

Estado Social y Derechos Sociales: argumentos liberales para su constitucionalización

Social State and Social Rights: liberal arguments for constitutionalisation
Estado Social e Direitos Sociais: argumentos liberais para a constitucionalização

Pablo Aguayo Westwood *
Universidad de Chile, Chile

Santiago Estévez Álvarez †
Universidad de Chile, Chile

Resumen

Desde los orígenes del constitucionalismo moderno la incorporación de un catálogo de derechos ha gozado de amplia aceptación. Lo anterior resulta indiscutible si nos referimos a los derechos civiles y políticos. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los derechos sociales, habiendo diferentes opiniones en la literatura sobre su fundamento y constitucionalización. A este respecto, cobra especial relevancia la idea del Estado social como mandato al Estado para hacerse cargo de las vicisitudes que coartan la posibilidad de desarrollar los proyectos de vida de las personas. En virtud de lo anterior, este artículo presenta el panorama del actual debate acerca de la constitucionalización de los derechos sociales y su vinculación con la cláusula del Estado social de derecho. Asimismo, se ofrece una justificación de la constitucionalización de los derechos sociales desde la tradición liberal a partir de las nociones de autonomía y la idea de sociedad como un sistema de mutua cooperación.

Palabras clave: Estado social, derechos sociales, liberalismo, autonomía, mutua cooperación.

Abstract

Since the origins of modern constitutionalism, the incorporation of a catalogue of rights has enjoyed wide acceptance. The foregoing is indisputable if we refer to civil and political rights. However, the same does not occur with social rights and there are different opinions in the literature on its foundation and constitutionalisation. In this regard, the idea of the Constitutional Social State as a mandate to the State to take charge of the difficulties that limit the possibility of developing people's life projects is relevant. This article offers an overview of the current debate about social rights and its connection with the clause of the social rule of law and offers a defence of the constitutionalisation of these rights. To achieve this, a justification for the constitutionalisation of social rights is offered from the liberal tradition based on the notions of autonomy and the idea of society as a system of mutual cooperation.

Keywords: Social state, social rights, liberalism, autonomy, social cooperation.

Resumo

Desde as origens do constitucionalismo moderno, a incorporação de um catálogo de direitos teve ampla aceitação. O anterior é indiscutível se nos referirmos aos direitos civis e políticos. Entretanto, o mesmo não ocorre com os direitos sociais e há diferentes opiniões na literatura sobre sua fundamentação e constitucionalização. Nesse sentido, é relevante a ideia do Estado Social Constitucional como mandato ao Estado para se encarregar das dificuldades que limitam a possibilidade de desenvolver os projetos de vida das pessoas. Este artigo oferece uma visão geral do debate atual sobre os direitos sociais e sua conexão com a cláusula do estado de direito social e oferece uma defesa da constitucionalização desses direitos. Para isso, é oferecida uma justificativa para a constitucionalização dos direitos sociais a partir da tradição liberal baseada nas noções de autonomia e na ideia de sociedade como um sistema de cooperação mútua.

Palavras chave: Estado social, direitos sociais, liberalismo, autonomia, cooperação social.

DOI: 10.5281/zenodo.8194057

*Contacto: paguayo@derecho.uchile.cl Doctor en Ética y Democracia. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Es autor de *Justicia Social. Conceptos, teorías y problemas* (2020) y *Reconocimiento, justicia y democracia. Ensayos sobre Rawls* (2018).

†Contacto: santiago.estevez@derecho.uchile.cl Estudiante de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante de la cátedra Filosofía de la moral y Teoría de la Justicia.

1. INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes del constitucionalismo moderno la incorporación de un catálogo de derechos ha gozado de amplia aceptación. Por ejemplo, las primeras constituciones representaron la positivización de los principios propios del iusracionalismo ilustrado, consagrando principalmente los derechos del hombre y del ciudadano. Estos últimos, conocidos típicamente como derechos civiles y políticos (en adelante DCP), han sido caracterizados como derechos naturales e inherentes al ser humano, derechos que fundamentan la constitución de un Estado civil cuya obligación principal es entregarle protección. Sin embargo, desde finales del siglo XIX dentro del constitucionalismo se han suscitado diversas críticas a la suficiencia de los DCP para otorgar las condiciones mínimas para que las personas puedan llevar adelante sus proyectos de vida de manera autónoma, por lo que se han incorporado otros catálogos de derechos, entre ellos los derechos económicos, sociales y culturales, conocidos como derechos sociales (en adelante DS).

No obstante, a diferencia de los DCP, no es pacífica la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales debiesen estar constitucionalizados!¹ Resulta indiscutible que los DCP gozan de una amplia aceptación en cuanto a su consagración constitucional dado que entregan legitimidad a la existencia del Estado. Lo anterior se basa en gran medida en la idea de que los DCP corresponderían a derechos naturales precontractuales que el Estado estaría llamado a proteger. Además, son derechos cuyo titular somos todos los ciudadanos, lo que les permite otorgar una verdadera igualdad jurídica entre todos los individuos que integran la sociedad. Los DS, en cambio, no pueden sino identificarse con las necesidades particulares de sus beneficiarios; necesidades que permitirían una desigualdad jurídica relevante entre distintos grupos en orden a concretar lo que se conoce como igualdad sustantiva.

En este sentido, y como desarrollaremos en este trabajo, la literatura ha presentado argumentos de diversa índole en miras a derribar la pretensión de consagrar los DS en la Carta Magna. Algunos como Hayek (1960) y Nozick (1974) dieron preeminencia a los derechos de primera generación negando de plano la pertinencia de consagrar los DS en tanto esto sería un atentado contra la libertad del individuo que el Estado está llamado a salvaguardar. En palabras de Hayek, los DS, como la propia justicia social, serían meros espejismos. Otros como L.W. Sumner (1987) han defendido que, dado que los recursos son escasos, solo pueden entregarse al grupo que los reclama y, por tanto, no son universales. Así, los DS usualmente son vistos como fines deseables pero que en la práctica son difíciles de concretar, dada la escasez de los recursos. Incluso se han levantado críticas más radicales a la idea de derechos sociales como la presentada por Fernando Atria en su artículo *¿Existen los derechos sociales?* (2004) quien argumentó que la sola idea de derechos sociales presenta una contradicción entre la forma liberal y su contenido socialista. Dado lo anterior, un entendimiento de estos derechos como derechos subjetivos implicaría su degeneración traduciéndolos en la práctica a meras herramientas disponibles para el favor de los propios intereses individuales de los y las ciudadanas, en desmedro de los intereses sociales o comunes.

Asimismo, la discusión sobre la constitucionalización de los DS guarda estrecha relación con la manera en que estos pueden hacerse exigibles. Dentro de la literatura existe una fuerte oposición a la consideración de los DS como derechos subjetivos y a los procedimientos mediante los cuales estos podrían reclamarse. Esta tesis se funda en que su judicialización implicaría entregar un poder de interferencia inaceptable a la judicatura. Lo anterior conllevaría un conflicto de competencias con el Legislador y la Administración, quienes tradicionalmente se han entendido como los poderes públicos que se arrogan la creación e implementación de políticas públicas.

En lo que sigue, nos centraremos en ofrecer el estado del debate acerca de la constitucionalización de los DS, para luego esbozar una justificación plausible de ello desde la tradición liberal.

¹La expresión Derechos Sociales (DS) pertenece al ámbito de la discusión constitucional, mientras que la idea de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) es más cercana al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el contexto de este trabajo se usan como sinónimo, aunque la discusión se centra más en la idea de derechos sociales prestacionales.

A este respecto, comenzaremos con una breve explicación de los principales fundamentos teóricos que subyacen tanto a los DCP como a los DS. Luego, haremos referencia a la vinculación entre los DS y la cláusula del Estado social de derecho. En seguida nos abocaremos a detallar las principales críticas que existen hacia la noción de DS y su constitucionalización. Finalmente, entregaremos una justificación plausible de los DS desde la tradición liberal.

2. DERECHOS SOCIALES

A diferencia de lo que ocurre con los DCP, no existe consenso acerca del fundamento de los DS. Por una parte, es ampliamente aceptado que los DCP tienen su origen en los cambios filosófico-políticos experimentados entre el siglo XVII y XVIII con el advenimiento de la Ilustración. En este sentido, y conforme a las teorías contractualistas clásicas, el Estado se crea como efecto de un pacto social para proteger aquellos derechos que en principio se consideraban inherentes a la naturaleza humana de forma previa a la existencia de una sociedad organizada. Por consiguiente, los derechos naturales e inherentes al ser humano –considerados de manera abstracta y, por lo tanto, universales² se conciben como límites al poder del Estado, el cual tiene un deber de abstención de interferir en la libertad de los individuos. Por esta razón, se ha mencionado que el fundamento de los DCP estaría en la igualdad jurídica o formal que estos despliegan: “crean una sociedad basada en la autodeterminación individual que, sobre la base del reconocimiento de la igualdad jurídica, generará el desenvolvimiento de la desigualdad natural de los individuos (...) legitimada por ser la expresión de la espontánea dinámica de la sociedad” (Carmona 32).

El fundamento de los DS, por su parte, ha sido objeto de amplio debate al interior de la filosofía política y del derecho. Algunos autores han argumentado que la igualdad jurídica o formal que propician los DCP no sería suficiente dado que pasaría por alto las desigualdades materiales existentes entre los individuos que componen la sociedad. Por ello, el fundamento de los derechos sociales es que constituirían la base material sobre la que se podría alcanzar la igualdad sustancial. En palabras de Prieto Sanchís, a través de ellos se habilita a los individuos a “gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada” (Prieto Sanchís 17). Este argumento descansa en la premisa de que los DS son condición necesaria para la realización sustantiva de los DCP en la medida en que resulta poco razonable esperar que una persona en condición de pobreza o vulnerabilidad pueda realizar las libertades y derechos que lo califican como un igual a aquellos que sí tienen los medios para la autosuficiencia económica.

Por otra parte, es posible pensar en una fundamentación de la existencia de los DS sobre la base de la consecución de la libertad fáctica. En esta línea, Robert Alexy argumentó que la libertad jurídica –la no interferencia de terceros en las decisiones de los individuos—pierde cualquier valor si no es en conjunción con la libertad fáctica (Alexy 214-215). Siguiendo al autor, el catálogo de derechos fundamentales tendría como finalidad el desarrollo personal de cada individuo; objetivo para el cual se hace necesario poder asegurar no solo la posibilidad de poder elegir entre diferentes planes de vida, sino que esta decisión no se vea coartada por circunstancias externas a la voluntad como pueden ser una situación de empobrecimiento o precariedad que limiten una real elección. En consecuencia, sería imperativo asegurar la libertad fáctica como presupuesto de la libertad jurídica, de manera que esta última se vea realmente realizada.

A modo de cierre, es posible establecer –haciendo un análisis de las distintas posiciones al respecto— que los DS tienen como objetivo general materializar las libertades e igualdades jurídicas o formales que nos entregan los derechos de primera generación. Esto guarda estrecha relación con los fundamentos de la cláusula del Estado social de derecho, construida a principios del siglo XX por Herman Heller. En vistas de aquello, a continuación, haremos referencia a la vinculación existente entre los DS y dicha fórmula.

²Véase por ejemplo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

3. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La cláusula del Estado social de derecho nace como cristalización de un proceso de cuestionamientos al ideario ilustrado y, por consiguiente, al modelo del Estado de derecho liberal. El problema, según marxistas y socialistas, radica en que precisamente este Estado abstencionista permitía la estructuración de la sociedad en base a las desigualdades materiales que se desenvolvían libremente al interior de la economía capitalista y el orden jurídico propio del derecho privado. En otras palabras, el Estado liberal propiciaba una distribución de riqueza que podría ser justa desde una concepción de justicia libertaria como la de Robert Nozick (1974), en cuanto la distribución es producto de intercambios libres e incondicionados privilegiando la libertad contractual y la igualdad jurídica de las partes. En cambio, según John Rawls estos sistemas de libertad natural (1971 65-66) se asientan en distribuciones que, si bien son eficientes, no por ello pueden considerarse justas. En este sentido, el problema que observaron los críticos del ideario de la ilustración es que esta igualdad formal que propicia la consecución de proyectos de vida conforme al mérito es ciega ante las vicisitudes de la lotería social y natural que sufren los individuos y equipara, en el lenguaje de Ronald Dworkin, suerte bruta con suerte opcional (2000 73). De esta manera, comienzan a aparecer diversas legislaciones en aras de corregir dichas desigualdades materiales;³ particularmente el constitucionalismo social como una respuesta al malestar derivado de la llamada *cuestión social*. Desde esta tradición constitucional, las cartas fundamentales ya no solo tienen como misión organizar el poder, sino que también asumen una función de transformación social. Así, por ejemplo, en Chile el constitucionalismo social fue piedra angular de la Constitución Política de la República de 1925 incorporando un nuevo concepto de propiedad con enfoque en su función social –tomando clara distancia del derecho de propiedad *natural* propio del liberalismo clásico— un sistema impositivo progresivo, la educación primaria obligatoria, además de reconocer la doctrina de los derechos sociales garantizando a los ciudadanos “un mínimo de bienestar” (Ruiz-Tagle 128).

Junto a lo anterior, es importante destacar que la cláusula del Estado social cobra especial relevancia en cuanto intenta ser un “necesario complemento” al Estado abstencionista (Viera 466). Ahora, reconociendo que el debate sobre el contenido de la cláusula no es pacífico⁴ si nos fijamos en las cuestiones incorporadas en constituciones como la chilena de 1925, podemos apreciar que la fórmula del Estado social entrega un deber al Estado de actuar positivamente sobre la sociedad en contraposición al deber de abstención que defendía el contractualismo liberal. La razón de lo anterior se debe a que la cláusula del Estado social busca reivindicar la solidaridad frente al individualismo que caracteriza el ideario ilustrado. Así, la interdependencia social entre los individuos es el presupuesto que subyace a un Estado social: el ser humano es consciente de que no es capaz de satisfacer sus necesidades, tendencias y aspiraciones si no es mediante la vida en común con los demás. En este sentido, siguiendo a León Duguit (1926), el Estado tiene como elemento esencial la prestación de servicios públicos destinada a la satisfacción de las necesidades de sus integrantes, en consecuencia, el Estado está obligado a hacer “todas aquellas leyes que sean necesarias para asegurar la realización de la solidaridad social” (Duguit 279). Por ende, la cláusula del Estado social configura un mandato a la Administración del Estado a hacer o entregar prestaciones y servicios públicos. Ese deber prestacional que emerge de la idea de servicio público no puede sino verse favorecida con la incorporación de los DS. Precisamente, los DS aparecen como elementos indispensables de un Estado social que pretende hacerse cargo de garantizar bienes y servicios que permitan a los individuos la realización de sus proyectos de vida.

Otra razón para apoyar lo anterior descansa en que los poderes públicos se encuentran vinculados tanto positiva como negativamente en su actuar por dicha cláusula. Por un lado, se encuentran vinculados positivamente, ya que tanto el Legislador como la Administración deben utilizar la cláusula como directiva, por ende, no poseen discrecionalidad respecto del camino que

³Para un estudio más detallado del proceso de cambio de paradigma en el constitucionalismo y la aparición de las primeras legislaciones en materia social véase: Carmona, Encarnación. *El Estado social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000.

⁴Para una apreciación más detallada de este debate véase Viera, Christian. “El Estado social como fórmula en la constitución chilena.” *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 21 (2) (2014): 453-482.

deben seguir en su actuar. Por otro lado, tiene una vinculación negativa al utilizar la fórmula del Estado social para controlar la actuación de los poderes públicos, en el entendido de que su validez estará condicionada por su conformidad con la cláusula (Santamaría Pastor 101). Entonces, esta cláusula es de tal entidad que modificaciones o actuaciones estatales que atentaran contra la consecución de la libertad fáctica no serían posibles o, en caso de serlo, se verían enfrentadas a un vicio de inconstitucionalidad. De ahí su vinculación estrecha con los derechos sociales, ya que la consagración del Estado social permite el mejor desenvolvimiento del objetivo que estos tienen detrás.

En consecuencia, esta fórmula se constituye como un verdadero “mandato expreso de configuración de la sociedad en orden a hacer realidad la libertad y la igualdad de los individuos” (Santamaría Pastor 100), es decir, esta cláusula encarna una función teleológica en orden a organizar la sociedad de manera que la libertad y la igualdad de las personas abandone el plano meramente formal y se manifieste sustancialmente mediante la provisión de prestaciones. Como dijimos anteriormente, un Estado social se constituye como un Estado que provee servicios públicos en miras de satisfacer necesidades de los ciudadanos; es ahí donde entran los derechos sociales como un mecanismo para contribuir con el objetivo que se busca entregar al aparato estatal. No obstante, existe cierto desacuerdo en la doctrina con la idea de los DS y su constitucionalización.

4. EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Como enunciamos en la Introducción, al igual que en sus fundamentos, la constitucionalización de los DS no es un tópico que goce de unanimidad en la literatura. En lo sucesivo, presentaremos las principales aristas en relación con este debate.

En primer término, la gran mayoría de las críticas a la constitucionalización de los DS se basa en la distinción entre derechos negativos y derechos positivos.⁵ Según esta crítica algunos derechos son negativos dado que solo imponen deberes de no interferencia. Otros derechos, en cambio, son positivos e imponen deberes positivos al Estado para que realice todas aquellas acciones necesarias para asegurar los bienes, oportunidades y recursos para que las personas puedan llevar su vida adelante. Lo anterior, se ve principalmente representado en lo que Cécile Fabre (1998) denomina *conflict distinction*, esto es, la idea según la cual los derechos civiles y políticos –de raigambre negativa– no tienen la función de asignar recursos y, por ende, no entran en conflicto entre sí. Los derechos sociales, por su parte, son de naturaleza positiva: entregan deberes positivos de actuación al Estado para que asignen recursos escasos, siendo natural que existan conflictos entre sí. Esto ha tenido como corolario la afirmación de que los DS no deben ser consagrados a nivel constitucional dado que se encuentran en la esfera de los derechos positivos y, por consiguiente, constitucionalizarlos implica un conflicto en su realización material.

Si bien es cierto que en su gran mayoría los DS prestacionales como la salud, la vivienda o la educación son efectivamente derechos cuya obligación es de naturaleza positiva, esto no implica que sea una característica exclusiva de ellos. Evidentemente, como han sostenido varios autores y autoras, los derechos civiles y políticos –derechos negativos por antonomasia– también pueden ser entendidos desde la óptica de un derecho positivo que impone al Estado realizar actuaciones y, por tanto, desplegar recursos para ello. Así, por su carácter de derechos subjetivos sujetos a tutela, los derechos civiles requieren la utilización de presupuestos fiscales para financiar el aparato jurisdiccional. Asimismo, los derechos políticos no solo implican un deber de no interferencia, sino que también se requiere de una puesta en marcha de organización y financiamiento para llevar a cabo, por ejemplo, procesos electorarios (Fabre 1998; Prieto Sanchís 2000). Incluso, según Abramovich y Curtis (2002), esta distinción sería en realidad una de grado y no de naturaleza, puesto que, los derechos sociales se pueden manifestar como prestaciones, pero también en forma

⁵Véase Wibye, Johan. “Reviving the Distinction between Positive and Negative Human Rights.” *Ratio Juris* 35, (4) (2022): 363-82.

de abstenciones, ya que la naturaleza de la obligación puede ser tanto de hacer como de no hacer, respectivamente.

Por otra parte, han existido críticas de diversa índole en miras a cuestionar que el liberalismo sea capaz de justificar la constitucionalización de los derechos sociales. Así, por un lado, algunos niegan rotundamente la pertinencia de incluir este tipo de derechos en la carta magna debido a su choque con los derechos y libertades de primera generación en la medida en que los consideran de primera categoría (Hayek 1960, Nozick 1974). La tesis anterior es especialmente relevante en la teoría de la justicia de Robert Nozick. Bajo su concepción de justicia como justo título (*entitlement*), es justa una distribución cuando esta es el resultado de intercambios libres y voluntarios entre los individuos de la sociedad. De esta manera, los principios de justicia que establece Nozick en *Anarchy, State and Utopia* (1974), tienen como presupuesto el hecho de que los bienes y posesiones actuales que tiene las personas fueron adquiridas con justicia y, en caso de no ser así, aplicar el principio de rectificación de la injusticia para restablecer el orden establecido por esta concepción de justicia. Como es posible apreciar, la teoría de Nozick aboga por la protección de las libertades individuales que típicamente se han considerado como los derechos de primera generación. Así, defendiendo un Estado mínimo, se hace imposible congeniar la existencia de los derechos sociales por cuanto estos implicarían un esfuerzo distributivo que implicaría el establecimiento de un patrón distributivo. Esto, porque la forma de financiamiento de los DS ha sido históricamente el sistema impositivo. Sin embargo, siguiendo a Nozick, el aumento de la tasa impositiva con objeto de proveer derechos sociales que constan como mandato expreso en la constitución implicaría un aumento de la injerencia del Estado en la libertad de los individuos que lo haría devenir en ilegítimo. Esto se hace aún más evidente si consideramos que el mismo Nozick sostuvo que los impuestos como un “trabajo forzado” (169). Para defender esta tesis Nozick argumentó que no existe patrón distributivo que pueda ser establecido sin interferir constantemente en la libertad de la gente. Por lo tanto, existen posiciones desde el liberalismo⁶ que son reacias a fórmulas como los derechos sociales que impliquen la contravención de los derechos civiles y políticos.

En conexión a lo anterior, existen otros autores que han afirmado que la noción misma de derechos sociales sería una contradicción en los términos. Bajo esta concepción, la inclusión de los derechos sociales en clave de derechos subjetivos implica una concepción de estos como seguros que tiene cada ciudadano. En este sentido, según Fernando Atria (2004), en la tradición liberal los derechos se fundan en el autointerés y son entendidos como seguros individuales para que cada agente pueda precaverse a sí mismo. En contraposición, la concepción socialista o comunitaria de los derechos sociales –a la que Atria adhiere– se funda en la solidaridad, entendida en el sentido *de cada cual, según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades*. Según este entendimiento de los DS, estos no pueden expresarse como derechos subjetivos ya que implica un deber de la comunidad de hacerse cargo del bienestar de sus integrantes. Para Atria existiría una contradicción entre la *forma* liberal en la que son expresados estos derechos y su *contenido* eminentemente socialista. He aquí el problema, observa Atria, pues al expresar el ideario socialista o comunitario en forma de derechos subjetivos la raíz comunitaria de esos derechos es negada y su exigencia se convierte en una acción de los individuos en contra de la comunidad. Esto mismo es lo que estaría ocurriendo, por nombrar un ejemplo, con los recursos de protección que tienen al sistema de ISAPRES al borde del colapso⁷ un derecho que tiene fundamento solidario se cae a pedazos en virtud de demandas que los convierten en aspiraciones individuales.

En contraposición, algunas autoras han abogado por la constitucionalización de los derechos sociales en virtud de que sin ellos muchos individuos se verían privados de desarrollar sus proyectos de vida de manera verdaderamente autónoma (Fabre 1998). Incluso, si es que los

⁶Si bien Nozick es un autor que forma más bien parte de la tradición libertaria, también se puede sostener que este sería un argumento propio del liberalismo clásico vinculado a la idea de propiedad y apropiación de Locke. Véase, por ejemplo, S. B. Drury: “Locke and Nozick on Property”.

⁷Las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE) son un sistema privado de seguros de salud, actualmente conformado por nueve Aseguradoras. Véase <https://www.supersalud.gob.cl/664/w3-article-2528.html>. Para la discusión sobre su actual estado puede verse la página de la Comisión de Salud del Senado de Chile: <https://www.senado.cl/noticias/isapres/isapres-comision-de-salud-aborda-situacion-del-sector-y-anticipa-agenda>

derechos sociales quedaran excluidos de la constitución, esto habilitaría al gobierno a eludir los deberes que mandatan los derechos sociales junto con verse disminuidos ante cualquier conflicto que se presente frente a los derechos civiles y políticos.

En lo que sigue ofreceremos una argumentación en favor de la constitucionalización de los derechos sociales desde una perspectiva liberal que pueda hacer frente a las objeciones que vimos en los párrafos precedentes.

5. ESTADO SOCIAL, DERECHOS SOCIALES Y LIBERALISMO

En el debate sobre el lugar que deberían ocupar los DS en la constitución es bastante común sostener que el liberalismo tendría pocos argumentos para ir en su defensa. Lo anterior se basa en la disyunción Estado liberal y Estado Social según la cual el Estado liberal estaría principalmente preocupado por hacer efectivo los DCP y solo en menor medida en garantizar los DS (Bastidas 2009, Arriagada 2015, Sanz 2016). Por ejemplo, María Beatriz Arriagada en su artículo *La imposibilidad de equiparar derechos sociales y liberales* concluye que los DS “aparecen como derechos incompletos, deficientes, discapacitados o devaluados frente al estatuto privilegiado de los derechos civiles y políticos” (838). Parte de esta crítica fue ya presentada en este artículo cuando mostramos la animadversión que Atria tiene frente a la idea de DS, en gran medida porque la idea de derechos subjetivos no recogería el contenido socialista de estos derechos. En lo que sigue, mostraremos dos argumentos liberales que sirven para responder a estas críticas y, con ello, no solo disputar la crítica según la cual la tradición liberal no tendría argumentos sustantivos para defender la inclusión de los DS en la constitución, sino que también que la idea de Estado social es afín a la idea de sociedad como sistema de mutua cooperación que Rawls presentó en *A Theory of Justice*.

i. Derechos sociales y liberalismo

En su artículo *Existen los derechos sociales* Fernando Atria sostuvo que “si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos. Si queremos evitar esta conclusión debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos” (2004 15). Para Atria en el debate actual existe una clara tendencia a manifestar las demandas por bienes sociales en términos de derechos subjetivos dado que de otra manera los fines que se encuentran detrás de los DS no podrían vencer a los DCP. La razón de lo anterior es que el derecho liberal-burgués estaría organizado para ofrecer protección a los DCP, y es esa *forma* la que se trasladaría a la protección de los DS. He aquí el problema, observa Atria, pues al expresar el ideario socialista en forma de derechos subjetivos, la raíz socialista de estos es negada y su exigencia se convierte en una acción de los individuos en contra de la comunidad.

En contraposición a la tesis de Atria, filósofas como Cécile Fabre han abogado por la constitucionalización de los derechos sociales a partir de la idea de autonomía, un argumento que pertenecería claramente a la familia liberal (Fabre 1988 y 2000). Para Fabre la importancia de consagrar a nivel constitucional estos derechos radica en que sin los recursos que estos brindan muchos individuos se verían privados de desarrollar sus proyectos de vida de manera verdaderamente autónomo.⁸ Incluso, si es que los derechos sociales quedaran excluidos de la

⁸Como lo señaló Fabre en *Social Rights Under the Constitution: Government and the Decent Life*: “individuals have social rights to adequate minimum income, housing, health care, and education, and that those rights must be entrenched in the constitution of a democratic state” (2000: 4). Como lo señalamos anteriormente, esta tesis contrasta con la que ofreció Fernando Atria en “Social Rights, social contract, socialism” (2015), según la cual las instituciones judiciales pueden proteger los derechos individuales de forma más efectiva a los derechos sociales porque estos últimos implican un entendimiento de la ciudadanía que es incompatible con el derecho burgués, mientras que los derechos individuales es su manifestación más evidente. Para Atria el derecho burgués puede proteger los derechos sociales a través de sus formas tradicionales de protección, pero al hacerlo inevitablemente los transforma en derechos individuales, en otras palabras,

constitución esto habilitaría al gobierno a eludir los deberes que mandatan los DS junto con verse disminuidos ante cualquier conflicto que se presente frente a los DCP.

Para Fabre, en el debate contemporáneo son dos las cuestiones que se ponen como capacidades que cristalizarían a la autonomía, a saber, (i) qué se quiere hacer con nuestra propia vida y (ii) si y cómo esta puede cambiarse. Asimismo, dentro de las concepciones al interior de la tradición liberal podemos encontrar (a) Rawls: la autonomía como la capacidad para diseñar, revisar y perseguir una concepción de lo bueno, o de la forma de vida que estimamos valiosa, así como deliberar y actuar de acuerdo a esta, (b) Raz: poseer ciertas capacidades personales junto a un adecuado rango de oportunidades para elegir y hacer efectiva sus capacidades, (c) Cohen: acceso a las oportunidades en el sentido de tener conocimiento adecuado acerca de qué oportunidades la sociedad nos ofrece (Fabre 2000 9-11). Tomadas en su conjunto, una persona es autónoma si tiene las capacidades personales junto a las oportunidades para elegir a partir de un real acceso a dichas oportunidades y, de este modo, diseñar, revisar y perseguir una concepción de vida buena que considera contribuye a la formación de su identidad en un determinado periodo de nuestras vidas. Aquí la dimensión temporal es esencial en la medida en que uno de los rasgos esenciales de la autonomía personal es la reversibilidad de lo que consideramos valioso. De este modo, una persona autónoma podría modificar lo que considera bueno en un momento determinado de su vida, incluso podría rediseñar su propio plan de vida.⁹

Resulta difícil de negar que la autonomía personal requiere de ciertos bienes materiales y sociales, así como de instituciones que las garanticen. En este sentido sería posible afirmar que la constitucionalización de los DS sería un primer paso para que las principales instituciones de la estructura básica de la sociedad orienten sus políticas sociales en virtud de ofrecer a cada ciudadano las condiciones mínimas para que pueda llevar adelante su vida y pueda desarrollar aquella que le parezca valiosa. En este sentido, la constitución no solo debería garantizar el respeto a la autonomía personal –algo que podría hacer mediante los DCP– sino también promoverla, en palabras de Fabre: “tener derechos para que se respete [la autonomía] impone deberes negativos de no interferencia, mientras que tener derechos para que se promueva impone deberes positivos de entregar los recursos necesarios para alcanzarlos” (2000 7). Para Fabre que el Estado garantice estos recursos constitucionalmente es la base para poder llevar adelante una vida decente.

ii. La sociedad como sistema de mutua cooperación y la idea de Estado social

En *Teoría de la justicia* Rawls afirmó que el respeto que produce una determinada concepción de la justicia por sobre otra no solo depende de las consecuencias que se obtendrían de cómo esta organiza sus instituciones, sino también de la idea de sociedad que busca promover. De acuerdo con su posición, una concepción de la justicia que promueva el respeto mutuo de los miembros de la sociedad permitiría fundar las bases para la cooperación social. En este sentido podríamos sostener que, a diferencia de su propuesta, las teorías de corte utilitarista no podrían avanzar en dicho fin en la medida en que “el principio de utilidad es incompatible con la concepción de la cooperación social entre iguales para el beneficio mutuo. Este parece ser inconsistente con el ideal de reciprocidad implícito en la noción de una sociedad bien ordenada” (1971 14). Asimismo,

los des-socializa. En este sentido, en el marco ofrecido por una teoría contractual como la de Rawls sólo sería posible fundamentar los derechos sociales en el interés racional que cada una de las partes tiene y, en ese sentido, la renuncia es siempre a cambio de algo. Creemos que esta tesis es completamente contraria a lo que defiende el contractualismo de Rawls y descansa en una imagen que, a lo sumo, se acerca a la teoría contractual de Hobbes.

⁹Una discusión interesante sobre esta concepción de la autonomía se encuentra en el artículo de Catriona McKinnon “Self-Respect and the Stepford Wives” en el que discute acerca de la autonomía que tendrían aquellas mujeres que viven al servicio de sus maridos en condiciones de abundancia económica. Para McKinnon dichas mujeres no serían realmente autónomas ya que no tendrían las condiciones para cambiar de forma de vida o reinventarse. Al referirse al tema de la autonomía señala: “But putting this to one side, we might learn more about self-respect by considering what sorts of capacities might be claimed to ground it. One obvious candidate is the capacity for autonomy, understood as self-determination independent of social standards. The Stepford Wives live their lives according to social norms which prioritise the interests of their husbands” (2002 64). En “Basic Income, Self-Respect and Reciprocity” (2003) McKinnon sostuvo que la renta básica sería una medida que permitiría alcanzar un mínimo vital a partir del cual desarrollar la autonomía.

podemos señalar que su concepción de la justicia como equidad se diferencia de las concepciones libertarias centradas principalmente en los derechos individuales que los ciudadanos tendrían al interior de una sociedad, ya que a diferencia de un Estado mínimo como el propuesto por Nozick, Rawls defendió un Estado fuerte cuyo entendimiento se acerca bastante a la de Estado social tal como fue caracterizado en el punto 3 de este artículo.

Cabe señalar que, si bien es posible argumentar que la concepción que Rawls tiene de sociedad como sistema de mutua cooperación es cercana a la idea de Estado social, esta concepción no podría realizarse bajo un Estado del Bienestar Capitalista (*welfare-state capitalism*). La razón de lo anterior es que este sistema “no favorece la reciprocidad entre los ciudadanos, así como tampoco garantiza una equitativa igualdad de oportunidades ni un equitativo valor de las libertades básicas” (Aguayo 2022 104). Para Rawls el Estado de Bienestar Capitalista deja el control de la economía en manos de un grupo ya enriquecido de actores privados por lo que no garantiza a todos los ciudadanos recursos suficientes para tener las mismas oportunidades de influir en la política, o tener oportunidades suficientemente equitativas en educación y empleo (Rawls 2001 139). Junto a lo anterior, el Estado de Bienestar Capitalista generaría “una subclase de ciudadanos desmoralizados que a su vez tenderían a responsabilizarse por su fracaso en el acceso a los bienes sociales” (Aguayo 2022 104).

Por otra parte, para Rawls sus principios de justicia “son los principios de la justicia social: proporcionan una forma de asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución adecuada de los beneficios y las cargas de la cooperación social” (1971 4). Cabe destacar que para Rawls la constitución es una de las instituciones responsables de la distribución de estas cargas y beneficios de la cooperación social, y que esta distribución debe considerar los elementos establecidos por sus principios de justicia. En este sentido, el principio de la diferencia marca un horizonte claro respecto de cómo deberían realizarse las distribuciones en favor de los que están peor. Rawls sostuvo que las desigualdades sociales y económicas son arbitrarias a menos que vayan en beneficio de los que están peor. La cuestión aquí entonces es cómo debe regularse la ejecución de este principio. Una alternativa sería dejarlo en manos del mercado y que este distribuya dichas cargas y beneficios en función del esfuerzo o el mérito de cada uno de los ciudadanos o de un Estado subsidiario tal como ha sido entendido en Chile.¹⁰

Pero como es sabido, Rawls fue un acérrimo crítico al ideal meritocrático y un fuerte defensor de la distribución de los bienes esenciales para llevar adelante nuestra vida. Para el autor de *Teoría de la justicia* si aceptamos que el estándar moral de igualdad de oportunidades ha de ser la mera igualdad formal garantizada por los DCP, entonces deberíamos aceptar que la arbitrariedad moral de la buena o mala fortuna natural y social pueda determinar con justicia el desarrollo de los planes de vida de las personas, planes que están indefectiblemente ligados nuestra salud, educación, alimentación y vivienda. Para Rawls el acceso a estos bienes sociales no puede depender solo del esfuerzo que los y las ciudadanas pudiesen hacer, señalando incluso que no es moralmente aceptable que las instituciones sociales –entre ellas la Constitución– reproduzcan las desigualdades derivadas tanto del origen social, como de los dotes naturales y de la buena o mala suerte en la vida. La razón es que para el autor “nadie merece una mayor capacidad natural ni tampoco un lugar inicial más favorable en la sociedad” (1971 104). Rawls sostuvo además que la manera en cómo se desarrollen y florezcan las capacidades naturales de las personas se ve afectada por todo tipo de condiciones sociales que estas tienen. Él incluso llegó a sostener que “la voluntad para hacer un esfuerzo, para intentarlo, y por tanto ser merecedor del éxito en el sentido ordinario, depende de la felicidad de la familia y de las circunstancias sociales” (1971 74). En otras palabras, nadie puede atribuirse mérito alguno porque tuvo la suerte de nacer en una familia que lo apoyara y motivara para alcanzar sus metas, ni menos atribuirse mérito por haberse educado en un colegio que le ofreció las herramientas para llevar adelante de manera exitosa su vida, y menos atribuirse mérito por gozar de buena salud o alimentación.

¹⁰Por ejemplo para Jaime Guzmán “el Estado subsidiario [. . .] busca 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” (1990).

Por otra parte, para Rawls la finalidad de la justicia social no es simplemente que todos tengan formalmente protegidas las libertades establecidas por el primer principio de la justicia, sino que las libertades básicas sean efectivamente realizables por todas las personas, al punto en que el valor de la libertad de los peor situados esté maximizado. En este sentido, y como lo sostuvimos al inicio de este trabajo, los DS son condición necesaria para la realización sustantiva de nuestra libertad en la medida en que resulta poco razonable esperar que una persona que se encuentra en una situación de pobreza o vulnerabilidad pueda ejercer efectivamente las libertades y derechos que lo califican como un igual a aquellos que tienen los medios para la autosuficiencia económica y que, entre otras cosas, le permiten incluso participar activamente de la política y realizar sus DCP.

Una línea similar de argumentación puede ofrecerse respecto del tipo de sociedad que subyace al principio de equitativa igualdad de oportunidades. La posibilidad real de acceder a los bienes sociales que en principio se encuentran disponibles para todos resulta imposible si no están garantizados ciertos mínimos vitales que permitan que la competencia por dichos bienes sea equitativa. Piénsese por ejemplo en la educación como un derecho social. Si este derecho no se encuentra garantizado, la igualdad de oportunidades para acceder a un empleo que me permita obtener los recursos para realizarse, es decir, ejecutar la libertad, se verían fuertemente limitadas. De este modo, tanto el principio de equitativa igualdad de oportunidades como el de diferencia cristalizan la idea de una sociedad como un sistema de mutua cooperación en el que las personas pueden actuar motivadas no solo por su propio interés, sino que reconociendo que sus propios dotes son parte de un acervo común (Rawls 1971: 101). Todo lo anterior muestra la estrecha relación que existe la concepción que Rawls nos presenta de la sociedad con los elementos que caracterizan al Estado social.

6. CONCLUSIÓN

En este trabajo hemos presentado las principales críticas que enfrenta la constitucionalización de los DS y su consagración al interior de un Estado social. Asimismo, hemos ofrecido argumentos de la tradición liberal que podrían hacerles frente. Para ello hemos visto cómo la idea de autonomía y la de sociedad como sistema de mutua cooperación nos permiten pensar en una sociedad en la que los peor situados tengan las garantías mínimas para llevar adelante su vida. Asimismo, hemos mostrado que bajo la idea de una sociedad como sistema de mutua cooperación se aloja una interpretación de los principios de justicia que obliga a pensar en un Estado social que no solo garantice unos mínimos sociales para que las personas puedan tomar decisiones autónomas, sino también garantizar constitucionalmente derechos sociales para que sean reales actores al interior de una sociedad que los considera libres e iguales. Como conclusión sostenemos que la manera más adecuada para lograr lo anterior es que estos mínimos sociales estén, como lo señala el título del libro de la profesora Cécile Fabre, *under the Constitution*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, Victor & Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- Aguayo, Pablo. "Socialismo liberal y democracia de propietarios en la teoría de la justicia de John Rawls" *Ideas y Valores* 71(179 (2022): 99-116.
- Alexy, Robert. "Derechos sociales fundamentales", comp. Miguel Carbonell et. al. Ciudad de México: UNAM, 2000. 67-85.
- Arriagada, María Beatriz. "La imposibilidad de equiparar derechos sociales y liberales", *Revista Chilena de Derecho* 42/3 (2015):819-842.
- Atria, Fernando. "¿Existen los derechos sociales?", *Discusiones* 4 (2004):15-59.
- Atria, Fernando. "Social Rights, Social Contract, Socialism", *Social & Legal Studies* 24/4

(2015): 598-613.

- Bastidas, Patricia. “El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso”, *Revista Via Iuris* 7 (2009): 45-59.
- Carmona, Encarnación. *El Estado social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000.
- Drury, Shadia B. “Locke and Nozick on property”, *Political studies* 30/1 (1982): 28-41.
- Duguit, León. *Manual de derecho constitucional: teoría general del Estado, el derecho y el Estado, las libertades públicas, organización política*. Madrid: Francisco Beltrán Librería Española, 1926.
- Dworkin, Ronald. *Sovereign Virtue*, Cambridge MA: Harvard University Press, 2000.
- Fabre, Cécile. “Constitutionalising Social Rights”, *Journal of Political Philosophy* 6/3 (1998): 263-284.
- Fabre, Cécile. *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Guzmán, Jaime. “Respuesta a una campaña innoble. Indefinición del gobierno acerca del papel del Estado” (1990). Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/59417/1/2436_320.pdf
- Hayek, Friedrich. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1960.
- McKinnon, Catriona. “Self-Respect and the Stepford Wives”, *Proceedings of the Aristotelian Society* XCVII (1997) :325-330.
- McKinnon, Catriona. *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*. Palgrave Macmillan, 2002.
- Mckinnon, Catriona. “Basic Income, Self-Respect and Reciprocity”, *Journal of Applied Philosophy* 20/2 (2003): 143-158.
- Nozick, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.
- Prieto Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 22 (1995): 9-57.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971.
- Ruiz Tagle, Pablo. *Cinco Repúblicas y una tradición*. Santiago de Chile: LOM editores, 2016.
- Santamaria, Juan. *Principios de derecho administrativo general I*. Madrid: Iustel, 2004.
- Sanz, Raúl. “El Estado liberal, el Estado social y el Estado constitucional.” *Retos a la eficacia de los derechos humanos en España y la Unión Europea*, ed. Raúl Sanz. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016. 13-42.
- Sumner, L. W. *The Moral Foundation of Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- Viera, Christian. “El Estado social como fórmula en la constitución chilena”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 21/2 (2014): 453-482.
- Wibye, Johan. “Reviving the Distinction between Positive and Negative Human Rights”, *Ratio Juris* 35/4 (2022): 363-82.

