

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES: HACIA LA SUPERACIÓN DEL ESTADO SUBSIDIARIO EN CHILE

APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF SOLIDARITY IN SOCIAL RIGHTS: OVERCOMING THE SUBSIDIARY STATE IN CHILE

KARIM NEHME GAJARDO*

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto proponer una interpretación sistemática de la Constitución Política de la República que permita consagrar al principio de solidaridad como el criterio rector en materia de derechos sociales, superando de esta manera la actual aplicación del principio de subsidiariedad en dicha materia tal como lo han propuesto históricamente la doctrina hegemónica y los actores políticos institucionales, cuyo efecto principal ha consistido en perpetuar el valor material de un Estado subsidiario mínimo cuyas actuaciones se han caracterizado por ser de suyo excepcionales y temporales, impidiendo de esta manera el establecimiento en Chile de derechos sociales universales.

Palabras clave: Solidaridad, colaboración, interés general, universalidad, ciudadanía.

* Alumno, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: Karim.nehmeg@gmail.com. Agradecimientos a Luis Antonio Nehme Baraqui por su ejemplo de vida.

ABSTRACT

This article aims to propose a systematic interpretation of the National Political Constitution that allows the reaffirmation of the solidarity principle as the guiding rule with regards to social rights, overcoming the actual application of the subsidiarity on this matter as the hegemonic doctrine and political actors have suggested, whose main effect has been to preserve the material value of a minimum Subsidiary State which actions have been characterized for being exceptional and temporary, thereby preventing the establishment of universal social rights in Chile.

Key words: Solidarity, collaboration, general interest, universality, citizenship.

Fecha de recepción: 11 de noviembre de 2014

Fecha de aceptación: 27 de noviembre de 2014

1. ORIGINALISMO INTERPRETATIVO RADICAL: INTERPRETACIÓN HEGEMÓNICA COMO UN CASO DE PETRIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

Entre las distintas corrientes interpretativas de la Constitución, encontramos la denominada interpretación originalista u originalismo interpretativo, que podemos definir como “la corriente interpretativa que proporciona una especial relevancia al momento constituyente”¹, cuestión, que como señala un autor, se debe a un “hecho histórico-sociológico consistente en la sacralización de los constituyentes”².

Dentro de dicha corriente, encontramos el denominado Originalismo interpretativo radical, cuya tesis central postula que “lo único que ha de regir la interpretación de la Constitución es la voluntad o intención de los constituyentes”³, de manera que “en la Constitución no hay más que aquello que los constituyentes quisieron incluir y de hecho incluyeron”⁴.

En este sentido, el fundamento del Originalismo interpretativo, radica en el hecho de que la autoridad de los constituyentes, como expresión de la voluntad soberana del pueblo, para efectos de interpretar

¹ ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, 13 pp.

² BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Originalismo e interpretación, Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1989, 51 pp.

³ BELTRÁN, *Originalismo e interpretación...*, p. 53.

⁴ ALONSO, *La interpretación de la constitución...*, p. 142.

la Constitución, no puede ser suplantada por la decisión de un Tribunal basada simplemente en la subjetividad del juez constitucional.

De esta manera, la aplicación del Originalismo radical como método de interpretación constitucional, trae consigo la petrificación del contenido material de la Constitución de acuerdo al existente al momento de su entrada en vigencia, cuestión que implica “que las ideas o valores de un determinado momento histórico perduran en el tiempo”⁵.

En este sentido, estimamos que la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad⁶ en nuestro país, constituye un caso evidente de petrificación constitucional, toda vez, que mediante la consulta constante e irreflexiva de las opiniones de los comisionados recogidas en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, y su uso como criterio interpretativo exclusivo y determinante para resolver cualquier controversia constitucional sobre el carácter del Estado chileno, ha conseguido petrificar en nuestra sociedad el valor material constitucional de un Estado subsidiario mínimo.

Lo anterior ha significado la aplicación del principio de subsidiariedad en cualquier ámbito de la vida social regulado por el constituyente, y bajo cualquier contexto sociopolítico desarrollado en nuestro país. En este sentido, nos parece razonable cuestionar la aplicación de dicho principio en la nueva realidad nacional, caracterizada por la

⁵ ALONSO, *La interpretación de la constitución...*, p. 143.

⁶ Al respecto véase, NEHME GAJARDO, Karim, *El principio de subsidiariedad en la Constitución Política de la República y su aplicación en materia de derechos sociales*, Valparaíso, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, 2014, 20-37 pp.; BULNES ALDUNATE, Luz, “Visión académica de la Constitución Económica de 1980”, en: *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, N° 62 (2000), pp. 88-95.; SAN FRANCISCO REYES, Alejandro, “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”, en: *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, N° 19 (1992), pp. 532-535; LÓPEZ MAGNASCO, Sebastián, *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 46-48.; ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo - ACHURRA GONZÁLEZ, Marcela - DUSSAILLANT BALBONTÍN, Patricio, *Derecho Político: Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1995, pp. 54; FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico: regulación, tributos y propiedad*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008, pp. 91; SOTO KLOSS, Eduardo, “La actividad económica en la Constitución”, en: *Ius Publicum de la Universidad Santo Tomás*, N° 2, 1999, pp. 119-125; BERTELSEN REPETTO, Raúl, “El Estado empresario en la Constitución de 1980”, en: *Revista Chilena del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, N°14, 1987, pp. 115-120.

demanda de la ciudadanía por reconfigurar la actuación del Estado en materia de derechos sociales.

En este sentido, entendemos que la aplicación del principio de subsidiariedad en materia de derechos sociales en este nuevo contexto nacional, carece de legitimidad, cuestión que intentaremos demostrar, por un lado, extendiendo a la doctrina hegemónica las críticas formuladas por Dworkin al Originalismo interpretativo, y por otro, precisando cuál fue la realidad sociopolítica que justificó en su momento la existencia de un Estado subsidiario mínimo en nuestro país.

Una primera crítica formulada por Dworkin, consiste en la dificultad de las fuentes originalistas para localizar y determinar inequívocamente la intención original de los constituyentes, pues, “la referencia a la voluntad o a la intención de los constituyentes sería válida si tal voluntad fuese única, unívoca e históricamente probada”⁷, cuestión, de extrema dificultad en nuestro caso, pues, entre los distintos comisionados existieron importantes diferencias de opinión sobre cuestiones constitucionales de innegable relevancia⁸.

La segunda crítica planteada por el autor, consiste en señalar que la petrificación que implica el Originalismo no es legítima ni desde el punto de vista social ni desde el puramente interpretativo⁹.

Idea reafirmada por García de Enterría, quien plantea “que tal resultado petrificador bastaría probablemente para descalificar la teoría originalista, por cuanto, una sociedad no puede permanecer atada de pies y manos, permanentemente vinculada a las intenciones concretas de los constituyentes: el Derecho, como toda creación social, evoluciona inevitablemente según los cambios políticos, sociales y culturales”¹⁰, agre-

⁷ DWORKIN, Ronald, “The Bork Nomination”, en: *New York Review of Books*, 1987, p. 6.

⁸ Dichas diferencias de opinión entre los miembros de la Comisión de Estudios existieron a tal punto que algunas de las normas constitucionales relativas a materias de trascendental importancia tuvieron que ser votadas entre los miembros y aprobadas con el voto en contra de algunos comisionados. Tal situación tuvo lugar, por ejemplo, durante la sesión n° 46 que tuvo por objeto discutir los fines del Estado, en la cual una propuesta del comisionado Jaime Guzmán sobre la redacción del actual artículo 1° de la Constitución, fue aprobada con los votos en contra de los comisionados Ovalle y Evans. Al respecto véase, SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* –2ª edición– Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 52 pp.

⁹ BELTRÁN, *Originalismo e interpretación...*, p. 91.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución Española de 1978*, Madrid, Editorial Civitas, 1981, 203 pp.

gando, que “es necesario, por tanto, concluir afirmando, de nuevo, la falta de legitimidad de la petrificación (auténtica tiranía de la Historia) que entraña el Originalismo, por ignorar un descubrimiento común a todas las jurisprudencias de cualquier materia jurídica, su carácter evolutivo, la necesidad de introducir en la interpretación y aplicación de un mismo precepto inmutable variables derivadas de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados”¹¹.

Cuestión, que nos permite vincular tales aspectos críticos planteados por Dworkin con la necesaria caracterización del contexto sociopolítico que justificó en un momento determinado de nuestra historia nacional, la existencia de un Estado subsidiario en la economía.

En este sentido, tal situación correspondió a la etapa de nuestra historia que abarca desde el año 1938 al 1973, y que ha sido denominada por el historiador Gabriel Salazar como el “Estado empresarial y nacional desarrollismo”¹², caracterizado, en palabras de un autor afín a la interpretación dominante, por el hecho de que “el control de los medios de producción pasaba en forma creciente al Estado, mediante nacionalizaciones, expropiaciones, requisiciones e intervenciones. Como resultado, la participación empresarial directa del Estado en el valor de la producción para todos los sectores económicos de actividad alcanzaba a más del 70% en 1973”¹³.

Es por esta razón, que los comisionados crearon el principio de subsidiariedad como un instrumento constitucional que les permitiera, por un lado, revertir dicha concentración estatal en el ámbito económico, y por otro, sentar las bases de un nuevo sistema económico basado en el respeto irrestricto a la propiedad privada y a la libre iniciativa de los particulares en el desarrollo de actividades económicas.

De esta manera, la doctrina hegemónica, recogiendo el trabajo de los comisionados, vincula el contenido de los Arts. 1° inc. 3 y 19 n° 21 de la Carta fundamental, para fundar la actual primacía de los privados en el desarrollo de iniciativas económicas, relegando al Estado a un carácter subsidiario en el que solo puede realizar aquellas actividades que los particulares no quieran o puedan efectuar.

¹¹ GARCÍA, *La constitución Española...*, p. 203.

¹² SALAZAR, Gabriel, *Historia de la acumulación capitalista en Chile (Apuntes de clases)*, Santiago, Ediciones Lom, 2003, 140 pp.

¹³ BÜCHI, Hernán, *La transformación económica de Chile: el modelo del progreso*, Santiago, Editorial El Mercurio Aguilar, 2009, 32 pp.

Lo anterior, nos demuestra a nuestro entender, dos cuestiones especialmente relevantes, la primera, que el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad pensado por los comisionados comprende exclusivamente el relativo a las actividades económicas empresariales, y segundo, que la existencia de dicho principio se justifica y legitima únicamente en tanto tales características excepcionales perduren en el tiempo.

Sin embargo, dichas circunstancias especiales no existen en la realidad, por cuanto, desde ocurrido el golpe militar en 1973, se desplegó en nuestro país una ambiciosa y extendida política de privatización de las antiguas empresas públicas, es así como en “el periodo comprendido entre 1974 y 1989, se privatizaron cerca de 600 empresas”¹⁴. Proceso que produjo, “una enorme concentración de la propiedad en manos de privados, abusos de posición dominantes en mercados relevantes, y por último, una relevante concentración de la renta en manos de privados”¹⁵, y que redujo a su vez, la participación del Estado como agente económico, a las 33 empresas públicas creadas por ley existentes en la actualidad¹⁶, las cuales por mandato expreso del constituyente, deben realizar las actividades empresariales, por regla general, sometiéndose a la legislación común aplicable a particulares, por lo cual se encuentran en igualdad de acción con las empresas privadas, debiendo ambas competir bajo las mismas condiciones por la captación de mercados.

Es por esta razón, que a nuestro parecer, es necesario ofrecer una nueva interpretación del contenido del Art. 19 n° 21 de la Constitución, que se encuentre en sintonía con dicha nueva realidad descrita.

En este sentido, entendemos que dicho artículo no consagra una manifestación específica del principio de subsidiariedad en el ámbito de las relaciones económicas, sino que más bien, regula una regla competencial que le exige al Estado para poder realizar dichas acti-

¹⁴ Informe de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados encargada de analizar presuntas irregularidades en las privatizaciones de empresas del Estado ocurridas con anterioridad a 1990 [en línea], en: *archivochile.com* (2014) [citado el 6 de agosto de 2014], http://www.archivochile.com/Chile_actual/21_est_idea/chact_estidea0001.pdf.

¹⁵ Informe de la Comisión investigadora..., p. 3.

¹⁶ Registro de empresas públicas de la Superintendencia de Valores y Seguros [en línea], en: *svs.cl* (2014) [citado el 6 de agosto de 2014], <http://www.svs.cl/portal/principal/605/w3-propertyvalue-18556.html>

vidades un quórum reforzado, pero que en ningún caso lo excluye a priori de poder desarrollar iniciativas empresariales.

De esta manera, demostrando la falta de legitimidad que representa el aplicar en la nueva realidad nacional el principio de subsidiariedad en los términos descritos por la doctrina hegemónica, podemos concluir en este primer apartado, que es necesario consagrar a nivel constitucional un nuevo criterio rector en materia de derechos sociales, el cual a nuestro entender, y como lo propondremos a continuación, debe ser el que hemos denominado como principio de solidaridad.

2. APERTURA DE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL:

Antes de proceder a exponer la propuesta hermenéutica objeto del presente trabajo, resulta necesario indicar cuáles son los métodos interpretativos en que ella se fundará.

En este sentido, la propuesta interpretativa se desarrollará sobre la idea central de que es necesario entender que el valor específico de la Constitución consiste en que aquella es una norma cualitativamente distinta a las demás, pues es portadora de unos determinados valores materiales esenciales que han de construir el orden de convivencia política al interior de la sociedad.

En este sentido, García de Enterría, señala que “la Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales del derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir, o la Constitución los ha declarado de manera formal”¹⁷, destacando que “estos valores no son simple retórica, no son simples principios programáticos, sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a este su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación”¹⁸.

Tales valores materiales, a nuestro entender, se encuentran recogidos en las denominadas cláusulas abiertas que forman parte de

¹⁷ GARCÍA, *La Constitución española...*, p. 144.

¹⁸ GARCÍA, *La Constitución española...*, p. 144.

nuestra Carta Fundamental, y que se caracterizan porque es al juez constitucional a quien le corresponde dotarlas de contenido según el cambio de las circunstancias experimentadas al interior de la sociedad.

Reafirmando dicha idea, el mismo autor ha señalado, que una Constitución “debe contener, y de hecho contiene, términos generales y amplios, y no por capricho, sino porque no puede entrar a regular en detalle todos y cada uno de los aspectos de la vida social y política, e igualmente porque es un marco general y común que no debe imponer una concreta y determinada opción política, permitiendo, por tanto, diversas interpretaciones en función de diferentes alternativas político-sociales¹⁹, de manera que la Constitución de 1980 debe permitir diversas interpretaciones que reflejen el pluralismo político existente al interior de la sociedad, no siendo posible perpetuar el carácter subsidiario del Estado recurriendo a la interpretación originalista radical de su contenido.

Es por esta razón, que nuestro trabajo interpretativo se construye sobre los postulados de la denominada “teoría de la Constitución sin Derecho Natural” de Häberle, quien propone que lo esencial de la Constitución, más que elaborar una concepción del hombre, sería “construir la vida social y política como un proceso indefinidamente abierto”²⁰.

Plantea el autor, que “lo sustancial de los valores constitucionales sería definir un espacio abierto que haga posible el juego de las distintas alternativas, que permita a cualquier idea o tendencia la oportunidad de llegar a ser mayoritaria, evitando la petrificación de una situación dada”²¹. En este sentido, la función que le corresponde desarrollar al intérprete constitucional, consiste “en realizar aquellos valores que tiendan a perpetuar la apertura de la sociedad, de forma que ninguna idea ni grupo social queden imposibilitados de raíz de llegar a impactar en el conjunto de la sociedad”²².

Planteamiento que ha sido complementado por Ely, quien plantea que “la misión del juez constitucional es la de defender el valor democrático o procedimental, manteniendo abiertos los mecanismos

¹⁹ GARCÍA, *La Constitución española...*, p. 226.

²⁰ HÄBERLE, Peter, *Verfassung als Öffentlicher prozess*, Berlin, Duncker und Humblot, 1978, 93 pp.

²¹ GARCÍA, *La Constitución española...*, p. 144.

²² ALONSO, *La interpretación de la Constitución...*, p. 329.

democráticos del proceso político y garantizando el libre acceso de mayorías y minorías en igualdad de condiciones a dicho proceso democrático”²³.

De manera, que nuestra propuesta interpretativa de aplicación del principio de solidaridad en materia de derechos sociales, se construirá reconociendo los distintos valores materiales contenidos en las cláusulas abiertas de nuestra constitución, dentro de un marco teórico correspondiente a los conceptos de “espacio abierto” y “democracia participativa” desarrollados por Häberle y Ely respectivamente.

3. PROPUESTA INTERPRETATIVA: CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

El artículo 1 inc. 3° de la Constitución Política de la República, dispone que “el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

Al analizar el contenido de dicha norma constitucional, podemos extraer dos premisas esenciales para efectos de la fundamentación del presente trabajo: La primera, consiste en el hecho de que el Estado reconoce que la sociedad, en tanto ente colectivo, se organiza y estructura en base a los denominados grupos intermedios, razón por la cual, en los términos del constituyente, se los ampara; y la segunda, que nos indica que el Estado les garantiza a dichos cuerpos intermedios la adecuada autonomía para cumplir los fines que estos se hubieren propuestos.

En este sentido, podemos señalar, que la primera premisa no es más que la afirmación de que la existencia de la sociedad es anterior al establecimiento del Estado, entendiéndolo a aquel como una estructura jurídica representativa de la sociedad políticamente organizada, de manera que el Estado encuentra su legitimación en el hecho de servir de instrumento para que la sociedad alcance el bien común, afirmación que por su obviedad no ofrece mayor novedad.

En cambio, la que sí aporta un elemento relevante al presente análisis, es la segunda premisa señalada, en cuanto nos obliga a precisar el sentido y alcance de la vinculación que realiza el constituyente entre garantizar una adecuada autonomía y los fines propios de los grupos intermedios.

²³ BELTRÁN, *Originalismo e interpretación...*, p. 103.

En este orden de cosas, a nuestro entender, lo que se extrae de aquello es el reconocimiento por parte del constituyente de la libertad que tienen los particulares para realizar actividades que se caracterizan por perseguir un interés exclusivamente privado, en la medida de que su concreción importa e involucra solamente a los individuos que la ejecutan y no a la sociedad entera.

De esta manera, el constituyente de 1980, busca la concreción de dos objetivos fundamentales, por un lado, que los privados tengan resguardada una esfera de libertad necesaria para decidir qué fines o intereses privados consideran importantes de realizar y qué medios se han de utilizar para conseguir tales propósitos, y por otro, impedir que dicha libertad se vea amenazada o vulnerada por efecto de la actividad desplegada por otro particular en la búsqueda del desarrollo de otro interés privado, o por el Estado en la concreción de un interés general.

En este sentido, es posible advertir un primer límite constitucional a la actuación del Estado, quien no podrá intervenir en aquellas actividades realizadas por particulares que se caracterizan por buscar la realización de un interés estrictamente privado, por cuanto, en caso contrario, estaría vulnerando la adecuada autonomía que el constituyente le ha garantizado a los grupos intermedios para realizar sus propios fines particulares.

A continuación, es necesario considerar lo dispuesto en el artículo 1 inc. 4° de la Constitución, en la medida en que su contenido se encuentra estrechamente vinculado con lo dispuesto en su inc. 3° recientemente transcrito.

En efecto la Carta Fundamental dispone que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a 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, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Luego, estimamos necesario, centrar nuestro análisis del contenido de dicha disposición constitucional en dos expresiones concretas utilizadas por el constituyente, por un lado, nos referimos a “crear las condiciones sociales” y por otro, a “que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”.

En este sentido, estimamos, que la expresión crear las condiciones sociales alude a una realidad material concreta consistente en el de-

sarrollo al interior de la sociedad de “ciertas actividades” que hagan posible el objetivo expresado por el Constituyente de permitir a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad alcanzar su máximo nivel de desarrollo posible.

Por otro lado, entendemos que con la segunda expresión utilizada por el constituyente, en efecto, “que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, se alude a la existencia de un interés colectivo, compartido por todos y cada uno de los integrantes de la sociedad, que denominaremos “interés general”.

En este orden de ideas, dicho interés general es común a todos los integrantes de la comunidad nacional, por cuanto, en la medida de que dichas condiciones sociales le permitan a cada uno de ellos alcanzar su máximo desarrollo personal, todos los individuos estarán interesados en que tales condiciones se desarrollen al interior de la sociedad.

De esta manera, atribuyéndole el significado anteriormente indicado a dichas expresiones, podemos concluir lo siguiente: que al interior de nuestra sociedad existen ciertas actividades materiales que son de interés general, por cuanto permiten alcanzar a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad su mayor grado de desarrollo espiritual y material posible.

Es por esta razón que será de interés de todos que tal tipo de actividades materiales se realicen de la forma más eficiente y completa posible, sobre todo cuando aquellas involucren la satisfacción de ciertos derechos sociales que la Constitución ha asegurado a todas las personas, como ocurre, por ejemplo, con dos actividades materiales de interés general especialmente relevantes en el actual contexto sociopolítico del país, a saber, la actividad material en los ámbitos educacional y sanitario.

Podemos aseverar entonces, que de la vinculación del contenido de los incisos 3° y 4° del artículo 1 de la Constitución Política de la República, queda de manifiesto la existencia al interior de nuestra sociedad de actividades que obedecen a dos tipos de intereses distintos, por un lado, actividades que se caracterizan por buscar un interés estrictamente privado, que solo pueden ser realizadas por los propios particulares, y otras que persiguen la concreción de un interés general, común a todas las personas que integran la comunidad nacional, cuya realización debe ser compartida entre particulares y Estado, tal como indicaremos a continuación.

En efecto, tratándose de actividades caracterizadas por perseguir un interés general, a nuestro entender, deben regirse por el denominado “deber de contribución” consagrado en el artículo 1 inc. 4º de la Carta en los siguientes términos: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir”.

En este sentido, estimamos que el contenido de tal deber de contribución se caracteriza por recoger dos premisas fundamentales para efectos del presente trabajo hermenéutico, a saber, la primera, consistente en que el Constituyente le impone al Estado un deber positivo de actuación, especificado en el término “contribuir”, y la segunda, que aquello implica que el Estado debe realizar una actividad material en conjunto a otro ente, en este caso, en colaboración con un particular.

Es por esta razón que estimamos que el denominado deber de contribución recogido en la Constitución, consagra un principio de solidaridad, el cual comprende un deber de “ayuda recíproca” que recae sobre el Estado y los privados en el desarrollo de actividades que representen el interés general de la sociedad, ya que en una sociedad democrática la concreción del bien común es una responsabilidad compartida entre todos los elementos que la integran.

De esta manera, el principio de solidaridad en tanto deber de ayuda recíproca, se configura como el nuevo criterio rector en materia de derechos sociales, consistente en la “colaboración pública privada en la realización de actividades materiales de interés general” que permitan alcanzar a la sociedad toda la satisfacción de dichos derechos fundamentales.

Resulta interesante advertir que, mediante el desarrollo de dicha colaboración pública privada fundada en el principio de solidaridad, se logra superar la principal consecuencia negativa que trae consigo la aplicación de la interpretación hegemónica del principio de subsidiaridad en materia de derechos sociales, consistente en la exclusión del Estado en el desarrollo de aquellas actividades materiales socialmente relevantes realizadas por particulares, por cuanto, con este nuevo parámetro de colaboración, ni la actividad del Estado ni la de los privados, quedan excluidas a priori.

En este sentido, la actuación del Estado dentro de dicho parámetro de colaboración establecido en virtud del principio de solidaridad, ha de ser de carácter “permanente”, porque si bien la colaboración de los privados en actividades materiales de interés general que permitan la concreción de los derechos sociales es constitucionalmente

deseable, aquello representa propiamente tal un ideal a conseguir, de manera que en ningún caso la ausencia de colaboración de un privado constituye un impedimento para que el Estado pueda realizar por sí mismo una actividad de tal tipo.

A mayor abundamiento, el carácter que asuma la colaboración permanente desplegada por el Estado en actividades materiales de interés general que permitan la satisfacción plena por parte de la ciudadanía de los denominados derechos sociales, no ha de quedar previamente determinada por la aplicación del principio de subsidiariedad como ocurre en la actualidad, sino que por el contrario ha de responder al carácter de abierto y flexible que debe tener todo ordenamiento constitucional, pudiendo representar una de las posibles formas de actuación del Estado, las denominadas políticas públicas universales.

Lo anterior se debe a que tal colaboración debe propender a una “complementariedad pública privada” en la sociedad, en el sentido de que permita que los esfuerzos desplegados desde ambas esferas a un mismo grupo de beneficiarios se complementen y no excluyan como sucede en la actualidad por la aplicación del Estado subsidiario en materia de derechos sociales.

De esta manera, por ejemplo, tratándose de la educación como un derecho social, el hecho de que privados puedan colaborar en la prestación del tal derecho a través de establecimientos que ofrezcan un proyecto educativo diverso para quienes lo puedan pagar, nada impide que el Estado también colabore en la satisfacción de dicho derecho social ofreciendo a tales personas un proyecto educativo público alternativo.

Es así como se supera la prohibición que en virtud de la actual interpretación del principio de subsidiariedad recae sobre el Estado en el sentido de que solo debe desplegar su actuación respecto de aquellos que por distintas circunstancias no pueden acceder a un establecimiento educacional privado, de manera que el Estado podría desplegar una política universal que garantice el derecho a la educación a todos los ciudadanos.

A mayor abundamiento, podemos señalar que no es solamente factible que el Estado colabore en una actividad material de interés general que permita la concreción de los derechos sociales a través del desarrollo de una política pública universal, sino que también es deseable que aquello ocurra en atención a lo dispuesto por el propio constituyente, por un lado, en el artículo 1 inc. 4°, donde dispone que “El Estado debe contribuir a 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”, y por otro, en el artículo 1 inc. 5º, donde se indica que es deber del Estado también “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidad en la vida nacional”, cuestión última que requiere una actuación del Estado para lograr en el hecho una efectiva igualdad material de oportunidades entre todos.

En este sentido, resulta interesante de advertir que la Constitución ha reconocido la validez de la actuación del Estado a través de una política pública universal en dos actividades materiales de claro interés general que permiten concretar la satisfacción de derechos sociales en nuestro país, cuestión que demuestra la validez de nuestro planteamiento interpretativo, en efecto, nos referimos al derecho a la seguridad social y al derecho a la protección de la salud.

Respecto al derecho a la seguridad social, el Constituyente en su artículo 19 n° 18, ha señalado que “la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes”, cuestión que implica, que la colaboración del Estado en dicha actividad de interés general ha de ser de carácter universal por cuanto debe estar dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de ciertas prestaciones sociales, que se caracterizan por constituir un mínimo igualitario para todos los individuos.

Cuestión que se encuentra en perfecta armonía con los principios contemporáneos del derecho de la seguridad social, tal como lo indica el Tribunal Constitucional, “la seguridad social moderna se sustenta en determinados principios que le otorgan su esencia y que la reciente doctrina nacional ha enumerado como los siguientes: i) respecto de los sujetos amparados: universalidad subjetiva; ii) respecto de las contingencias cubiertas: universalidad objetiva; y iii) respecto de las prestaciones: igualdad, integridad o suficiencia”²⁴.

Por otro lado, el Constituyente en el artículo 19 n° 9, ha consagrado el derecho a la protección de la salud en los siguientes términos: “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”, de manera que a través de una política pública de carácter universal respecto de una materia de claro interés general, el Estado,

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1710, de fecha 6 de agosto del 2010.

fundado en un ideal igualitario, colabora garantizando a todos un mínimo sanitario decente.

Junto con lo expuesto anteriormente, entendemos que el principio de solidaridad como criterio rector en materia de derechos sociales, debe ser modelado por el contenido de ciertas cláusulas abiertas contenidas en nuestra Carta Fundamental, a saber, el principio de la dignidad humana, el principio de la servicialidad del Estado y, por último, el principio del bien común, cuyo contenido debe ser constantemente actualizado por el intérprete constitucional conforme a los cambios experimentados en la sociedad.

En efecto, la Carta Fundamental, dispone en su artículo 1 inc. 1 y 4 respectivamente, que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, y que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”.

De esta manera, respecto del principio de la dignidad humana, se ha dicho que dicha cualidad de la persona está dada por “la calidad intrínseca y distintiva reconocida en cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable”²⁵.

Por otro lado, en lo relativo al principio de servicialidad del Estado, podemos indicar que su importancia, radica en reafirmar dos premisas meridianamente centrales de nuestra propuesta interpretativa: por un lado, el reconocimiento de que es la persona humana el ente más importante al interior de la sociedad, y por otro, el destacar el carácter instrumental del Estado, en tanto organización jurídica de una sociedad políticamente organizada, que sirve de medio a la sociedad para alcanzar la concreción efectiva del bien común, dentro del cual se encuentra la satisfacción de derechos sociales.

Finalmente, el último principio que fundamenta la colaboración del Estado en actividades de interés general, consiste en el del bien común, el cual, en términos del constituyente, se trata de la finalidad propia del Estado.

²⁵ INGO WOLEGANC, Starlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. - 7^a edición -, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009, 67 pp.

En este sentido, es importante destacar que la expresión “promover” utilizada por el constituyente, alude a la necesidad de que el Estado tome la iniciativa para la realización o logro del bien común, cuestión, que a nuestro juicio, valida lo que hemos estado diciendo, en orden a reconocer el deber de contribución que le compete al Estado conforme el reconocimiento constitucional del principio de solidaridad.

Por último, es deseable destacar la vinculación directa que en nuestra consideración existe entre el desarrollo de actividades de interés general que permiten satisfacer derechos sociales y la concreción del bien común, el cual, si bien comprende también el interés de cada individuo reflejado en la realización de las actividades que en un comienzo caracterizamos por obedecer a un interés estrictamente privado, a nuestro juicio está representado más propiamente con la idea de un interés general, compartido por toda la comunidad, en tanto representa el interés de todos de que se desarrollen al interior de la sociedad aquellas actividades materiales que permiten asegurar el máximo desarrollo de todos los habitantes de la comunidad nacional, y que por otro lado, es distinto a la simple suma de todos los intereses privados.

Finalmente, resulta necesario desvirtuar la hipótesis planteada por quienes adhieren a la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad, en el sentido de asimilar la actividad de servicio público, mediante la cual se concretizan materialmente los derechos sociales garantizados por el constituyente, con la actividad empresarial del Estado²⁶.

Para estos efectos, seguiremos a Garretón y Pardow²⁷, quienes proponen cinco criterios de distinción entre servicios públicos y empresas públicas, o en otras palabras, entre actividad de servicio y actividad empresarial.

Un primer criterio de distinción lo encontramos en su distinto origen, así por un lado, para crear servicios públicos solo se requiere de una ley ordinaria, comprendida dentro de la reserva legal simple, siendo además de iniciativa exclusiva del Presidente de la República

²⁶ A este respecto véase: GUERRERO, Roberto, “La Constitución Económica”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 6, 2000, p. 88; HUIDOBRO SALAS, Ramón, “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica en las actas de la comisión de estudios de la nueva constitución”, en: *Revista de Derecho Público Universidad de Chile*, 43-44, 1988, p. 100; SOTO KLOSS, Eduardo y REYES ROMÁN, Germán, *régimen jurídico de la administración del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, 24 pp.

²⁷ VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego, “Derribando mitos sobre el Estado empresario”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 Nº 1, 2008, pp. 142-143.

conforme al artículo 65 inc. 4 n° 1 de la Constitución, mientras que para crear empresas públicas, se requiere de una ley de quórum calificado, quedando comprendida en la reserva legal calificada, conforme lo dispuesto en el artículo 19 n° 21 de la Carta.

En este sentido, en nuestra apreciación, el hecho de que la Constitución exija solamente una ley ordinaria para permitir que el Estado desarrolle actividades de servicios, demuestra que para el constituyente la prestación de derechos sociales forma parte del giro común u ordinario de la actividad del Estado, pues, en caso contrario, de considerar a aquella como una actividad de carácter restringida, hubiera exigido un mayor consenso democrático al momento de decidir sobre su desarrollo, tal como ocurre por ejemplo, con la decisión de crear empresas públicas, que, como hemos indicado, queda sometida a la aprobación de una ley de quórum calificado.

Un segundo criterio distintivo, consiste en la finalidad de uno y otro, así, en lo que respecta a los servicios públicos aquella consiste en satisfacer necesidades públicas de manera regular y continua, en cambio, la finalidad de las empresas públicas consiste en realizar actividades económicas que permitan generar ingresos públicos al fisco, siendo por lo tanto, a nuestro entender, el ánimo de recibir una retribución económica a cambio, es decir, un ánimo de lucro, el elemento distintivo más claro entre ambas actividades, toda vez que uno de los principios que informa el desarrollo de los servicios públicos en la actualidad, es justamente, el de gratuidad en su acceso.

En tercer lugar, en cuanto a su régimen jurídico, ambas actividades se diferencian, por cuanto, el desarrollo de servicios públicos o de actividades de servicio se encuentra regido por el Derecho público, en cambio, la realización de actividades empresariales a través de empresas públicas se rige por el Derecho común, tal como lo dispone de manera expresa la Constitución en el artículo 19 n° 21 inc. 3, donde dispone que “tales actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares”, dejando a salvo la posibilidad de regirse por el Derecho público, solo para casos excepcionales, donde también se requerirá ley de quórum calificado que lo autorice.

En relación directa con el punto anterior, en cuarto lugar, encontramos otro criterio de distinción consistente en la existencia o no de poderes jurídicos, toda vez, que los servicios públicos, por el hecho de regirse por un régimen público, se encuentran investidos de potestades públicas exorbitantes de diversa índole, en cambio, las empresas públicas que realizan actividades empresariales, por someterse a un régimen privado, carecen de dichos poderes jurídicos.

Por último, en quinto lugar, también existe una diferencia entre ambos respecto a su organización, por cuanto, los servicios públicos se organizan jerárquicamente a través de la conducción de un Director del servicio público respectivo, mientras que las empresas públicas, en el desarrollo de sus actividades empresariales utilizan idéntica estructura, en cuanto a gobiernos corporativos se trata, que las empresas privadas.

De esta manera, a nuestro entender, tales criterios nos permiten restarle validez al argumento defendido por la doctrina hegemónica, quedando meridianamente demostrado que no es posible asimilar, sometiéndolas a un mismo régimen jurídico, a la denominada actividad de servicio del Estado desarrollada vía servicios públicos, con la actividad empresarial del mismo realizada por empresas públicas.

En síntesis, para concluir la presente propuesta interpretativa, podemos señalar que la colaboración pública privada en el desarrollo de actividades de interés general en cuanto expresión del principio de solidaridad, que se caracteriza tal como lo indicamos en su oportunidad, por ser dinámica, flexible y no excluyente, en el sentido de que permite la concreción de una política pública universal, desde el punto de vista del Estado, y en lo relativo específicamente al aseguramiento y prestación de derechos sociales, debe desplegarse a través de una política pública universal llevada a la práctica mediante la figura del servicio público de acceso gratuito y regido por el Derecho público.

4. COMPATIBILIDAD ENTRE LA PROPUESTA INTERPRETATIVA DE CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y LOS DERECHOS SOCIALES

Una última cuestión que nos queda por abordar, refiere a la necesidad de comprobar la compatibilidad que existe entre la propuesta interpretativa de reconocimiento del principio de solidaridad a nivel constitucional, en los términos en que se expuso en el apartado anterior, y los denominados derechos sociales, entendiéndolo por aquellos, “una subcategoría dentro de los derechos fundamentales que persiguen la satisfacción de las necesidades elementales de las personas en ámbitos como la salud, trabajo, vivienda o la educación, o todas aquellas exigencias referidas a la justicia social”²⁸.

²⁸ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Ediciones Trotta, 2007, p. 11.

Para tal propósito, demostraremos que el núcleo central de nuestra propuesta de reconocimiento del principio de solidaridad como criterio rector en materia de derechos sociales, expresado en una colaboración pública privada en el desarrollo de actividades materiales de interés general que permitan la satisfacción de tales derechos fundamentales, es coincidente con la fundamentación de los derechos sociales, en cuanto a su contenido y sujeto pasivo, sostenida tanto por, i) la doctrina contemporánea; ii) el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y iii) Sentencias del Tribunal Constitucional chileno.

En primer lugar, en cuanto al sujeto pasivo de los derechos sociales, los autores coinciden en que el principal obligado sería la sociedad, representada por el Estado. Lo anterior encontraría su fundamento normativo en el artículo 5 inc. 2° de nuestra Constitución, que dispone que “es deber de los órganos del Estado” respetar y promover los derechos fundamentales.

Sin embargo, como hemos propuesto una colaboración pública privada en el desarrollo de actividades de interés general, dentro de las cuales se encuentra la prestación de los derechos sociales, debemos reconocer también a los particulares como posibles sujetos pasivos, de manera que cabe admitir en la materia, la aplicación de la denominada doctrina del efecto horizontal de los derechos, fundamentada en nuestro medio, a partir de lo dispuesto en el artículo 6 inc. 2° de la Carta, en tanto dispone que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

Por otro lado, en lo relativo al contenido de los derechos sociales, algunos autores como Alexy, enmarcan a estos dentro de los llamados derechos a prestaciones en sentido estricto, señalando que “este tipo de prestaciones estaría situado dentro de los llamados derechos a acciones positivas del Estado o prestaciones en sentido amplio, las que se descomponen en derechos a organización y procedimiento; derechos a protección y derechos a prestaciones propiamente tales, o en sentido estricto”²⁹.

Dicho carácter prestacional que le cabe a los derechos sociales, ha sido también sostenido por Holmes y Sunstein, quienes han señalado

²⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 149 pp.

que “todos los derechos fundamentales, independiente de su categoría, tienen una dimensión subjetiva como una dimensión objetiva, siendo el elemento prestacional parte de la dimensión subjetiva”³⁰.

Si bien pareciera existir cierto consenso en la doctrina en orden a atribuirle a los derechos sociales el carácter de derecho prestacional, no existe acuerdo en torno a la cuestión de si es posible o no determinar con precisión cuál es el contenido obligacional específico de tales derechos fundamentales, de manera que sobre dicho punto coexisten distintas visiones.

De esta manera, por ejemplo, tenemos a autores como Nogueira, que plantean que dicho contenido obligacional en materia de derechos sociales, “estaría integrado de obligaciones de conducta, por un lado, y de obligaciones de resultado, por otro. Las obligaciones de conducta, tanto activa como pasiva, implican un cierto comportamiento a realizar por el Estado parte, y todos sus órganos y autoridades, consistente en realizar determinadas acciones o abstenerse de otras. Por otro lado, las obligaciones de resultado dicen relación con el cumplimiento de determinados objetivos que aseguren la realización del contenido específico de cada derecho”³¹.

En cambio, otros como Ansuátegui, estiman que dicho contenido obligacional estaría integrado por “obligaciones estatales de respeto, de protección y de promoción. Las obligaciones de respeto consisten básicamente en obligaciones de abstención, de no afectar con sus acciones el contenido de los derechos sociales; las obligaciones de protección son aquellas que buscan evitar que terceros puedan afectar, por acción u omisión, los derechos sociales de otros; y, finalmente, las obligaciones de promoción son aquellas que exigen realizar todas las acciones positivas para remover obstáculos sociales, económicos, culturales y políticos que impidan el goce efectivo de los derechos”³².

³⁰ HOLMES, Stephen, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 12.

³¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”. En NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (editor): *Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Doctrina y jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*, Santiago, Librotecnia, Santiago, 2010, p. 23.

³² ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”. En ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco (editor): *Los derechos sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid, Editorial Dykinson, 2010, p. 20.

En este sentido, a pesar de que no exista consenso en la doctrina contemporánea en torno a determinar con precisión cuál es el contenido obligacional específico de los derechos sociales entendidos como derechos de prestación, estimamos que no obstante aquella realidad, lo relevante para efectos del presente trabajo, consiste en concluir que todas las propuestas sobre la materia se construyen desde un premisa común, que consiste en la afirmación de que el Estado tiene un deber positivo de contribución en materia de derechos sociales.

En segundo lugar, respecto al fundamento de los derechos sociales en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, debemos partir indicando, que por aquel entendemos “un conjunto coherente de principios, normas y estándares relativos a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, inherentes a la persona, que se caracterizan por su universalidad, indivisibilidad e interdependencia”³³, “constituyendo un piso mínimo para garantizar la dignidad, libertad, seguridad y derechos de los individuos y grupos”³⁴.

En cuanto al sujeto pasivo de los derechos sociales, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, no cabe duda de que tal calidad le corresponde exclusivamente al Estado. Lo anterior se debe a que en el ámbito internacional quien suscribe los distintos instrumentos internacionales sobre materia de derechos sociales es el correspondiente Estado parte, por lo que le corresponderá a él asumir las obligaciones contraídas en dichos pactos.

De esta manera, los principales tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado de Chile que le imponen distintas obligaciones en materia de derechos sociales, conforme lo dispuesto en el artículo 5 inc. 2° de la Carta Política, son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y por último, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

³³ STEWARD, Rébecca, “Los derechos económicos, sociales y culturales y el Derecho internacional: breve recuento de lecciones aprendidas”. En AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo (editor): *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2012, p. 96.

³⁴ STEWART, *Los derechos económicos...*, p. 19.

Por otro lado, en cuanto al contenido obligacional de los derechos sociales, podemos advertir que el Estado de Chile, mediante el principal instrumento internacional sobre la materia, a saber, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2, “se compromete a adoptar medidas tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

A mayor abundamiento, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, se han creado dos principios de gran importancia que deben ser observados por los Estados partes al momento de dar cumplimiento al contenido de los derechos sociales, estos son, por un lado, el principio de progresividad, y por otro, el principio de no regresividad.

En este orden de ideas, el principio de progresividad, alude al hecho de que el Estado se obliga a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, es decir, a partir del reconocimiento de que en la generalidad de los casos los recursos monetarios con los que cuenta un Estado no son suficientes para garantizar la plena satisfacción de los derechos sociales a toda la población, se establece que dicha obligación debe ser cumplida por los Estados partes de manera progresiva en el tiempo.

De manera que el sentido de dicho principio consiste en reconocer las diversas realidades socioeconómicas de los Estados parte, de manera que en ningún caso la escasez de recursos monetarios por parte del Estado constituirá una razón suficiente para alegar el incumplimiento de una obligación internacional.

Por otra parte, el principio de no regresividad, “exige a los operadores jurídicos un estricto escrutinio de razonabilidad y proporcionalidad, especialmente cuando situaciones de crisis económicas y sociales disminuyen el ámbito de atributos que contiene el derecho, ya sea en cantidad o calidad, o garantizan en menor medida los derechos fundamentales que lo que ya contemplaba el ordenamiento jurídico”³⁵,

³⁵ STEWART, *Los derechos económicos...*, p. 53.

cuestión de especial relevancia tratándose de los grupos más vulnerables de la población.

Por último, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de especial relevancia en el establecimiento de directrices para asegurar el correcto cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte en materia de derechos sociales, ha consagrado en su Observación general n° 3 del año 1990, “la obligación de los Estados parte de asegurar la satisfacción de los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos”³⁶, para lo cual se considerarán “la existencia de factores determinantes para la aplicación de cada derecho, como la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad, la calidad, la adaptabilidad y la idoneidad”³⁷.

Nos parece especialmente relevante que dicho órgano imponga a los Estados la obligación de asegurar la satisfacción de ciertos niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos sociales consagrados en los instrumentos internacionales a que hemos hecho mención, por cuanto, por un lado, permite fortalecer la obligación que asumen los Estados parte en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, consistente en adoptar las medidas que estimen necesarias, asimilándola a la obligación de asegurar propia de los tratados internacionales sobre derechos civiles y políticos, y por otro, intensifica en mayor grado la compatibilidad entre nuestra propuesta de consagración a nivel constitucional del principio de solidaridad, con el deber positivo de actuación que le cabe al Estado en materia de derechos sociales conforme al Derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, en lo relativo al sujeto pasivo en materia de derechos sociales, el Tribunal Constitucional de Chile, en sus más recientes sentencias sobre la materia, ha reconocido tal calidad tanto al Estado como a los particulares, situación compatible con el parámetro propuesto de una colaboración pública privada en el desarrollo de actividades de interés general en virtud del principio de solidaridad.

En este sentido, el tribunal en el denominado caso “Isapres”³⁸, referido a la efectiva protección del derecho social a la protección de la salud, ha señalado que “el derecho a la protección de la salud involucra conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para ma-

³⁶ STEWART, *Los derechos económicos...*, p. 24.

³⁷ STEWART, *Los derechos económicos...*, p. 25.

³⁸ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 976, 26 de junio de 2008.

terializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado social en la democracia constitucional contemporánea”.

Por otro lado, tal como lo propusimos anteriormente, para el tribunal la dignidad humana y el bien común representan los fundamentos de la colaboración pública privada en la satisfacción del derecho social a la protección de la salud, señalando que “no solo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos constitucionales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares”³⁹, indicando que las instituciones privadas, “tienen asegurados sus derechos en la Constitución, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud”⁴⁰.

A mayor abundamiento, en lo relativo a la dignidad de la persona humana, el órgano jurisdiccional ha señalado que “de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre aquellos atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia”⁴¹, cuestión, que en concepto del tribunal limitaría la libertad contractual de que gozan los particulares, señalando que “las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en los términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos, el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19 n° 9 de la Constitución”⁴².

En otro orden de cosas, el Tribunal Constitucional en lo referido al contenido de los derechos sociales, ha señalado que estos “son tales (es decir, derechos) y no simples declamaciones o meras expectativas,

³⁹ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 976, 26 de junio de 2008, considerando 34.

⁴⁰ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 976, 26 de junio de 2008, considerando 37.

⁴¹ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 976, 26 de junio de 2008, considerando 23.

⁴² Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 976, 26 de junio de 2008, considerando 34.

cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”, cuestión que constituye el mayor aporte efectuado por el tribunal en dicha materia, por cuanto, al reconocerles la calidad de derechos supera la antigua opinión mayoritaria en nuestro medio que los consideraba solo como normas programáticas representativas de meras expectativas sociales.

En este sentido, se reconoce por parte de dicho órgano jurisdiccional el carácter de derecho prestacional que le cabe a los derechos sociales, disponiendo que en ellos “el núcleo normativo es que el sujeto tiene un título para exigir que se entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos”⁴³, derechos de prestaciones que deben “garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas”⁴⁴, reconociendo la necesidad de que la colaboración que preste el Estado en materia de derechos sociales se concrete mediante políticas públicas universales desplegadas a través de la figura del servicio público.

Por último, el tribunal al señalar que “los derechos de segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”, afirma, en consideración a lo dispuesto por el artículo 6° de la Constitución, “la supremacía formal y material de los valores, principios y normas y su vinculación general a todo órgano, persona, institución o grupo”⁴⁵, “de suerte que aunque es necesario el desarrollo legislativo de tales derechos, habrá siempre un núcleo esencial indisponible para el legislador”⁴⁶, de manera que poner en duda la practicabilidad de los derechos sociales, por la circunstancia de no disponer de los recursos financieros necesarios, “es una idea confusa, porque esa “reserva de lo posible” lleva a sostener que la Constitución ha de ser “desactivada”, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satis-

⁴³ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 976, 26 de junio de 2008, considerando 26.

⁴⁴ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 976, 26 de junio de 2008, considerando 24.

⁴⁵ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales”, En: *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, n° 63, (2000) p. 96.

⁴⁶ ZÚÑIGA, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*, p. 96.

facción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización⁴⁷.

En definitiva, en consideración a lo expuesto anteriormente, podemos concluir con absoluta certeza la compatibilidad de los fundamentos de nuestra propuesta interpretativa de consagración del principio de solidaridad en nuestra Constitución como criterio rector en materia de derechos sociales, con los de las sentencias del tribunal constitucional en materia de tales derechos fundamentales, cuestión, que se une a la compatibilidad ya demostrada tanto con los de la doctrina contemporánea como con los del Derecho internacional de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

1. La interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad imperante en nuestro país, ha recurrido al método hermenéutico conocido como Originalismo interpretativo radical, para, a partir de la reproducción irreflexiva de las opiniones de los miembros que integraron la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sostener el reconocimiento del principio de subsidiariedad en la actual Carta Fundamental, y consigo, la existencia de un Estado subsidiario mínimo cuyas actuaciones se caracterizan por ser de suyo excepcionales y temporales, y cuya vigencia, se extiende a cualquier materia regulada por el constituyente.
2. Sin embargo, dicha interpretación hegemónica olvida que el principio de subsidiariedad, fue creado única y exclusivamente para ser aplicado en el ámbito de las relaciones económicas empresariales como un instrumento constitucional que permitiera revertir la concentración de los factores productivos de la economía en manos del Estado ocurrida a comienzos de la década de los 70 en nuestro país, no siendo en caso alguno, un principio creado para ser aplicado de manera indiscriminada en cualquier ámbito de las relaciones sociales reguladas en la Constitución.
3. De ahí que es posible sostener, que la aplicación del principio de subsidiariedad tal como lo propugna la interpretación hegemónica, solo se justifica y legitima dentro de dicho específico y determinado contexto económico, de manera que pretender continuar aplicando

⁴⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 976, 26 de junio de 2008, considerando 28.

el principio de subsidiariedad en tales términos en la nueva realidad económica existente en Chile, caracterizada contrariamente por la excesiva concentración de los medios productivos de la economía en manos de privados, como también en cualquier otro ámbito de la vida social, como ocurre por ejemplo, en materia de derechos sociales, constituye un evidente caso de petrificación constitucional del valor material de un Estado subsidiario mínimo en nuestro país.

4. Es por esta razón que se hace necesario proponer un nuevo criterio rector que regule la actuación del Estado en materia de derechos sociales, y que supere en definitiva la aplicación del principio de subsidiariedad en dicho ámbito. En este sentido, hemos postulado que tal criterio corresponde al principio de solidaridad, recogido en nuestra Constitución en el denominado deber de contribución, entendiéndolo como un deber de ayuda recíproca entre el Estado y los privados en la concreción del bien común, dentro del cual se encuentra la materialización de derechos sociales universales.
5. En este orden de ideas, estimamos que dicho principio de solidaridad en materia de derechos sociales, se debe expresar en una colaboración pública privada que supere la exclusión a priori del Estado en el desarrollo de tales derechos fundamentales, superando de esta manera la principal consecuencia negativa que genera la aplicación del principio de subsidiariedad en cuanto a derechos sociales se trata. Por el contrario, dicha actuación estatal, ha de ser flexible adecuándose a la nueva realidad sociopolítica del país, y complementaria o no excluyente en relación a la actuación desplegada por los privados, permitiendo de esta manera el desarrollo de los derechos sociales a través de políticas públicas universales concretizadas en la práctica, en lo que respecta a la actuación del Estado, a través de la figura del servicio público de acceso gratuito.
6. Por último, hemos demostrado que el núcleo central de nuestra propuesta interpretativa de aplicación del principio de solidaridad en materia de derechos sociales, basado en la existencia de un deber de contribución del Estado en dicha materia, es perfectamente compatible con los fundamentos expresados en materia de derechos sociales, tanto por la doctrina contemporánea, el Derecho internacional de los derechos humanos y las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile, cuestión que demuestra la validez de nuestra propuesta, siendo por tanto, perfectamente posible de aplicar a la nueva realidad material del país.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 608 pp.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, 568 pp.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”. En ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco (editor): *Los derechos sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid, Editorial Dykinson, 2010.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Originalismo e interpretación, Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1989, 120 pp.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl, “El Estado empresario en la Constitución de 1980”, en: *Revista Chilena del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Nº14 (1987), pp. 115-125.
- BULNES ALDUNATE, Luz, “Visión académica de la Constitución Económica de 1980”, en: *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, Nº 62 (2000).
- BÜCHI, Hernán, *La transformación económica de Chile: el modelo del progreso*, Santiago, Editorial El Mercurio Aguilar, 2009.
- DWORKIN, Ronald, “The Bork Nomination”, en: *New York Review of Books*, 1987.
- FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico: regulación, tributos y propiedad*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008, 492 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución Española de 1978*, Madrid, Editorial Civitas, 1981.
- GUERRERO, Roberto, “La Constitución Económica”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 6 (2000), pp. 79-94.
- HÄBERLE, Peter, *Verfassung als Öffentlicher prozess*, Berlin, Duncker und Humblot, 1978, 93 pp.
- HOLMES, Stephen, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, 264 pp.
- HUIDOBRO SALAS, Ramón, “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica en las actas de la comisión de estudios de la nueva constitución”, en: *Revista de Derecho Público Universidad de Chile* (1988), pp. 43-44.
- INGO WOLEGANC, Starlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. –7ª edición–, Porto Alegre, Livraria do dvogado Editora, 2009.

- LÓPEZ MAGNASCO, Sebastián, *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, 147 pp.
- NEHME GAJARDO, Karim, *El principio de subsidiariedad en la Constitución Política de la República y su aplicación en materia de derechos sociales*, Valparaíso, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, 2014, pp. 20-37.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”. En NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (editor): *Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Doctrina y jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*, Santiago, Librotecnia, Santiago, 2010, 519 pp.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Ediciones Trotta, 2007, 144 pp.
- ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo - ACHURRA GONZÁLEZ, Marcela - DUSSAILLANT BALBONTÍN, Patricio, *Derecho Político: Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1995, 192 pp.
- SALAZAR, Gabriel, *Historia de la acumulación capitalista en Chile (Apuntes de clases)*, Santiago, Ediciones LOM, 2003, 163 pp.
- SAN FRANCISCO REYES, Alejandro, “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”, en: *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, N° 19 (1992).
- SOTO KLOSS, Eduardo y REYES ROMÁN, Germán, *Régimen jurídico de la administración del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La actividad económica en la Constitución”, en: *Ius Publicum de la Universidad Santo Tomás*, N° 2 (1999).
- STEWART, Rébecca, “Los derechos económicos, sociales y culturales y el Derecho internacional: breve recuento de lecciones aprendidas”. En AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (editor): *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2012. 605 pp.
- VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego, “Derribando mitos sobre el Estado empresario”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 1 (2008), pp. 135-156.

Jurisprudencia

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 976, 26 de junio de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1710, 6 de agosto de 2010.