



# Derechos sociales: una visión alternativa

**L**os derechos sociales suelen identificarse con el monopolio estatal en la provisión de prestaciones sociales, la gratuidad universal en el financiamiento de estas y la judicialización como herramienta de protección. El autor, en el contexto del próximo debate constituyente, propone, inspirándose en la experiencia de la Alemania post Segunda Guerra Mundial, adoptar las «metas solidarias». En efecto, después de explorar el camino de los derechos sociales universales y exigibles judicialmente, Alemania consolidó su «Estado social» sobre la base de una meta social vinculante como mandato constitucional dirigido al legislador y a la administración, con el fin de establecer un orden social que permita asegurar condiciones de vida adecuadas para todos.



## ¿Cómo surgen los derechos sociales?

Como concepto jurídico-político, su origen no es para nada pacífico. Terminada la Segunda Guerra Mundial, emerge como consenso universal la necesidad de establecer catálogos de derechos humanos que sirvan como un mínimo común en el respeto a la dignidad de las personas. Así, surgen la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), lo cual –si bien predominan los derechos de «primera generación», que dicen relación con libertades e igualdades que exigen principalmente un deber de abstención por parte del Estado– ya contiene el derecho a la seguridad social (art. 22), el derecho a condiciones de vida adecuadas (art. 25) y el derecho de participación en la vida social y cultural de la comunidad (art. 27).

Luego, en el año 1976 se establecen dos pactos separados: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR). El contenido del ICCPR envuelve, por una parte, el establecimiento explícito de ciertos derechos<sup>1</sup> y, por otra, la fijación del deber del Estado de adoptar medidas necesarias para lograr la plena efectividad de estos (art.2). El último artículo es interesante, pues ya en su origen permite evidenciar que los derechos sociales no tienen las mismas características que los derechos individuales, en cuanto su eficacia exige la realización de prestaciones por parte del Estado y, en algunos casos, por parte de los particulares. Sin embargo, el compromiso de los Estados se limita a

adoptar medidas «hasta el máximo de los recursos de que disponga», lo cual inmediatamente expresa el estrecho vínculo que existe entre los derechos sociales y la escasez –o limitación, si se quiere– de los recursos públicos disponibles para garantizarlos. Lo anterior es importante, sobre todo respecto a cómo los derechos sociales deben regularse constitucionalmente y en si deben o no tener capacidad de demandarse directamente frente a los tribunales de justicia.

En el contexto interamericano, destaca la Convención Americana de los Derechos Humanos (CIDH) suscrita en 1969 y ratificada por Chile el 10 de agosto de 1990. Si bien este documento versa principalmente sobre libertades, igualdades y derechos individuales de primera generación –es decir, que implican más bien deberes de abstención y acciones jurisdiccionales en caso de violaciones de esferas de libertad–, el art. 26 se refiere a los derechos sociales, estableciendo un deber de los Estados miembros el adoptar providencias para lograr la plena efectividad de estos derechos. Resaltan en este artículo las expresiones «progresivamente» y «en la medida de los recursos disponibles», pues dejan de manifiesto que hay plena concordancia con el sistema universal de los derechos humanos, en el sentido de reconocer la particular naturaleza y contenido de los derechos sociales, la cual es incompatible con el difundido anhelo de hacerlos directamente justiciables y de pretender *a priori* su garantía universal y gratuita, como si esto fuera un aspecto inherente e indubitado de los mismos.

En consecuencia, desde sus inicios, los derechos sociales reconocen claramente su carácter prescricional, circunscribiendo su eficacia a términos

1 Derecho al trabajo (art. 6), derecho a la seguridad social (art. 9), derecho a condiciones de vida adecuadas (art. 11), derecho a la salud (art. 12), derecho a la educación (art. 13), entre otros.

de dependencia financiera –lo que los alemanes llaman «reserva de lo posible»<sup>2</sup>– y asumiéndolos como un objeto indeterminado de obtención progresiva, lo que se traduce en que su formulación jurídica debe alejarse de categorías de aplicación inmediata, tendiendo más bien a mandatos indeterminados en búsqueda de pormenorización.

Este recuento internacional tiene dos propósitos. En primer lugar, poner de manifiesto que el supuesto «aval» internacional de la tesis de los derechos sociales universales y gratuitos y justiciables directamente ante los tribunales es discutible. Lo segundo, los documentos fundacionales de los derechos humanos reconocen que los derechos sociales tienen un carácter distintivo, pues implican una acción positiva de la contraparte, que se traduce en tener que realizar prestaciones activas para satisfacer una necesidad no cubierta. Dicho en simple: el derecho a la vida, la libertad de locomoción o la igualdad ante la ley, como buenos derechos de primera generación, persiguen principalmente<sup>3</sup> evitar intromisiones indebidas del Estado y de terceros que impliquen vulneraciones, restricciones o discriminaciones arbitrarias que afecten a las personas. En cambio, el derecho a la educación, a la salud o a la seguridad social requieren prestaciones activas, que permitan la existencia de colegios, centros médicos y prestadores previsionales que materialicen la garantía de dichos derechos. Por obvio que suene, el goce y ejercicio de los derechos sociales exige prestaciones materiales. Sin embargo, de esa frase surgen varias preguntas: ¿Están obligados el Estado y la sociedad a garantizar y brindar esas prestaciones? De ser así, ¿en qué se justifica dicha obligación? ¿En qué

términos debería formularse ese deber?, ¿quiénes están llamados a cumplirlo? ¿De qué manera pueden sus beneficiarios reclamar dicho cumplimiento?

### **Derechos sociales: metas solidarias vinculantes**

El pleno desarrollo de las personas solo es posible con otros, es decir, en contextos de comunidad. Reconocer esta realidad debería ser un dato evidente, pues la misma gestación humana es un acto relacional. No obstante, el auge de planteamientos que ponen el foco excesivamente en el individualismo obliga a poner de manifiesto esta naturaleza comunitaria de las personas<sup>4</sup>. Los seres humanos dependemos para nuestro desarrollo y bienestar de los demás, en condiciones de complemento e interdependencia ineludibles, que nos obligan a ocuparnos de generar condiciones sociales que hagan sostenible la convivencia humana. En ese contexto, surge el deber de asegurar a todos condiciones mínimas de vida digna, que permitan sentirse parte de la comunidad y que hagan del ejercicio de la libertad algo posible. No advertir esta responsabilidad humana y política es no tomarse en serio la sustentabilidad de la vida en común, de la política y del desarrollo integral de las personas.

En ese contexto, los derechos sociales son un asunto fundamental para aquellos que creemos en la dignidad, la solidaridad, la libertad y el bien común. Reconocer la dignidad de las personas exige hacerse cargo de que estas tengan cubiertas necesidades básicas acordes a dicha prerrogativa humana esencial. Entender bien la interdependencia humana exige tomarse en serio la responsabilidad solidaria de unos con otros, exigiéndonos deberes jurídicos, sociales y morales acordes a la sostenibilidad de la vida en común. De esta manera, defender la libertad supone entender que ella no

2 Esta expresión ya se emplea en un importante fallo del Tribunal Constitucional de Alemania (Bundesverfassungsgericht), (BVerfG 33, 303 [333]). En el mismo sentido, Benda, Ernst. «Der soziale Rechtsstaat» (El Estado social de derecho), p. 788 y ss.

3 Digo «principalmente», porque me parece honesto reconocer que los derechos de primera generación también implican prestaciones activas; no obstante, su formulación original decía relación más bien con deberes de abstención y resguardo de violaciones. Por ejemplo, la libertad de locomoción supone por cierto impedir restricciones injustas, pero también requiere prestaciones que hagan viable el derecho, como la construcción de calles y puentes.

4 Svensson, Manfred (2019). «El individualismo y la sociedad abierta». En: *Primera persona singular, reflexiones en torno al individualismo* (Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago), p. 21 y ss.

puede ser una facultad reservada a ciertos privilegiados, capaces de financiar su ejercicio material. Por lo tanto, promover la libertad exige preguntarse y trabajar para que todos puedan tener espacios de deliberación, seguridad y elección esenciales. Finalmente, la promoción del bien común exige dedicar esfuerzos a asuntos comunitarios, que permitan la existencia de lugares en la sociedad donde todos tengamos las mismas garantías.

En definitiva, ¿están obligados el Estado y la sociedad a garantizar y brindar esas prestaciones? Nuestra respuesta es sí, puesto que solo garantizando condiciones mínimas de dignidad y permitiendo que los aspectos esenciales del ejercicio de la libertad se hagan viables es sostenible a largo plazo la vida en común. Y lograr esto, con sus limitaciones y desafíos, es una responsabilidad solidaria del Estado y de la sociedad civil. En efecto, los derechos sociales son derechos a prestaciones materiales del Estado y, en lo pertinente, de las personas, que permiten asegurar a todos condiciones mínimas de dignidad y de ejercicio material de la libertad. Con todo, ¿qué términos deben tener esas prestaciones? Esta pregunta no puede ser respondida ni apriorística ni subjetivamente. No existe un contenido predefinido de esas prestaciones; este más bien deberá determinarse de acuerdo a las demandas existentes –y cubiertas– en una sociedad, considerando, por cierto, las posibilidades económicas de los llamados a cumplirlas. Además, no es un asunto subjetivo ni individual: no se trata de qué le podemos garantizar a tal y cual persona, ni qué podría ella reclamar ante los tribunales. Entenderlo así sería no entender cabalmente la complejidad del problema. Por definición, los derechos sociales son un asunto colectivo, que dice relación con la pregunta sobre qué podemos asegurar a grupos o categorías de personas, ya sean estudiantes, enfermos, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, etc., debido a las limitaciones propias de la escasez de recursos y la multiplicidad de requerimientos sociales. Dicho de otro modo: los términos de los derechos sociales son el fruto de

una deliberación política constante y permanente, la cual tendrá la misión de ir avanzando progresivamente para garantizar la mayor cantidad de condiciones posibles, atendiendo a la ineludible tensión de la limitación de los recursos disponibles. Legítimamente, nos podríamos preguntar, ¿cómo se expresa esa naturaleza indeterminada y abierta a la pormenorización, de manera de no quedarse en un mero anhelo programático? ¿Cómo dotamos a estos derechos sociales de eficacia, de manera de cumplir el propósito de sustentabilidad social al que están llamados, sin por eso recurrir a las categorías de los «derechos individuales», que son incapaces de aprehender el carácter colectivo de los derechos sociales?

Las posibles respuestas ocuparon muchas páginas de discusión filosófica, política y jurídica en Alemania con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. La Constitución de Weimar había intentado inicialmente enfrentar el dilema de la «cuestión social» con un extenso catálogo de derechos sociales directamente exigibles, los que se tradujeron en un claro fracaso, pues no fue posible llevarlos a la práctica y se ocasionó una gran frustración ciudadana y desprestigio institucional<sup>5</sup>. Esta experiencia es interesante y debe mirarse de cara a la discusión constitucional que estamos teniendo en Chile, donde ciertos sectores de la oposición pretenden revivir esta estrategia y dotar a la Constitución de nuevos derechos sociales directamente aplicables<sup>6</sup>.

En efecto, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 abandona el establecimiento expreso de derechos sociales, en sintonía

5 Lange, Klaus. «Soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung und in den derzeitigen Länderverfassungen» (Los derechos sociales en el desarrollo constitucional de Alemania y en las actuales constituciones de los estados federales), p. 46; Thamm, Claudia. «Probleme der verfassungsrechtlichen Positivierung sozialer Grundrechte» («Problemas de la positivización constitucional de los derechos sociales»), p. 141.

6 Un ejemplo de esto es el proyecto de reforma constitucional de la expresidenta Bachelet, en que, además de sumar nuevos derechos sociales, encabeza el art. 20 con «aplicación inmediata», y crea una nueva acción de tutela constitucional que implica la justiciabilidad constitucional de los derechos sociales.

Las metas solidarias pueden ayudar en varios sentidos. Primero, ponen de manifiesto la idea de una meta progresiva, de largo aliento, que se mueve dentro del margen de lo posible y que se debe deliberar políticamente de manera constante, atendiendo a circunstancias cambiantes. Dicho de este modo a la ciudadanía, se terminaría con los cantos de sirena de los derechos universales y gratuitos, que en la práctica suelen no materializarse, incrementando la desazón, la desconfianza y el malestar de la ciudadanía.



con las ideas predominantes en los instrumentos internacionales que analizábamos más arriba. Así, se inclina por definir en el art. 20, inciso primero, uno de los artículos angulares –e inmodificable, de acuerdo al art. 79– de la Constitución alemana, al Estado alemán como un «Estado social», lo que implica establecer una meta social vinculante (*staazielbestimmung*) como mandato constitucional (*verfassungsauftrag*) dirigido al legislador y a la administración, para establecer un orden social que permita condiciones de vida adecuadas para todos<sup>7</sup>. De este modo se establece un deber del Estado, asumido por el legislador, de determinar el alcance, la protección y los mecanismos de reclamación de los derechos sociales mediante leyes, las cuales a su vez determinan las potestades públicas de los órganos de la administración y las obligaciones de los terceros particulares. En simple, se opta por la deliberación política, empoderando y haciendo responsable al Poder Legislativo de discernir las condiciones y términos de las prestaciones sociales, atendiendo a la multiplicidad contingente de demandas sociales y a los recursos fiscales disponibles. De esa manera se resuelve jurídicamente la tensión de los derechos sociales, conjugando adecuadamente su eficacia, su naturaleza colectiva y su objeto indeterminado.

Atendiendo a la historia constitucional de Chile y al valor jurídico –y simbólico– que tiene el reconocimiento explícito y actual de ciertos derechos sociales en la Constitución, el derecho a la educación, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, entre otros, consideramos que una solución general y abstracta como la de Alemania sería política y socialmente inviable. No obstante, el estado actual de las cosas tampoco parece ser del todo pacífico. ¿Es una técnica jurídica

7 Neumann, Volker. «Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik» (Principio del Estado social y dogmática de los derechos fundamentales), p. 92; Isensee, Josef. «Staatsaufgaben» (§73) (Tareas del Estado), Rn.II; Däubler, Wolfgang. «Der Schutz der sozialen Grundrechten in der Rechtsordnung Deutschlands» (La protección de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico de Alemania), p. 127; Papier, Hans-Jürgen. «Sozialstaatlichkeit unter dem Grundgesetz» (Estado social de derecho en la Norma Fundamental), p. 286.

razonable formular en la Constitución los derechos sociales en clave de derechos individuales, sin dotarlos de los efectos propios de los mismos? ¿No es engañoso, pensando que no se les aplica el recurso de protección y, por ende, no tienen carácter justiciable ni aplicación directa? Este es un punto al menos plausible. Un camino de solución es señalar expresamente que el legislador tendrá a su cargo pormenorizar el alcance, términos y mecanismos de protección del derecho<sup>8</sup>. Otro es regular cada uno como «deber del Estado», traducándose en la práctica en un mandato al legislador a fijar los contenidos de dicha obligación.

Nosotros creemos –utilizando el concepto de metas sociales alemanas– que la formulación más satisfactoria es la de las «metas solidarias», en donde la Constitución establece fines en cada uno de los ámbitos sociales, encargando al legislador determinar las facultades, obligaciones y responsabilidades que les caben al Estado y a los particulares en la consecución de estos. Nos parece que este camino es más coherente con el carácter abierto y progresivo de los derechos sociales. Además, permite reconocer y resguardar la necesaria cooperación *solidaria* de carácter público-privado que supone la eficacia de estos derechos, pues el derecho a la educación no es cosa solamente del Estado, sino también de la sociedad civil organizada. Los sistemas exitosos de previsión y seguridad social en el mundo se estructuran sobre la base de modelos mixtos, donde tanto el Estado como los privados juegan roles. La garantía del derecho a la vivienda opera sobre la base de subsidios habitacionales que entremezclan la labor de organismos públicos y prestadores privados de la construcción. Finalmente, el derecho al trabajo evidentemente implica obligaciones y responsabilidades para las empresas privadas, que el legislador debe determinar y cuyo cumplimiento debe ser supervisado por el Estado. Una formulación

como «El Estado y la sociedad se obligan a garantizar progresivamente condiciones de educación de calidad, en los términos que fije el legislador» sería un camino razonable para regular los derechos sociales en la Constitución, con la ventaja de que, por un lado, estaría clara la responsabilidad de los distintos poderes públicos y, por otro, quedaría definida la expectativa que la ciudadanía puede tener de la regulación constitucional.

La fórmula de las metas solidarias podría ir más allá de los derechos sociales típicos, extendiéndose a asuntos como el fomento de la natalidad y la protección de la familia, el resguardo de las personas en situación de discapacidad, el establecimiento progresivo de la igualdad entre hombres y mujeres, el cuidado del medioambiente, la flora y la fauna, la garantía del sustento alimenticio, los derechos de los consumidores y la inclusión de los pueblos originarios, entre otros. Además, debería asociarse a una acción constitucional que permita a los ciudadanos (o a un grupo de ellos) reclamar ante el Tribunal Constitucional en aquellos casos en que el legislador omita inexcusablemente o falla de modo grave en su deber de pormenorizar la protección de los derechos sociales, pudiendo fijarse plazos, o incluso urgencias, por parte del órgano jurisdiccional para salvaguardar dicho incumplimiento. Ello, sin perjuicio de las acciones de tutela establecidas por el legislador respecto de cada uno de los derechos en particular.

En consecuencia, la figura de las metas solidarias permite una adecuada respuesta a las demandas de «garantía universal» y de «gratuidad» que muchas veces se expresan en el debate público. El piso mínimo del encargo constitucional al legislador lo compone el asegurar a todos condiciones mínimas para una vida digna, cuyo contenido debe ser deliberado políticamente de acuerdo a las demandas sociales y a la disponibilidad financiera. Esto implica tres cosas. Primero, que la potestad delimitadora del legislador no es absoluta, sino más bien circunscrita tanto en el piso mínimo (dignidad) como en la orientación (avance progresivo).

8 Un ejemplo cercano a esto es la formulación del derecho a la vivienda en el proyecto de reforma constitucional presentado por el gobierno de la expresidenta Michelle Bachelet.

Segundo, que, al momento de establecer garantías en el plano legal, esto debe ser evaluado desde la perspectiva del aseguramiento de condiciones mínimas de la vida digna, lo cual debe ser susceptible de ser controvertido ante el Tribunal Constitucional bajo la causal de «negligencia inexcusable». Y tercero, en caso de eliminación de prestaciones sociales –en crisis económicas, por ejemplo–, esto debe tener fundamentos plausibles y demostrables, pues de otro modo cabe reclamar de protección al amparo de la garantía del derecho de propiedad.

Finalmente, respecto de la «gratuidad» como pretendido aspecto inherente de los derechos sociales, es preciso volver a referirnos al fundamento de estos. Si estimamos que las metas solidarias en su conjunto lo que buscan es establecer un orden social en que todos puedan contar con condiciones mínimas de dignidad, que les permitan un ejercicio efectivo de la libertad, entonces es evidente que la consecución de dicho propósito no se aplica de igual manera respecto de aquellos que están en posición de proveer dichos términos por sí mismos y de aquellos que no. Por otra parte, la «gratuidad» no implica que dichas prestaciones no tengan costo económico, sino más bien que el obligado a cubrirlo deja de ser el beneficiario y pasa a ser el Estado. Por lo tanto, estimamos que cada una de las metas solidarias implicará una deliberación política que, atendiendo a las circunstancias financieras y a la multiplicidad de demandas sociales contingentes, deberá determinar cuáles beneficiarios serán subrogados por el Estado en el financiamiento de las prestaciones y cuáles no.

### **Progresivas, imperativas y solidarias**

Los derechos sociales son una temática de escaso conocimiento, de incipiente desarrollo y, en muchas ocasiones, altamente totalizada por un sector ideológico-político, especialmente en Latinoamérica. Así, suelen asociarse a miradas que propugnan el monopolio estatal en la provisión de prestaciones sociales, la gratuidad universal

**...el carácter «solidario» de las metas tiene tres implicancias. La primera, controvertir este afán de monopolio estatal que, además de fracasado, es contradictorio con las tendencias que avanzan en el mundo moderno, que propenden a lógicas de cooperación público-privada. La segunda, depositar una corresponsabilidad solidaria en las personas, asunto que debe materializarse en deberes jurídicos y sociales concretos, bajo la premisa de que un orden social justo es tarea de todos –y no solamente del Estado–. Por último, es que trae a colación el tema de la sustentabilidad financiera, pues una actitud solidaria con las futuras generaciones supone también entender que la responsabilidad fiscal no es solamente un afán económico, sino también de justicia.**

en el financiamiento de estas y la judicialización como herramienta de protección. Dichas miradas –descartadas en modelos como el alemán– suelen predominar en ambientes académicos y políticos locales muchas veces por falta de una adecuada contraposición de ideas.

Las metas solidarias pueden ayudar en varios sentidos. Primero, ponen de manifiesto la idea de una meta progresiva, de largo aliento, que se mueve dentro del margen de lo posible y que se debe deliberar políticamente de manera constante, atendiendo a circunstancias cambiantes. Dicho de este modo, a la ciudadanía, se terminaría con los cantos de sirena de los derechos universales y gratuitos, que en la práctica suelen no materializarse, incrementando la desazón, la desconfianza y el malestar.

Segundo, las metas establecen que el logro de estos propósitos no es un asunto dejado a la buena voluntad, sino más bien un imperativo coercitivo. Por eso es tan importante establecer herramientas en que los ciudadanos puedan reclamar frente a la indolencia legislativa, que suele expresar a su vez la desidia de la clase política.

Tercero, el carácter «solidario» de las metas tiene tres implicancias. La primera, controvertir este afán de monopolio estatal que, además de fracasado, es contradictorio con las tendencias que avanzan en el mundo moderno, que propenden a lógicas de cooperación público-privada. La segunda, depositar una corresponsabilidad solidaria en las personas, asunto que debe materializarse en deberes jurídicos y sociales concretos, bajo la premisa de que un orden social justo es tarea de todos –y no solamente del Estado–. Por último, es que trae a colación el tema de la sustentabilidad financiera, pues una actitud solidaria con las futuras generaciones supone también entender que la responsabilidad fiscal no es solamente un afán económico, sino también de justicia.

Si bien en la centroderecha existe por parte de algunos un cierto negacionismo de estos asuntos, a partir de una mirada que pretende que el Estado

se omita de la vida social, en el debate constitucional que se avecina existe una oportunidad concreta para llevar adelante conversaciones como estas. Urge, entonces, sobreponerse a esas preconcepciones, asumiendo los desafíos de nuestros tiempos, que exigen promover un orden social y político en que la libertad no sea un privilegio, sino una posibilidad materialmente viable –al menos, a partir de ciertas condiciones mínimas comunes– para todos. <sup>®</sup>

**Si bien en la centroderecha existe por parte de algunos un cierto negacionismo de estos asuntos, a partir de una mirada que pretende que el Estado se omita de la vida social, en el debate constitucional que se avecina existe una oportunidad concreta para llevar adelante conversaciones como estas. Urge, entonces, sobreponerse a esas preconcepciones, asumiendo los desafíos de nuestros tiempos, que exigen promover un orden social y político en que la libertad no sea un privilegio, sino una posibilidad materialmente viable –al menos, a partir de ciertas condiciones mínimas comunes– para todos.**



DIEGO SCHALPER SEPÚLVEDA

Doctor en Derecho, Philipps-Universität Marburg (Alemania). Consejero superior de la FEUC (2008), y cofundador y director ejecutivo de IdeaPaís (2010-2013). Actualmente, es diputado de la República por el Distrito n° 15 (2018-2022).