primera instancia, siendo apelable ante el Tribunal Constitucional.

⁶ Véase a modo ejemplar VIERA, Christian. (2014). «*Estado social como fórmula en la Constitución chilena*». Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 21, N°2, págs. 456-457; y SOLARI ALLIENDE, Enzo (1993a) «*Recepción en Chile del Estado Social de Derecho*».

⁷ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*. Traducido por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. Reimpresión. Barcelona: Ariel. En: *Ariel derecho*, 1986, p. 401

justiciabilidad directa de los derechos sociales prestacionales⁸ o, en otras palabras, la posibilidad que tiene el juez de adjudicar beneficios sociales prestacionales en favor de las partes, directamente a partir de una disposición constitucional, sin necesidad de recurrir a las leyes o reglamentos de desarrollo de esas disposiciones, dictados por las autoridades político-representativas.

Así acotado el problema, la discusión se centra en la naturaleza de esos derechos sociales prestacionales⁹. Desde una cierta perspectiva, esa clase de derechos formaría parte de aquel tipo de decisiones constitucionales que fijan un fin constitucional, pero no se pronuncian sobre los medios para llevarlo a cabo. verdaderas *directrices* cuyo seguimiento exige un cierto escalonamiento entre fines y juicios, generalmente muy controvertidos, sobre las relaciones de medio a fin¹⁰. En un sentido similar, De Otto califica los derechos sociales como normas «finalistas», de dificultosa protección jurídica¹¹.

Para dar contenido prestacional tangible a los preceptos constitucionales sociales es necesario, por tanto, un componente de naturaleza extrajurídica: las políticas públicas, esto es, «decisiones formales y legales que establecen un plan de acción para la comunidad», que relacionan «demandas» —tales como más altos niveles de vida, mejores perspectivas de empleo o beneficios del bienestar, mayor participación política, protección para la minoría y derechos individuales, etc.— con «productos», que son las decisiones y acciones del Gobierno, incluyendo la elaboración de políticas, la aprobación de leyes, la imposición de gravámenes y la asignación de fondos públicos¹².

En consecuencia —puesto que la formulación y aplicación de las políticas del Estado compete al Gobierno¹³—, la justiciabilidad de los derechos de este tipo requiere del concurso de las autoridades político-representativas. El control judicial no está familiarizado con la fiscalización de normas finalistas y con la interpretación

⁸ Aunque la mayor parte de los derechos sociales consisten en prestaciones a cargo del Estado, también existen algunos que se satisfacen con abstenciones del Ente público; así, por ejemplo, los derechos colectivos laborales. Ver al respecto MARTÍNEZ ESTAY (2010), p. 134. También se ha referido a la heterogeneidad del concepto de derechos sociales PRIETO SANCHÍS, L. (2000) «*Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*», en Carbonell, M., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, p.18.

⁹ Al respecto véase la cambiante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre derechos sociales en el estudio de JIMENA QUESADA, Luis, et al. «Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales—2018 y 2019». *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 2020, vol. 10, no 2, p. 764-826.

¹⁰ Cfr. José Luis CASCAJO CASTRO, «Derechos sociales», en CASCAJO CASTRO, J. L. (ed.), *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 32, con cita a E. Laporta, J. Ruiz Mañero y Ma. Rodilla, Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico, 2009.

¹¹ Ignacio DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional*, Barcelona, Ariel Derecho, 1989, p. 32.

¹² Cfr. HEYWOOD, A. (2010). *Introducción a la teoría política*. Traducción de Ramón Cotarelo. Ciencia política: Vol. 32. Tirant lo Blanch, pp. 75-97 y 101

¹³ Cfr. HEYWOOD, A. (2010). *Ídem*

de directrices políticas que están en la base de muchos de los derechos sociales¹⁴. Los derechos sociales «[...] no pueden ser exigidos judicialmente del Estado, antes de que no hayan sido institucionalizados por una acción estatal»¹⁵. Por eso, Favoreu distinguía entre derechos inmutables y absolutos —los derechos civiles y políticos—, que existen cualesquiera sean la época o la ideología dominante, «y otros derechos, conocidos como derechos económicos y sociales, que incorporan un cierto margen de contingencia y relatividad, y cuyo reconocimiento se hace en función del Estado de la sociedad y su evolución»¹⁶. Bockenforde, concluía que los derechos sociales fundamentales no son genuinos derechos «y, en estricto sentido, se trata con ellos más bien de metas políticas y no de verdaderos derechos fundamentales»¹⁷.

3. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DISPOSICIONES DIRECTAMENTE JUSTICIABLES

Sin embargo, contra lo expuesto hasta ahora, un influyente sector de la doctrina sostiene que los derechos sociales constitucionales sí son directamente justiciables ante el juez, a quien reconocen un papel mucho más activo en esta materia. Los partidarios de la vinculatoriedad jurídica directa de los derechos sociales defienden la existencia de un *derecho de magnitud constitucional* que permita a los jueces obligar a las autoridades a entregar beneficios sociales sólo en base a la Constitución Política¹⁸.

Para ello, invitan expresamente a los jueces a considerar a los derechos sociales como verdaderos derechos¹⁹. No existiría derecho económico, social o cultural «que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación»²⁰. Ferrajoli agrega que la calificación constitucional de los derechos

¹⁴ Cfr. CASCAJO CASTRO, J. L. (2009) «Derechos sociales», op. cit., p. 32 (ver nota 10).

¹⁵ LOWENSTEIN, K. (1986). *Teoría de la Constitución* (trad. A. Gallego Anabitarte), Barcelona, Ariel, p. 401.

¹⁶ Favoreu. «La Protection des Droits Economiques et Sociaux dans les Constitutions», en *Conflict and Integration: Comparative Law in the World Today*, Chuo, 1989, de acuerdo a la cita contenida en Glendon (1992), pp. 527–528.

¹⁷ BOCKENFORDE, E. W. (1993). *Escritos de derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, pp. 76 y ss.

¹⁸ CROSS, F.B. (2002), «The error of positive rights» *UCLA Law Review*, núm. 48, p. 861. El autor se refiere solo al parlamento, pero adaptamos su argumentación para efectos de este artículo.

¹⁹ De acuerdo con Nogueira Alcalá: «[E]n el Estado del constitucionalismo social los derechos económicos, sociales y culturales constituyen posiciones subjetivas de las personas que afirman un principio de igual dignidad e igualdad substantiva básica de todos los seres humanos [...]». NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2009). *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*. Estudios constitucionales, v. 7, n. 2, página 144, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200007>

²⁰ ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho*. Editorial Trotta, pp. 46-47; ABRAMOVICH, V. (2006). *Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Con-*

sociales como «derechos» supone, además de la actividad legislativa «[...] *el establecimiento de otras tantas directivas dotadas de relevancia decisiva en la actividad interpretativa de la jurisprudencia ordinaria y sobre todo en la de los Tribunales supremos*»²¹. Otros autores fundamentan la exigibilidad judicial de los derechos sociales en su importancia para la calidad de vida de las personas²² o en la libertad, entendida en términos sustanciales²³.

Sin embargo, las anteriores técnicas parecen apuntar al «cómo» o al «porqué», pero no al «qué» justiciar. Por ello, esa misma doctrina propone una serie de construcciones destinadas a facilitar al juez la determinación de políticas o beneficios sociales concretos que puede extraer a partir de las respectivas disposiciones constitucionales. Entre ellas se encuentran la redefinición de derechos civiles para dar cabida, en ellos, a pretensiones propias de los derechos sociales²⁴ (por ejemplo, el derecho a la vida, en relación al derecho a la salud). la «indivisibilidad e interdependencia» entre derechos sociales e individuales²⁵. la «progresividad y no regresividad», esto es, la obligación de los Estados de ir avanzando en la cobertura de los derechos sociales prestacionales, de manera siempre incremental y sin posibilidad de derogar los logros alcanzados²⁶. o la demostración de que, atendido que tanto derechos civiles como derechos sociales comparten una estructura similar (un haz o conjunto de derechos y obligaciones positivas

trol de las Políticas Sociales. *Anuario De Derechos Humanos*, (2), 13–51. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2006.13370>, p. 23.

²¹ FERRAJOLI, L. (1999). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta. p. 109. Énfasis nuestro.

²² Así por ejemplo, ZÚÑIGA FAJURI, A. (2011). «*The right to life and the right to health care in the Constitution: a necessary relationship*». *Estudios constitucionales*, v. 9, n. 1, pp. 37–64, cuando entiende que los derechos sociales siempre están ligados a los derechos básicos como la vida, constituyendo un todo indisoluble que el juez puede y debe conocer.

²³ ALEX, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por Bernal Pulido, Carlos (2ª ed.). *El Derecho y la justicia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 448–449 y 453–455, señala que, en nombre de la libertad fáctica, el juez estaría autorizado para adjudicar directamente determinados derechos sociales, dejando a un lado principios como la separación de poderes, la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) e, incluso, «principios materiales contrapuestos» (especialmente, dice el autor, aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros).

²⁴ ABRAMOVICH y COURTIS (2002), op. cit.; JORDÁN DÍAZ, T. (2006). *La protección de los derechos sociales: Modelos comparados de tutela jurisprudencial en España y Chile*. Colección De Investigaciones Jurídicas(10), 1–220.

²⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2009). *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 143–205. http://www.cecoh.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios6.pdf.

²⁶ POYANCO BUGUEÑO, R. A. (2017). *Derechos sociales y políticas públicas: El principio de progresividad*. *Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano*, XXIII, 327–347. <http://www.kas.de/rspla/es/publications/51336/>; ESCOBAR ROCA, G. (2012), «El Estado social como principio constitucional. Quince tesis», en Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, A. GUTIÉRREZ NOGUEROLES, L. JIMENA QUESADA, J. TAJADURA TEJADA, P. TENORIO SÁNCHEZ y C. VIDAL PRADO (Eds.), *Constitución y democracia: Ayer y Hoy: Libro homenaje a Antonio Torres del Moral. Volumen I* (1ª ed., pp. 477–498). Universitas, p. 499.

y negativas) no existen diferencias sustanciales entre ambas categorías de derechos²⁷. Una última técnica es el recurso argumentativo por los tribunales a las «Observaciones Generales» del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU²⁸ y que se caracterizan por desarrollar con cierto detalle el contenido de políticas que debiera caracterizar al cumplimiento de cada uno de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Otros autores llegan a establecer, de antemano, contenidos exigibles mínimos, cualquiera sea el sistema político o circunstancias socio-económicas del Estado²⁹.

4. EL PROBLEMA DE LAS ENTREGAR LA DEFINICIÓN DE LAS POLÍTICAS SOCIALES AL JUEZ

a) La «indefinición» de los derechos sociales

Sin embargo, incluso en los casos en que una Carta fundamental regule estos derechos de manera más o menos detallada, el problema reside en que invitar al juez a extraer de forma directa una política social o un beneficio social concreto a partir de una disposición constitucional social, sin la participación de las autoridades representativas, es introducirlo a una forma de razonamiento —el propio de las políticas— que se aleja completamente de lo que puede hacer un juez³⁰. Lo que caracteriza a la decisión política es que se argumenta y es argumentable a partir de los fines que

²⁷ SHUE, H. (1984). The Interdependence of Duties. En P. ALSTON y K. TOMAŠEVSKY (Eds.), *International studies in Human Rights. The Right to food* (pp. 83–95). Martinus Nijhoff; EIDE, A. (1989). Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo. *Revista De La Comisión Internacional De Juristas*(43); FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R. (2009). Justificación del Rol de las Cortes haciendo justiciables los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en Particular, el Derecho a la Protección de la Salud. *Revista Chilena De Derecho*, 36(2), 313–342.

²⁸ Hasta la fecha, el Comité PIDESC ha dictado 24 Observaciones Generales (OO.GG.) referidas, sea al contenido de los derechos sociales reconocidos en el PIDESC, sea a aspectos transversales del cumplimiento de todos ellos.

²⁹ FERRAJOLI, L. (1999), *op. cit.*, propone prestaciones gratuitas, obligatorias e incluso automáticas, tales como la enseñanza pública, la asistencia sanitaria o la renta mínima garantizada. Alexy, por su parte, alude a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel mínimo de asistencia médica. Otras propuestas, en KARTASHKIN, V. (1982), «Economic, Social and Cultural Rights», en K. VASAK y P. ALSTON (Eds.), *The International dimensions of human rights* (pp. 111–133). Greenwood Press; Unesco; y en ABRAMOVICH y COURTIS (2002), *op. Cit.*

³⁰ Atria ubica en este punto concreto el problema central de la justiciabilidad de los derechos sociales: «[E]s incorrecto entender que lo problemático de los derechos sociales, en esta lectura, sea su «indeterminación» (119). No se trata de que esos derechos sean, a diferencia de los de primera generación, «indeterminados» en cuanto a su contenido. Se trata de que una norma que constitucionaliza un derecho social no contiene decisión política alguna que pueda ser entendida y aplicada por un juez en tanto juez». ATRIA, F. (2004). Réplica. Derecho y Política a propósito de los derechos sociales. *Discusiones*, 4 (4), 151-152.

persigue y de las consecuencias que previsiblemente puede tener la opción por una u otra posibilidad. El político, como el juez, decide, pero no está sometido ni a reglas de interpretación, ni a los precedentes, ni a la dogmática, límites que sí sujetan al juez en su razonamiento jurídico.³¹ Las controversias políticas puras —frente a los litigios jurídicos sobre materias políticas—, son conflictos que no pueden ser resueltos por la mera aplicación de normas jurídicas. Tales cuestiones «no pierden su carácter político, a pesar de la fraseología y el aparato jurídico con que pueden ser tratadas. Por lo tanto, su solución jurisdiccional acarrearía graves perjuicios a la justicia y no contribuiría en nada al mejoramiento del juego político»³². Gomes Canotilho, a su vez, advierte los complejos problemas que ha supuesto en Portugal la constitucionalización no solo de los derechos sociales, sino también «las políticas públicas» que llevan a cabo esos derechos, lo que puede disminuir la necesaria discrecionalidad del legislador en esta materia. Por eso, el autor propone la desconstitucionalización de aquellas políticas³³. De manera más directa, Pereira y Coello estiman que, en el caso de los derechos sociales «[...] Bajo la máscara de un derecho, lo que se hace no es otra cosa que formalizar un programa político, que nunca tendrá lugar sin una intensa actividad gubernamental, por mucho que se constitucionalice»³⁴.

b) *El componente ideológico*

Especial importancia, dentro de los componentes extrajurídicos que configuran a las políticas, debe otorgarse al factor ideológico. La genuina función de una Constitución no es imponer un determinado ni el mejor modelo de políticas sociales —pues una política puede ser muy mala y aún así, ser constitucional³⁵—, sino evitar que éstas vulneren determinados límites esenciales tales como la vida, derechos y libertades de las personas. Pero, dentro de esos límites, al menos en cuestiones de índole social prestacional, lo que debe primar es la libertad ideológica y la posibilidad de

³¹ DE OTTO y PARDO, I. (2010). La Posición del Tribunal Constitucional a partir de la Doctrina de la Interpretación Constitucional. En I. d. OTTO y PARDO, R. PUNSET, F. J. BASTIDA FREIJEDO y J. VARELA SUANZES (Eds.), *Ignacio de Otto y Pardo: Obras completas* (pp. 1159–1553). Universidad de Oviedo; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 1167–1169.

³² LEIBHOLZ, Gerhard. El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. 1966, (146), 89–100. ISSN 0048-7694, p. 92.

³³ GOMES CANOTILHO, J. J., «Derecho, derechos; Tribunal, tribunales», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núms. 60–61, 1998, p. 48.

³⁴ Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT e Iñigo COELLO DE PORTUGAL Y MARTÍNEZ DEL PERAL, «*Normatividad constitucional, igualdad y derechos sociales*», *El principio de la igualdad en la Constitución Española*, vol. I, X I Jornadas de estudio [de] Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, 1991, p.950.

³⁵ THAYER, J. B. (1893). *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. *Harvard Law Review*, 7(3), pp. 141–142

que distintos modelos de desarrollo social compitan lealmente a través de los medios que provee la arena democrática³⁶.

Por esto, la jurisdicción constitucional «es, *eo ipso*, «jurisdicción sobre lo político», pero no equiparable a «jurisdicción política [...]»³⁷. SHUTERLAND señala cómo en la tradición constitucional norteamericana, caracterizada por su aspiración a un gobierno «de derecho, y no de hombres», se teme tanto al capricho del gobernante como al capricho del propio juez: «consideraciones de equidad o justicia o política social parecen a veces ajenas [al Derecho]»³⁸. GARCÍA DE ENTERRÍA critica el «intento inadmisibles de disolver la objetividad del Derecho y sus estructuras técnicas en un sistema abierto, retórico e irresponsable de simples juicios éticos o políticos». El jurista «es consciente de no cabe una confusión entre [...] la Política y el Derecho [...]. Como ha dicho formulariamente FORSTHOFF, la superación del positivismo de ningún modo puede implicar el abandono de la positividad del Derecho»³⁹.

Aclaremos que nuestro punto de vista, por tanto, no se opone en absoluto a un sistema más o menos estatizado (o no) de prestaciones sociales en materia de salud, educación, etc.. ni prejuzga entre un sistema constitucional de estado subsidiario o estado social. El problema es que la elección entre estas alternativas la hagan los jueces, o la doctrina que alienta el enfoque aquí criticado⁴⁰, y no las autoridades con competencia constitucional para hacerlo, o la propia sociedad, a través de los mecanismos de participación democrática.

La libertad ideológica con que debe contar una sociedad para escoger el modelo político-social que ha de satisfacer sus necesidades es esencial para comprender nuestra propuesta de Consejo Económico y Social, como veremos más adelante.

³⁶ ROSENKRANTZ, C. *La pobreza, la ley y la constitución* (SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers núm. 15). Yale Law School, pp. 8-10: no existe coincidencia en las sociedades democráticas acerca de «lo que requiere la justicia distributiva» [...] No hay ninguna distribución de recursos que se haya convertido en una verdad política incontestable».

³⁷ WEBER, A. (1986). *La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: Una comparación*. Revista Española De Derecho Constitucional, 6(17), 47-83, p. 80. El autor menciona otras facetas de esta discusión, entre las que se encuentra la doctrina de las «political questions», etc..

³⁸ SHUTERLAND, A. E. (1972). *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana: Ideas fundamentales sobre Constitucionalismo*. Tipográfica Editora Argentina, pp. 292-293.

³⁹ García de Enterría, E. (1963). *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*. Revista De Administración Pública (40), 189-222, p. 211.

⁴⁰ Aunque algunos, como Figueroa, niegan que la labor de adjudicación de los jueces implique una intervención en políticas públicas, al menos de modo genérico. FIGUEROA G-H., R. (2009). «Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: discusión teórica». *Revista chilena de derecho*, v. 36, n. 3, pp. 587-620. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000300006>, p. 595. Sin embargo, este aserto olvida los efectos agregados de las sentencias de los jueces en esta materia, cuando los jueces comienzan a fallar en un determinado sentido, a partir de un caso que genera precedente. Así ha sucedido en Brasil, Colombia y, últimamente, en Chile, con la jurisprudencia sobre medicamentos de alto costo. Véase al respecto POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo Andrés, *Derechos sociales en Europa y Sudamérica. Jurisprudencia comparada*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 313 y ss.

5. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO COMO DERECHOS LEGALES

Todo esto explica que, en la generalidad de los ordenamientos constitucionales europeo-continenciales, los derechos sociales prestacionales de base constitucional se caractericen por su falta de efecto vinculante directo y por dejar su concreción normativa abierta en términos tan amplios como sea posible, precisamente para dar cabida a las atribuciones de las autoridades, a las distintas opciones ideológicas que se batan legítimamente en el campo democrático, y a las distintas soluciones que pueden exigir las necesidades sociales que surgen en cada momento⁴¹. Cuando las constituciones incorporan derechos sociales, un principio de Estado social⁴² o cláusulas de igualdad material⁴³, por regla general no dicen cómo deben concretarse⁴⁴, incluso en los casos en que las normas constitucionales describen con más detalle el respectivo derecho social de prestación⁴⁵. La latitud con que los poderes político-representativos cuentan para concretar los derechos sociales constitucionales en políticas y beneficios⁴⁶

⁴¹ GLENDON advierte en numerosas constituciones europeas la indefinición del lenguaje constitucional relativo al Estado social, o la presentación de los derechos sociales y económicos como meros principios políticos destinados a guiar a los órganos de gobierno en el desempeño de sus respectivas funciones («*Rights in Twentieth-Century Constitutions*», The University of Chicago Law Review, núm. 59, 1992, pp. 527-528).

⁴² Ley Fundamental de Alemania, art. 20.1; Constitución Española de 1978, art. 1.1; Constitución colombiana, art. 1.

⁴³ Constitución Española, art. 9.2; Constitución italiana, art. 3.2

⁴⁴ La referencia a políticas sociales formuladas por las autoridades puede hacerse directamente —señalándolo en la norma constitucional (art. 196 de la Constitución brasileña: «[la] salud es derecho de todos y deber del Estado, garantizado mediante *políticas sociales y económicas*...»—; o indirectamente, privando a los derechos sociales del amparo de acciones constitucionales directas (v. gr. Constitución chilena; o Constitución española).

⁴⁵ Por ejemplo, la Constitución portuguesa impone la existencia de un «servicio nacional de salud», disposición que fue entendida en términos literales por el Tribunal Constitucional portugués en su sentencia 39/84. Por otro lado, Constituciones como la chilena imponen de forma específica la existencia de determinados niveles de educación gratuita (véase art. 19 nro. 10).

⁴⁶ Véase la conocida sentencia del Tribunal Constitucional Federal *Numerus Clausus*, del año 1972 (BVerfGE 33, 303) sobre la subordinación de los derechos de participación a la reserva de lo posible, esto es «lo que el particular puede exigir en forma razonable de la sociedad», y las responsabilidades del legislador de elaborar su presupuesto atendiendo también a otros intereses sociales y a los requisitos del equilibrio económico. En Italia, la Corte Constitucional (Rol N° 36/2000, de 3 de febrero de 2000, fundamento jurídico 3) señaló que la normativa constitucional sobre 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. En Portugal, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la seguridad social es de naturaleza esencialmente económica y social, por lo que, en comparación con los derechos y libertades clásicos, está sujeto a un margen de configuración legislativa más amplio. El legislador debe hacer las ponderaciones que garanticen la sustentabilidad del sistema, y una justa distribución de los recursos (Rol N° 3/2010, de 11 de enero de 2010, fundamento jurídico 2). Finalmente, el Tribunal Constitucional español, refiriéndose a los «Principios rectores de la política social y económica» del capítulo Tercero del Título I de la

concretos ha sido reconocida por la jurisprudencia de diversos tribunales europeos y latinoamericanos ⁴⁷.

6. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1980

Como vemos, las disposiciones constitucionales en Europa no han impedido que, en la práctica, el papel del legislador sea mucho más importante en la materialización del Estado social que el del juez. ¿Ocurre algo distinto en Chile?

La filosofía jurídica de la Carta de 1980 se caracteriza por la marcada distinción entre Estado y sociedad, el intento de defender la independencia de ésta frente a la influencia del primero, y el reconocimiento de su papel en la consecución del bien colectivo, mediante «infinitud de comportamientos y procesos que quedan al margen de la esfera del Estado»⁴⁸. Esto explica que no consagre, ni de forma expresa ni de forma implícita, un principio de «Estado social». Por el contrario, esta Constitución establece el denominado «principio de subsidiariedad»⁴⁹, noción de origen católico que, en lo doctrinario, intenta regular las relaciones entre los individuos, las socie-

Constitución, ha sostenido que si bien son «los poderes públicos deben buscar los medios para lograr que la realidad se acerque a los principios rectores [...] y, singularmente, para promover condiciones de igualdad real y efectiva (art. 9.2 C.E.)», entre tales poderes públicos, «son el legislador y el Gobierno quienes tienen el poder de iniciativa, y no este Tribunal. Son ellos [...] quienes deben adoptar decisiones y normas de efectos directos sobre el sistema de la Seguridad Social que lo configuren, dentro de las posibilidades reales que tampoco este Tribunal puede ni debe conocer ni valorar, como más adecuado para conseguir los fines constitucionalmente previstos [...]» (Rol N° 189/1987, de 26 de septiembre de 1987, fundamento jurídico 10). Para otros ejemplos de España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el famoso caso Airey v. Ireland) y Estados Unidos, véase MARTÍNEZ, (2010), pp. 139–143

⁴⁷ En Sudamérica —aunque en las últimas tres décadas, el continente se ha encaminado hacia un pronunciado activismo judicial en esta materia— también encontramos algunas declaraciones judiciales en este sentido. Así, por ejemplo, en 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 tienen eficacia directa ni aplicación inmediata, entendidas éstas como la posibilidad de ser reclamados directamente del obligado a reconocerlos, 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»); y en Perú, la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 0011-2002-AI/TC, de 10 de junio de 2002 («[t]anto el derecho a la seguridad social como el derecho a la protección de la salud forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales de preceptividad diferida, prestacionales, o también denominados progresivos o programáticos»).

⁴⁸ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y María Pía SILVA GALLINATO, *Tratado de derecho constitucional: La constitución de 1980. Bases de la institucionalidad, nacionalidad y ciudadanía, justicia electoral*. Editorial Jurídica de Chile, 4, 1997, p. 20.

⁴⁹ Que puede deducirse de la protección constitucional a los cuerpos intermedios de la sociedad, en el art. 1° inc. 3° de la Constitución. Véanse GARCÍA PINO, Gonzalo y Pablo CONTRERAS VÁSQUEZ, *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago de Chile. En: *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 55, 2014, p. 181. FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico: Tomo I. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica, v. 1,

dades inferiores y la sociedad mayor (el Estado)⁵⁰. En su virtud, el Estado no debe tomar a su cargo lo que pueden en buenas condiciones realizar las personas y los entes colectivos. y, a la inversa, el Estado se encuentra obligado a proveer a la satisfacción de las necesidades colectivas, en cuanto los particulares no estén en posibilidad de lograrla⁵¹. La clara diferenciación constitucional entre la sociedad y el Estado busca fomentar el desarrollo y la responsabilidad de personas y comunidades⁵², y «envuelve el rechazo de los diversos totalitarismos y de todas las ideologías transpersonalistas que los generan y sostienen [...]»⁵³.

Sin embargo, el principio de subsidiariedad no garantiza ni se opone, necesariamente, a la presencia estatal o la privada. sólo opta por un título preferente para los particulares en las actividades de la sociedad que no sean indelegables e intrínsecamente estatales, pertenecientes a él en cuanto tal (RR.EE., Defensa, etc.). En este sentido, el Estado puede ampliarse y el particular retraerse cada vez que se estime que éstos no están cumpliendo adecuadamente con el fin que se propusieron, y ese objetivo, política o tarea sea relevante para el bien común, y viceversa⁵⁴. En otras palabras, como hemos dicho anteriormente, el principio de subsidiariedad no se opone a la existencia de beneficios sociales prestacionales de cargo estatal reconocidos como

2001, pp. 88–89, enumera otras normas constitucionales que complementan la idea central de este principio.

⁵⁰ Los juristas que asesoraron al régimen militar en esta materia se decantaron claramente por una visión católica de este principio, formulado explícitamente, por vez primera, en la encíclica *Quadragesimo Anno* de Pío XI, publicada el 1º de mayo de 1931. Véase también SOTO KLOSS, Eduardo. *Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad*. *Revista de Derecho Público* [en línea]. 1986, (39/40), 33–49. ISSN 19097778. Disponible en: 10.5354/0719-5249.1986.43680, pp. 40 y ss.

⁵¹ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y María Pía SILVA GALLINATO, *Tratado de derecho constitucional: La constitución de 1980. Bases de la institucionalidad, nacionalidad y ciudadanía, justicia electoral*.: Editorial Jurídica de Chile, 4, 1997, pp. 51–52

⁵² SAN FRANCISCO REYES, Alejandro. *Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980*. *Revista Chilena de Derecho*. 1992, 19(3), 527–548, pp. 530– 533. Véase BERTELSEN REPETTO, Raúl. *Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile*. *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. 1987, 14(1), 49–62, p. 59. En este sentido, el principal ideólogo del principio de subsidiariedad, Jaime GUZMÁN, sostenía que: «[...] [hacer] crecer la iniciativa particular en todos los ámbitos que le están potencialmente abiertos [...] beneficia al país, y también favorece un Estado más eficiente en sus trascendentales tareas propias e indelegables [...]. Siempre que no se trate de una función exclusiva e indelegable del Estado (y ni las prestaciones de servicios educacionales o de salud lo son), la responsabilidad estatal debe entenderse subsidiaria o supletoria. [...]». En síntesis, el Estado subsidiario [...] [b]usca y anhela las condiciones que posibiliten esa reducción [del Estado] como uno de sus objetivos más preciados, por representar la contrapartida de incentivar una mayor vitalidad creadora y participativa del cuerpo social» Senado de la República de Chile (1990, Intervención del Senador Jaime GUZMÁN, p. 15). Cursivas nuestras.

⁵³ SILVA Y SILVA, op. cit., pp. 20–21.

⁵⁴ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. *El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: José Francisco GARCÍA GARCÍA, ed. *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta, evolución constitucional*. Chile: Thomson Reuters, 2014, pp. 213–242, p. 220. El autor recalca el carácter excepcional, temporal y reversible que debe revestir la intervención del Estado, siempre con miras a restituir a la sociedad su papel en la materia.

derechos. pero sí se opone a la monopolización estatal, de forma definitiva, de la actividad prestacional en estas materias.

a) El principio de subsidiariedad y los derechos sociales

Por esto es que, mientras la Constitución de 1925⁵⁵ entregaba al Estado la obligación de «adoptar todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales...necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y la dignidad humanas» (n.º 16 del art. 10). de «remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualdad de las personas y grupos». y de garantizar y promover su acceso a todos los niveles de la educación y la cultura y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos (n.º 17 del art. 10), la Constitución de 1980 no entrega la responsabilidad de lo social, de manera principal, al Estado. Tampoco contiene algún mandato constitucional que disponga la creación de un servicio público de salud, educación o seguridad social⁵⁶. La servicialidad del Estado y su deber de «crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible [...]» (art. 1.º, inc.4.º, de la Constitución) no impiden que la realización de esos objetivos sea entregada a la sociedad.

b) La regulación constitucional de los derechos sociales: el ejemplo del derecho a la salud⁵⁷

Un ejemplo de lo expuesto es el derecho a la protección de la salud consagrado en la actual Constitución (pionera en el reconocimiento de este derecho⁵⁸). El art.

⁵⁵ En su texto vigente al año 1971, luego de una de las últimas reformas que se hizo a su articulado, que parece haber sido una reforma ampliamente consensuada entre los diversos actores políticos de la época.

⁵⁶ Los derechos sociales prestacionales carecen de un núcleo esencial al estilo de los derechos civiles regulados en la Constitución Política de 1980 pues, jurídicamente hablando, la determinación de su contenido concreto corresponde al legislador, de acuerdo con los recursos disponibles. Véase Martínez Estay, J. I. (2010). «*Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena*». *Estudios constitucionales*, v. 8, n. 2, página 135. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200006>

⁵⁷ En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha fallado sobre esta materia en los casos Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, todos estos casos tratan sobre la prestación de salud que debe otorgar el Estado y cómo ello implica también un estándar de cumplimiento de dicha prestación.

⁵⁸ La Constitución de 1925 se refería a la salud pública, pero lo hacía como «un deber del Estado», dentro de un artículo dedicado al derecho a la seguridad social (art. 10 nro. 16). La misma norma con-

19 N° 9 garantiza a todas las personas «el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo». El Estado se encarga de «la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud», y debe «garantizar la ejecución de las acciones de salud»⁵⁹. (incisos 2, 3 y 4).

Sin embargo, la Constitución permite a los particulares intervenir en la prestación de servicios de salud en pie de igualdad con las instituciones públicas. Esto implica la coexistencia de dos sistemas de salud. Junto al sistema público, a cargo de Fondo Nacional de Salud (FONASA)⁶⁰, coexiste el sistema de las Instituciones de Salud Previsional, o ISAPRES, que opera bajo la lógica de seguros individuales de salud⁶¹, y que puede reemplazar al sistema público, en pie de igualdad, respecto de aquellas personas que escogen atenderse en aquél y no en éste⁶². La libertad de las personas para escoger entre el sistema público o privado de salud —inciso final del art. 19 nro. 9—, está amparada jurisdiccionalmente mediante el recurso de protección (el amparo chileno a derechos fundamentales del art. 20 de la Constitución Política).

Cabe destacar que esta regulación constitucional asegura la participación de los particulares en la prestación de servicios de salud, pero no impide la participación del Estado o de sus organismos en estas materias —en ocasiones, de manera incisiva— ni la creación legislativa de innovadoras políticas sanitarias, en algunos casos pioneras en América Latina, y que benefician a los usuarios de ambos sectores. Así, por ejemplo, destaca la creación del sistema de prestaciones garantizadas AUGE o GES, destinado a garantizar una canasta de prestaciones mínimas a los usuarios de los sistemas público o privado⁶³, o la creación de un sistema de protección financiera (Ley N° 20.850, de 2015), que regula el apoyo financiero estatal para tratamientos de salud cuyos costos son catastróficos para el paciente⁶⁴.

graba el deber de éste de destinar cada año «una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud». Sin embargo, esa Carta fundamental no contemplaba una acción constitucional tal como el actual recurso de protección, ni siquiera respecto de los derechos de primera generación.

⁵⁹ García y Contreras, op. Cit., pp. 62–63. Ver también el art. 131 del DFL 1/2005 del Ministerio de Salud

⁶⁰ Véase D.F.L. N° 1, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes Nos. 18.933 y 18.469.

⁶¹ La relación entre las personas y las Isapres es de carácter contractual, según se desprende del art. 184 del D.F.L. N° 1 de 2006, y la libertad de las partes está regulada y limitada por una serie de condiciones y prohibiciones. Entre las condiciones está la posibilidad de las Isapres de revisar los precios de los planes de salud que ofrecen, limitada por una serie de parámetros que se contienen en la ley y en decisiones administrativas de la Superintendencia de Salud. Véase el art. 199 de la misma ley.

⁶² Para entender características definitorias del sistema chileno en relación a otros del continente sudamericano, véase SOJO, Ana. *Condiciones para el acceso universal a la salud en América Latina: derechos sociales, protección social y restricciones financieras y políticas*. Ciênc. saúde coletiva. 2011, 16(6), 2673–2685, p. 2681.

⁶³ Para un resumen del sistema y de la normativa que lo fundamenta, véase [https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/plan-ges-\(ex-auge\)](https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/plan-ges-(ex-auge))

⁶⁴ Una explicación de este sistema en el documento del «Observatorio Judicial» *Corte Suprema versus Ricarte Soto: Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo* (núm. 15), de 2019.

7. NUESTRA PROPUESTA CONSTITUCIONAL: CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL.

Las limitaciones dogmáticas en la justiciabilidad de los derechos sociales son un condicionamiento clave en cualquier innovación que desee introducirse en una nueva Carta fundamental, y llaman a moderar las expectativas que pueda causar una inclusión indiscriminada de nuevos derechos sociales o un principio de estado social⁶⁵. Como lo ha mostrado la experiencia comparada, la efectividad de un sistema de Estado social dependerá, al final del día, mucho más de lo que diga la legislación social, que de las disposiciones constitucionales respectivas⁶⁶.

En este sentido, y en consonancia con las cuestiones dogmáticas aquí analizadas sobre la relación entre jueces y autoridades político-representativas en materia de derechos sociales, parece mucho más provechoso incidir en el proceso de formulación de las políticas que puedan derivarse de esos derechos, para lograr que éste se desarrolle de forma adecuada.

Es de notar al respecto que no existe en Chile un solo órgano regulado constitucionalmente que se ocupe de forma preferente y concentrada de los derechos sociales. Probablemente, esto se explica porque existen diferentes Ministerios que desarrollan distintos aspectos de las políticas económicas y sociales de cada gobierno. Tampoco existe en Chile un Ombudsman o defensor del pueblo que pueda incidir en estas materias. Esta falta de organicidad podría llevar a que las políticas públicas en materia de salud, educación o seguridad social sean eventualmente contradictorias entre sí, lleven a una duplicidad de esfuerzos o provoquen otro tipo de ineficiencias.

Por ello, en términos concretos, estimamos que sería de gran utilidad incorporar, en el nuevo texto constitucional, un Consejo Económico y Social⁶⁷, de carácter colegiado y consultivo respecto del Presidente de la República y del futuro parlamento,

⁶⁵ Un panorama de las propuestas sobre derechos sociales y nuevos derechos que está examinando la convención constitucional puede encontrarse en el documento del Observatorio de Nueva Constitución denominado «Las propuestas constitucionales de los 155 convencionales, la línea de base para analizar la discusión constitucional que se inicia», disponible en: <https://media.elmostrador.cl/2021/10/Observacio%CC%81n5.pdf>

⁶⁶ Sobre ejemplos mundiales de Estados de Bienestar exitosos que no tienen consagración constitucional, ver MARTÍNEZ ESTAY (2010), pp. 129-130.

⁶⁷ Propuesta normativa: «Sobre el Consejo Económico y Social.

1. Habrá un Consejo Económico y Social, de naturaleza consultiva, que se encargará de informar al Congreso y al Presidente de la República, sobre los proyectos de ley en materia socioeconómica y laboral. La consulta al Consejo tendrá el carácter de obligatoria o facultativa, según el caso. En el evento que la ley disponga una consulta obligatoria, las conclusiones del informe que elabore el Consejo serán vinculantes.
2. El Consejo será un organismo autónomo, con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio.
3. El Consejo estará integrado por 36 miembros, incluido su presidente. De ellos, diez serán representantes de organizaciones sindicales; diez serán representantes de los gremios empresariales; cinco serán representantes de los sectores agrario y pesquero; cinco serán

y que, consultado durante el proceso de elaboración de políticas con impacto social, pueda emitir informes que den cuenta a los órganos político-representativos de las demandas actualizadas de la población en cuestiones de carácter socioeconómico. Esta innovación permitiría compatibilizar la necesidad de dar respuesta a las necesidades y demandas de la población, con las atribuciones de los órganos políticos representativos en materia de políticas sociales, que son los responsables de su formulación. De esta manera se protege también la naturaleza y límites de la función jurisdiccional, liberándola de la obligación de dar respuesta directa a través de sus sentencias a determinadas necesidades apremiantes de la población.

Órganos similares ya existen⁶⁸ en otros importantes ordenamientos jurídicos regulados por constituciones con Estado social. Así por ejemplo la Constitución italiana incorpora un Consejo Nacional de Economía y del Trabajo, compuesto por expertos y representantes de las diversas categorías productivas del país. Se trata de un órgano consultivo del Parlamento y del Gobierno con relación a las materias que la ley le encomiende. Además, cuenta con iniciativa legislativa, y colabora en la elaboración de legislación de contenido económico-social, con arreglo a los principios y dentro de los límites que le fija la ley. La Constitución francesa, a su vez, contempla un Consejo Económico, Social y Medioambiental que, a requerimiento del Gobierno, emite dictámenes sobre proyectos de ley, de ordenanza o de decreto. El Consejo puede designar a uno de sus miembros para que exponga ante las Cámaras parlamentarias el dictamen del Consejo sobre los proyectos o proposiciones que le hayan sido sometidos. En el mismo sentido, en España, el Consejo Económico y Social «es un órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral. Se configura como un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia, plena capacidad y autonomía orgánica y funcional para el cumplimiento de sus fines, adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social»⁶⁹. Por último, la Unión Europea cuenta con el Comité Económico y Social Europeo, órgano consultivo de la Unión, que elabora dictámenes para la Comisión Europea, el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo, respecto de proyectos de legislación europea en materia económico-social. Está conformado por representantes de organizaciones sindicales y de trabajadores, del sector empresarial y de otros grupos de interés.

representantes de los consumidores y usuarios, y seis serán expertos en las materias de competencia del Consejo.

4. El Consejo podrá designar a uno de sus miembros para que exponga ante las Cámaras parlamentarias las conclusiones de los informes que le hayan sido solicitados.
5. Una ley orgánica dispondrá el modo de designación de los miembros del Consejo, su estructura interna, y las funciones específicas que desempeñará».

⁶⁸ Véase Comité económico y social Europeo <https://www.eesc.europa.eu/es> Igualmente véase el Consejo Económico, Social y Medioambiental francés <https://www.lecese.fr/es> Al respecto véase el Consejo Nacional de la Economía y Trabajo <https://www.cnel.it/>

⁶⁹ Ley 21/1991, de 17 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social de España, de 18 de junio de 1991. Disponible en: <http://www.ces.es/documents/10180/13406/LeyCES/a97a8870-83bc-4674-aad7-9d680b4341f7>

En general, los Consejos que hemos mencionado comparten características importantes, como una integración variada (por ejemplo, con trabajadores, empresarios, dirigentes sindicales y expertos en política pública), la elaboración de informes periódicos sobre materias sociales, la autonomía del órgano respecto del o los gobiernos nacionales, y la facultad de que uno de sus miembros exponga ante instancias legislativas.

La incorporación de un organismo de este tipo, permitiría institucionalizar un canal de comunicación entre las cambiantes y contingentes demandas socioeconómicas de la población y el sistema político representativo, sin comprometer las competencias y responsabilidad última que éste tiene en la adopción de decisiones de políticas sociales, considerando todos los elementos de oportunidad, conveniencia, ideológicos, económicos, que deben incidir en ellas. La misma innovación institucional permitiría aliviar al juez de la carga de tener que considerar factores de orden socioeconómico en sus sentencias, reservando su labor a la que le corresponde por naturaleza, esto es, la adjudicación de conflictos concretos en base a reglas de derecho.

La introducción del Consejo Económico y Social daría cauce institucional al diálogo social. Un Consejo Económico y Social, haría posible que los diversos actores económico-sociales cuenten con una vía que les permita influir en la adopción de mejores decisiones de políticas públicas de incidencia social. Y todo ello en un marco de diálogo y de recíproco reconocimiento, como lo demuestra la experiencia de instituciones similares ya existentes. La creación de este Consejo puede ser además una buena oportunidad para que esos mismos actores sean protagonistas del desarrollo del país, colaborando en mejorar la competitividad económica, el desarrollo y la cohesión social, a través de su rol consultivo⁷⁰.

Así, el modelo del Consejo Económico y Social de tipo europeo⁷¹ que proponemos puede ser una oportunidad para superar la desconfianza entre los principales agentes económico-sociales, transformándolos en colaboradores activos del desarrollo nacional. En este sentido nuestra propuesta considera una composición tripartita de trabajadores, empresarios y otros grupos de interés, asesorados por técnicos que debieran formar parte de la estructura de este organismo.

Por otra parte, debe considerarse que la existencia de este Consejo permitiría ampliar la participación de los ciudadanos, fortaleciendo así el sistema democrático. Y es que la «democracia participativa supone un refuerzo, un complemento de la legitimación básica e imprescindible de la democracia, la que deriva de la participación de los ciudadanos en votaciones libres para elegir sus representantes, y con ello, sus gobernantes. Las fórmulas de democracia participativa favorecen el hacer llegar

⁷⁰ Véase, MONTALVO CORREA, Jaime (2005). Los Consejos Económicos y Sociales u otros Órganos Similares, ponencia en *X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Santiago de Chile.

⁷¹ Véase la página web del CESE disponible en <https://www.eesc.europa.eu/es>. Visitada por última vez el 21 de abril de 2022.

a los gobernantes los criterios de los ciudadanos respecto de determinadas esferas de sus intereses o de sus posiciones en el sistema socioeconómico. En este sentido, las organizaciones que representan intereses socioeconómicos, cuando participan en procedimientos de consulta, diálogo o concertación social, están desarrollando fórmulas de democracia participativa. Con esta perspectiva, los Consejos Económicos y Sociales (CES) son instituciones de democracia participativa, al estar formados por los interlocutores sociales y representantes de la sociedad civil organizada y porque participan en los asuntos públicos a través de procedimientos de consulta o, en su caso, negociación»⁷².

En base a todo lo anterior, pensamos que el Consejo Económico Social debería tener una competencia consultiva que se traduzca en emitir informes previos sobre materias relevantes de índole socio-económico, que debería ser requerida obligatoriamente, al menos en los siguientes ámbitos específicos: proyectos de ley que desarrollen, diseñen o ajusten políticas públicas en materia de vivienda, protección de empleos, salud, seguridad social, educación, etc., así como en la fijación del salario mínimo. Esto sin perjuicio de la posibilidad de requerirse su opinión por el Presidente de la República o por el Congreso cuando lo estimen conveniente.

8. CONCLUSIONES

La naturaleza de los derechos sociales prestacionales determina que, aun cuando estén consagrados en una Constitución, precisen para su justiciabilidad del desarrollo legislativo a cargo de las autoridades político-representativas, que son las encargadas de diseñar las políticas sociales que dan cuerpo a esas disposiciones constitucionales, considerando los aspectos de oportunidad o conveniencia, económicos, ideológicos y otros igualmente contingentes, que son necesarios para formularlas. A su vez, ello determina los límites de la función jurisdiccional en esta materia, pues la adjudicación directa de derechos sociales a partir de la sola Constitución podría involucrar al juez en complicadas evaluaciones de oportunidad o conveniencia que están fuera de lo que corresponde a la función jurisdiccional.

Es por ello que, en vistas al proceso constituyente que se desarrolla actualmente en Chile, hemos estimado que una propuesta que permita dar curso a las demandas socioeconómicas de la ciudadanía, respetando al mismo tiempo la competencia y responsabilidad de las autoridades políticas representativas en la formulación democrática de las políticas sociales, podría estar constituida por la creación de un Consejo económico y social, que permita transmitir al interior del sistema político las demandas de la ciudadanía durante el proceso legislativo. Esta propuesta permitiría aumentar la legitimidad de la legislación que otorgue beneficios sociales concretos en

⁷² Véase el documento sobre Los Consejos Económicos y Sociales en América Latina y en la Unión Europea (2014), del Consejo Económico y Social de España.

base a las disposiciones constitucionales pertinentes, fomentando de esta manera que la función del juez constitucional se centre en la importante tarea de controlar dicha normativa infra constitucional en base a los criterios jurídicos constitucionales que protegen los derechos y libertades de los ciudadanos.

Title:

Can social rights be guaranteed? A proposal for the new Chilean Constitution

Summary:

1. INTRODUCTION. 2. WHAT ARE SOCIAL RIGHTS. 3. SOCIAL RIGHTS AS DIRECTLY JUSTICIABLE PROVISIONS. 4. THE PROBLEM OF HANDING OVER THE DEFINITION OF SOCIAL POLICIES TO THE JUDGE. A) The «indefinition» of Social Rights. B) The Ideological Component. 5. SOCIAL RIGHTS AT THE COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW LEVEL. 6. SOCIAL RIGHTS IN THE 1980 POLITICAL CONSTITUTION. A) The Principle of Subsidiarity and Social Rights. B) The Constitutional Regulation of Social Rights: The Example of the Right to Health. 7. OUR CONSTITUTIONAL PROPOSAL: ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. 8. CONCLUSIONS

Resumen:

En el marco del proceso constituyente chileno, y ante las ideas que proponen reemplazar la actual Carta fundamental por una que considere un principio de Estado social o la justiciabilidad reforzada de los derechos sociales, el propósito del presente artículo es explicar los límites dogmáticos que encuentra la justiciabilidad de esta clase de prerrogativas y por qué una mejora de este tipo sólo podría traducirse en una mejora relativa en la exigibilidad de las prestaciones respectivas. En este marco, una mejora que respete al mismo tiempo las competencias y responsabilidades de las autoridades, los límites de la labor jurisdiccional y las características técnicas de los derechos sociales, podría consistir en la inclusión de un organismo colegiado y consultivo que, tal como en otros países, permita considerar estas demandas de forma oportuna al interior del proceso legislativo, lo que junto con respetar la necesidad de que las políticas sociales tengan un origen democrático, ayudaría a que la labor de adjudicación del juez se centre en la interpretación propiamente jurídica de las disposiciones constitucionales pertinentes.

Abstract:

In the framework of the Chilean constituent process, and in the face of ideas that propose replacing the current Fundamental Charter with one that considers a social State principle or the enhanced justiciability of social rights, the purpose of this article is to explain the dogmatic limits to the justiciability of this type of prerogatives and why an improvement of this type could only translate into a relative improvement in the enforceability of the respective benefits. In this framework, an improvement that respects at the same time the competences and responsibilities of the authorities, the limits of the jurisdictional work and the technical characteristics of social rights, could consist in the inclusion of a collegiate and consultative body that, as in other countries, would allow these demands to be considered in a timely manner within the legislative process, which, together with respecting the need for social policies to have a democratic origin, would help the adjudicatory work of the judge to focus on the proper legal interpretation of the relevant constitutional provisions.

Palabras claves:

Derechos sociales. exigibilidad. proceso constituyente. Consejo Económico y Social. Estado social.

Keywords:

Social rights. enforceability. Constituent process. Economic and Social Council. Social State.

