



EL ROL DEL SECTOR PRIVADO EN LA PROVISIÓN DE DERECHOS SOCIALES

DICIEMBRE 2021

SERIE
INFORME
LEGISLATIVO
65

AUTORA: MARÍA TRINIDAD SCHLEYER G.

ISSN 0717-1544



AUTORA: MARÍA TRINIDAD SCHLEYER G.

Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Desde enero de 2018 se desempeña como investigadora del Programa Legislativo de LyD.

CONTENIDO

1. RESUMEN EJECUTIVO	4
2. INTRODUCCIÓN	5
3. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS SOCIALES?	7
4. ¿QUÉ ROL COMPETE A LOS PRIVADOS EN LA PROVISIÓN DE DERECHOS SOCIALES?	18
5. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL ROL DE LOS PRIVADOS EN LA PROVISIÓN DE DERECHOS SOCIALES	28
6. CONCLUSIÓN	40
7. BIBLIOGRAFÍA	42

1. RESUMEN EJECUTIVO

La presente Serie Informe Legislativa tiene por objeto analizar cuál es el rol que le corresponde al sector privado en la provisión de prestaciones asociadas a los derechos sociales. Para ello se profundiza, en primer lugar, respecto a qué son y de dónde surgen estos derechos, así como en el rol que ha ido asumiendo el Estado frente a ellos y cuál ha sido el papel de los privados, abordándolo desde la dimensión del prestador y su derecho a desarrollar estas actividades y desde los usuarios o beneficiarios y su libertad a optar por alternativas diversas a las ofrecidas por el Estado para la satisfacción de sus necesidades. Asimismo, se aborda la actual legislación constitucional en la materia, así como la experiencia internacional y las discusiones que en el marco de la reforma constitucional se han levantado, recomendando seguir una ruta de respeto por la libertad y autonomía de los cuerpos sociales.

2. INTRODUCCIÓN

La discusión sobre la participación de la sociedad civil en la satisfacción de las demandas sociales ha sido una de las más intensas del último tiempo en Chile, llegando incluso algunos autores a identificar la intervención privada en estos temas como una de las causas que motivaron la seguidilla de protestas violentas que se desarrollaron en el país a partir del 18 de octubre de 2019. El sistema de subvenciones que ha permitido el florecimiento de diversas prestaciones de bienes públicos en educación, en salud, vivienda y en la protección de grupos vulnerables como adultos mayores y niños, se ha apuntado como gestor de desigualdad y de absorción de recursos públicos en desmedro de servicios sociales estatales, como los que existían antes en Chile¹.

Es lo que propugna, por ejemplo, un libro que tuvo cierta notoriedad antes del proceso de redacción de una

nueva Constitución y que se podría decir que indirectamente fundó las bases para ella, *El Otro Modelo*, siendo uno de sus coautores, precisamente, un actual convencional constituyente, Fernando Atria, por el distrito 10, de la Lista Apruebo Dignidad. En dicho documento se critica el modelo económico propulsado por la Constitución actual que habría entronizado al mercado como asignador de recursos productivos y como encargado de la gestión en muchos de los servicios públicos -salud, transporte, educación, sistema carcelario, etc.-, lo que, a juicio de los autores, debería ser reemplazado por un sistema en el que el Estado sea el principal proveedor, limitando o incluso excluyendo al mercado. Ahora bien, la sociedad civil no quedaría completamente excluida, sino que podría participar bajo el “régimen de lo público”, es decir, podría tener una participación sin autonomía².

1. Ruiz, Carlos. “Octubre Chileno. La irrupción de un nuevo pueblo”. Taurus, Santiago, 2020. P. 117. Citado en Ovalle, Alejandra y Soto, Sebastián. “Sociedad Civil y Constitución. Ideas para el Debate”. Centro UC Políticas Públicas, mayo 2021. P. 26. Disponible en https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2021/06/Sociedad-Civil-y-Constitucion%CC%81n_VF-1-1.pdf

2. Atria, Fernando; Larraín, Guillermo; Benavente, José Miguel; Couso, Javier; Joignant, Alfredo. “El Otro Modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público”. Random House, Santiago, 2013. P. 382. Citado en Ovalle, Alejandra y Soto, Sebastián. “Sociedad Civil y Constitución. Ideas para el Debate”. Centro UC Políticas Públicas, mayo 2021. P. 26. Disponible en https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2021/06/Sociedad-Civil-y-Constitucion%CC%81n_VF-1-1.pdf

De este modo, es previsible que en el marco de la redacción de la propuesta de nueva Constitución Política por la Convención Constitucional se proponga cambiar la actual protección que se da en la Carta Fundamental actual a la iniciativa privada frente al aparato estatal, redacción que, pese a ser criticada por ciertos sectores que esperan una mayor intervención del Estado en todos los aspectos de la economía y especialmente en la provisión de bienes sociales, no ha significado en los hechos un freno efectivo frente a la voluntad soberana del Legislador. Las definiciones que se den en torno al reconocimiento de la persona y de la sociedad civil y de sus libertades individuales, el tipo de Estado que se configure, así como la redacción específica respecto de cada derecho social que se contemple en la Constitución Política de la República, enmarcarán las próximas discusiones en salud, educación, vivienda, protección de la infancia, entre otros, ya sea para avanzar en un régimen de mayor libertad, o, por el contrario y como es previsible en el contexto político de la Convención Constitucional, a uno de mayor poder estatal.

Con las cada vez mayores demandas al Estado respecto de la provisión de bienes sociales, es fácil que se caiga en el razonamiento de que a éste le corresponde de suyo su satisfacción, olvidando el rol primero que recae en la propia sociedad de resolver por sí misma sus necesidades. Este asunto, lejos de ser irrelevante o únicamente atractivo en la discusión teórica, tendrá importantes consecuencias prácticas en torno a los límites que es lícito establecer a los privados en su intervención en áreas como la educación o la salud, en las que se conjugan derechos y libertades tanto de los prestadores, como de los destinatarios de los servicios.

Se podría sostener que no corresponde a la Constitución definir estos parámetros, sino más bien a las políticas públicas o a las leyes. Sin embargo, su faceta consti-

tucional se ha hecho evidente en la crítica al principio de subsidiariedad que subyace en la Constitución actual, que ha arrastrado consigo a invectivas contra el rol de la sociedad civil en todo tipo de ámbitos, especialmente en la provisión de bienes sociales en las que muchas veces actúa como directo colaborador del Estado, percibiendo recursos públicos y sujeto a las regulaciones pertinentes. Por lo demás, el reconocimiento de una serie de libertades a nivel constitucional incide directamente en las funciones atribuibles al sector público y al privado en estas materias: la libertad de asociación, la libertad de emprendimiento, la autonomía de los cuerpos intermedios, la libertad de elección en la satisfacción de algunos derechos, incluso la libertad de enseñanza.

Para intentar definir el rol que compete al sector privado en la provisión de derechos sociales es primero necesario comprender qué son y de dónde surgen estos derechos, así como el rol que ha ido asumiendo el Estado frente a ellos en los distintos modelos imperantes. A continuación, profundizar en el papel de los privados, tanto desde el derecho a desarrollar estas actividades, como desde la libertad de las personas de optar por alternativas diversas a las ofrecidas por el Estado. Analizar la experiencia constitucional internacional también es constructivo para efectos del presente trabajo, ya que puede dar luces de la forma en que se aborda en otras sociedades este asunto.

El proceso constituyente, con independencia de cuál sea el resultado concreto del texto que se proponga a la ciudadanía y si éste es aceptado o no por ella en el plebiscito de salida, es una oportunidad que puede ser aprovechada para replantear estos conceptos y ver en qué se pueden mejorar, tomando como ejemplo otros países que han seguido una ruta de crecimiento y desarrollo para su población y poniendo en el centro a la persona humana, su libertad y también su bienestar.

3. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS SOCIALES?

a) Origen

Los derechos sociales surgen en la tradición constitucional como una forma de reacción al individualismo liberal, considerándose en determinado momento histórico que no era suficiente el reconocimiento de los derechos y libertades individuales, sino que el Estado tendría el deber de garantizar mayores niveles de justicia material³ para alcanzar una mayor igualdad entre las personas. “Mediante la constatación empírica de la realidad, y la incompleta comprensión de esta por parte del liberalismo y el conservadurismo en la articulación de fundamentos para los derechos fundamentales, y por ende, los derechos sociales, ha significado la estructuración, en el lenguaje de derechos, de las reivindicaciones sociales de grupos marginados o desaventajados que exigieron al

poder político modificar rotundamente el rol de inhibición del Estado, tendiente a subsanar las ostensibles diferencias generadas dentro de la sociedad. En virtud a esta situación, el ordenamiento jurídico estableció la constitucionalización de los derechos sociales y la utilización de la diferenciación jurídica como un criterio válido para lograr tales fines”⁴.

Un primer intento de reconocimiento de derechos sociales a nivel constitucional se observó en Francia, en un período de bastante inestabilidad constitucional luego de la Revolución Francesa. En el año 1793 se aprobó la segunda Constitución francesa -la primera había sido dictada en 1791- de cuyo texto se pueden deducir algunos elementos que son germinales del constitucionalis-

3. González, Juan Andrés. “Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas”. Derecho Público Iberoamericano, N°12, abril de 2018. P. 88 a 90. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

4. Salazar, Sebastián. “Fundamentación y estructura de los derechos sociales”. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 26 N°1, Valdivia, julio de 2013. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100004

mo social, sin perjuicio de que en la práctica esta Constitución nunca se aplicó. Así, en el Preámbulo se lee: “El pueblo francés, convencido de la obligación y el deber de unos derechos naturales del hombre... declaran solemnemente, como derechos sacros e inalienables, a fin de que todos los ciudadanos puedan cotejar cada uno de los actos de gobierno con todas las instituciones sociales...” y más adelante: “La garantía social consiste en la acción de todos, para asegurar a cada cual el disfrute y la conservación de sus derechos; esta garantía descansa en la soberanía nacional”. Por su parte, en la Declaración de Derechos de ese año se reconocieron los primeros derechos sociales: el derecho al trabajo, el deber sagrado a la asistencia pública y el derecho a la educación⁵.

Ahora bien, estos postulados no se repitieron en las constituciones sucesivas de 1795 y 1799, que por su sesgo absolutista incluyeron trabas a la sociedad para reclamar del Estado nuevos cambios sociales y recién en el año 1848 se reconoció explícitamente la defensa de los derechos sociales⁶. Así, en la Constitución de Francia de 1848 se incorporaron un conjunto de deberes para el actuar del Estado en estos asuntos, por ejemplo, el derecho a una enseñanza primaria gratuita y al desarrollo de una educación profesional⁷. “En ella se consagraban deberes del Estado que apuntaban a mejorar las condiciones económicas, sociales y culturales de los ciudadanos, en especial de los más desvalidos. La consagración de derechos sociales en esta Constitución fue un primer

paso hacia un enfoque del constitucionalismo, acorde con la idea de reformar la estructura liberal de la sociedad: el constitucionalismo social”⁸. Ahora bien, estos derechos formaron parte de aquellos que, para su aplicación, requieren la intervención expresa del legislador y no del grupo de derechos que se bastan a sí mismos y son directamente aplicables por los jueces⁹.

El pleno desarrollo del constitucionalismo social no se dio, sin embargo, sino tras la Primera Guerra Mundial, cuando se generaliza la noción de que es forzoso el compromiso del Estado en aras de alcanzar una mayor igualdad material. De este modo, los derechos sociales son incorporados a los derechos tradicionales que contenían las constituciones, imponiendo a los Estados deberes de actuar. Un ejemplo de esto son las Constituciones de México de 1917 y la de Alemania de 1919¹⁰. En la Constitución mexicana del Estado de Querétaro, de 1917, se incluyeron prestaciones en materia educativa, laboral y de salud pública. En la Constitución alemana de Weimar, de 1919, por su parte, se estableció el derecho a prestaciones compensatorias de familias numerosas, la protección a la maternidad, el derecho a la educación y la protección de la juventud contra la explotación y abandono.

En Chile, en la Constitución de 1925, se sigue una dirección similar a la de estas constituciones. La Constitución española de 1931, por su lado, definió su Estado

5. González, Juan Andrés. “Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas”. *Derecho Público Iberoamericano*, N°12, abril de 2018. P. 85. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

6. González, Juan Andrés. “Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas”. *Derecho Público Iberoamericano*, N°12, abril de 2018. P. 85. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

7. González, Juan Andrés. “Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas”. *Derecho Público Iberoamericano*, N°12, abril de 2018. P. 85. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

8. Martínez, José Ignacio. “Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional”. *Nomos*, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 275. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

9. González, Juan Andrés. “Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas”. *Derecho Público Iberoamericano*, N°12, abril de 2018. P. 85. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

10. Martínez, José Ignacio. “Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional”. *Nomos*, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 275. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

como uno social y democrático, con derechos sociales en materia de trabajo, seguridad social (la protección de la maternidad y la infancia, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte), educación y salud. La Constitución de Irlanda de 1937 estableció como deber general del Estado promover el bienestar de todo el pueblo, aunque dentro de los derechos sociales sólo reconoció el derecho a la educación y la libertad de elección entre un sistema público y privado, la gratuidad de la enseñanza primaria y el papel subsidiario del Estado en caso de carencia de los padres y ausencia de iniciativa privada. Ahora bien, por vía judicial se reconoció también el derecho a huelga, a la subsistencia vital (derecho a ganarse la vida) y la protección de la salud¹¹.

En Estados Unidos, por su parte, tras la crisis desatada por el desplome financiero de Wall Street en 1929 se inició un periodo de reformas sociales que fueron incrementando las prerrogativas del poder central. En dicho contexto, en 1944 el Presidente Franklin D. Roosevelt propuso la aprobación de un segundo *Bill of Rights* con un conjunto de reformas sociales y económicas que tendían a la incorporación de derechos sociales en la Constitución estadounidense, lo que no prosperó finalmente¹². Esta propuesta de reforma pretendía reconocer una serie de derechos de prestación, como el derecho a una remuneración justa y adecuada, el derecho de alimentos y vestuarios, el derecho a la recreación y al ocio, el derecho de las familias de vivir en viviendas decentes, el derecho a recibir cuidados médicos u otras prestacio-

nes necesarias para gozar de una buena salud, el derecho de tener protección social ante eventos vitales con efectos económicos, como la edad, los accidentes, las enfermedades y el desempleo, así como el derecho a recibir una buena educación. Esto iba de la mano con elevar otros derechos de carácter económico, como el derecho de los agricultores a vender a un precio justo, el derecho de los hombres de negocios -con independencia de su tamaño- a trabajar en un ambiente libre de dominaciones injustas y de competencias desleales¹³.

En Inglaterra no se intentó seguir una vía de reformas constitucionales, sino más bien se avanzó en un conjunto de leyes sociales que dieron origen al Estado de Bienestar. Esto fue fruto de la fundación del *Labour Party* a fines del siglo XIX y de la publicación del Informe *Beveridge "Seguridad social y servicios conexos"*, que había sido encargado en 1941 por el gobierno laborista de Arthur Greenwood a William Beveridge. Este informe debía, en principio, tratar sobre un conjunto limitado de problemas sociales, pero el autor terminó recomendando la creación de un ambicioso sistema de salud y subsidios para el desempleo a nivel nacional, considerando que eran cinco las dimensiones que debían ser abordadas por la autoridad: la necesidad física, la enfermedad provocada por el estado de necesidad, la ignorancia, la miseria y la ociosidad que corrompe a las personas y a la riqueza¹⁴.

En el constitucionalismo alemán, por su parte, tras la

11. González, Juan Andrés. "Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas". *Derecho Público Iberoamericano*, N°12, abril de 2018. P. 88 a 90. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

12. González, Juan Andrés. "Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas". *Derecho Público Iberoamericano*, N°12, abril de 2018. P. 80. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

13. Roosevelt, Franklin D. "State of Union Message to Congress". En Wolfgang, Ingo. "Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo. Algunos problemas y desafíos". En Presno, Miguel Ángel y Wolfgang, Ingo. "Los derechos Sociales como Instrumentos de Emancipación". Pamplona, Thomson Reuters, 2010. En González, Juan Andrés. "Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas". *Derecho Público Iberoamericano*, N°12, abril de 2018. P. 80. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

14. Puelles, Manuel. "Política, legislación y educación". Madrid, UNED, 2012. P. 132 y 133. Referenciado en González, Juan Andrés. "Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas". *Derecho Público Iberoamericano*, N°12, abril de 2018. P. 76. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

Segunda Guerra Mundial, se inició un proceso de revisión del régimen representativo y el sistema de controles imperante que permitió que Adolf Hitler alcanzara legalmente el poder. En este contexto, se analizó también la doctrina de derechos fundamentales para dirimir si estos vienen dados con el nacimiento y, por lo tanto, son inviolables, o más bien si son entregados por la sociedad estatal, pudiendo, por lo tanto, ser limitados y determinados. Aunque terminaron decantando por la primera opción, muchas de las premisas del positivismo anteriormente imperante siguieron vigentes, con lo cual la jurisprudencia empezó a reconocer el doble carácter de los derechos fundamentales: los derechos son reconocidos por el ordenamiento jurídico y rigen todos sus ámbitos, incluso la interpretación del derecho privado, pero su eficacia es indirecta y mediata, pues suponen la intervención de un juez ordinario. Esta interpretación sobre la aplicación de los derechos constitucionales, sin embargo, evolucionó en la jurisprudencia pasando a considerarse la eficacia inmediata y directa de los derechos, reconociéndose “derechos subjetivos de carácter privado”. En concreto, los derechos fundamentales se consideraron indicaciones para intervenciones en el ordenamiento jurídico, como decisiones valorativas o principios vinculantes en todas las esferas del derecho. Sin embargo, esta interpretación significó un problema para la aplicación de los derechos sociales, pues mientras un derecho clásico se podría exigir de manera inmediata y directa, los derechos de prestación no. La eficacia del derecho dependería, entonces, de su contenido: si

es que se trata de un derecho clásico, un derecho social con contenido clásico o de un derecho social de prestación¹⁵. “Al efecto es necesario distinguir: 1) Si los derechos son clásicos, ellos pueden ser perfectamente exigibles ante un juez de manera directa e inmediata siempre y cuando no exista configuración legal. 2) Si los derechos son sociales con contenido clásico, ellos son exigibles de manera indirecta y mediata siempre y cuando no exista configuración legal. 3) Si los derechos son sociales de prestación, no es posible realizar una aplicación horizontal de los mismos, ya que, para ello, la autoridad debe intervenir de manera activa y pasiva. Por tanto, su aplicación es ineficaz”¹⁶.

Luego de la segunda mitad del siglo XX, el lenguaje de derechos sociales se fue extendiendo a muchas otras constituciones y a diversos tratados de Derecho Internacional¹⁷. Después de la Segunda Guerra Mundial, las constituciones de Italia de 1947, de Portugal de 1976 y la de España de 1978, entre otras, decidieron adoptar un largo listado de derechos sociales. Otras, en cambio, como la Constitución de Chile de 1980, incluyeron listados de derechos sociales pero de forma más moderada¹⁸.

En los tratados internacionales¹⁹ también se reflejó el consenso a nivel mundial respecto a establecer catálogos de derechos como pisos mínimos de resguardo a la dignidad humana luego de la Segunda Guerra Mundial. La Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) contienen el

15. González, Juan Andrés. “Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas”. Derecho Público Iberoamericano, N°12, abril de 2018. P. 86 a 88. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

16. Martínez, José Ignacio. “Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales”. Cedecs, Barcelona, 2007. P. 82 a 86. En Puelles, Manuel. “Política, legislación y educación”. Madrid, UNED, 2012. P. 132 y 133. Referenciado en González, Juan Andrés. “Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas”. P. 88. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

17. González, Juan Andrés. “Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas”. Derecho Público Iberoamericano, N°12, abril de 2018. P. 88 a 90. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

18. Martínez, José Ignacio. “Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional”. Nomos, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 276. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

19. Schalper, Diego. “Derechos sociales: una visión alternativa”. Raíces, Idea País. Disponible en <https://ideapais.cl/wp-content/uploads/2020/08/Derechos-Sociales-una-visi%C3%B3n-alternativa.pdf>

derecho a la seguridad social, a las condiciones de vida adecuadas y a la participación en la vida social y cultural de la comunidad.

En 1976, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se incluyó una mayor cantidad de derechos sociales: el derecho al trabajo, a la seguridad social, a tener condiciones de vida adecuadas, el derecho a la salud y a la educación, como también el deber del Estado de adoptar medidas tendientes a lograr la efectividad de ellos y hasta el máximo de recursos disponibles.

En la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969), por su parte, se establece el deber del Estado de adoptar providencias para lograr una plena efectividad de los derechos sociales que contempla, de forma progresiva y en la medida de los recursos disponibles.

b) Concepto

Los derechos sociales, conocidos también como derechos de segunda generación, son aquellos que tienen los habitantes de un país relativos a servicios y bienes necesarios para una vida digna. Suelen considerarse dentro de esta categoría a los derechos a la salud, a la educación, al vestido, a la vivienda, al acceso a la cultura, a la seguridad social (protección frente al desempleo, la invalidez, la enfermedad, la maternidad y la jubilación) y los derechos laborales (al trabajo,

a la remuneración, al descanso y a las vacaciones)²⁰.

El elemento distintivo de los derechos sociales es que estos implican una acción positiva de la contraparte, es decir, “realizar prestaciones activas para satisfacer una necesidad no cubierta. Dicho en simple: el derecho a la vida, la libertad de locomoción o la igualdad ante la ley, como buenos derechos de primera generación, persiguen principalmente evitar intromisiones indebidas del Estado y de terceros que impliquen vulneraciones, restricciones o discriminaciones arbitrarias que afecten a las personas. En cambio, el derecho a la educación, a la salud o a la seguridad social requieren prestaciones activas, que permitan la existencia de colegios, centros médicos y prestadores previsionales que materialicen la garantía de dichos derechos”²¹.

Los derechos sociales, a diferencia de los derechos clásicos, “no se fundan en la naturaleza humana, sino que son una convención, un acuerdo social y emanan de la ley”²². Estos se configuran, más bien, a partir de la actividad normativa del Estado²³, no obstante, también tienen como fuente primera la dignidad de la persona humana.

Se ha dicho también que los derechos sociales, por sus características, no son derechos genuinos, sino que se trata de “aspiraciones o expectativas para llegar a gozar de un determinado bienestar, cuya concreción depende tanto del azar, como del esfuerzo y de la contingencia”²⁴.

20. Eyzaguirre, Sylvia. “La Constitución y los derechos sociales: el límite de la democracia”. Centro de Estudios Públicos, Puntos de Referencia, Edición Online N°472, noviembre 2017. P. 2. Disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20171130/20171130163040/pder472_seyzaguirre.pdf

21. Schalper, Diego. “Derechos sociales: una visión alternativa”. Raíces, Idea País. P. 45. Disponible en <https://ideapais.cl/wp-content/uploads/2020/08/Derechos-Sociales-una-visi%C3%B3n-alternativa.pdf>

22. Eyzaguirre, Sylvia. “La Constitución y los derechos sociales: el límite de la democracia”. Centro de Estudios Públicos, Puntos de Referencia, Edición Online N°472, noviembre 2017. P. 2. Disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20171130/20171130163040/pder472_seyzaguirre.pdf

23. González, Juan Andrés. “Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas”. Derecho Público Iberoamericano, N°12, abril de 2018. P. 93 a 95. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

24. González, Juan Andrés. “Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas”. Derecho Público Iberoamericano, N°12, abril de 2018. P. 93 a 95. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

La gran mayoría de los derechos sociales consisten en prestaciones, como el derecho a la salud y el derecho a la educación, y así han sido reconocidos en buena parte de las constituciones de carácter social, pero no todos efectivamente se pueden traducir en prestaciones. Por ejemplo, el derecho a huelga, a la negociación colectiva y a la sindicación también son derechos sociales, pero no requieren de prestaciones. Por lo demás, otros derechos, como los derechos clásicos, también requieren de cierto nivel de prestaciones. Así, por ejemplo, el derecho al acceso a la justicia requiere que el Estado desarrolle y ponga a disposición de las personas un sistema judicial. De este modo, no sólo es posible identificar un derecho social con la presencia o ausencia de prestaciones²⁵.

Partiendo de lo anterior, es posible distinguir entre distintos tipos de derechos sociales²⁶:

Derechos sociales de contenido clásico

Estos derechos son una manifestación de derechos y libertades clásicos. El derecho de sindicación, por ejemplo, en realidad es una manifestación del derecho de asociación. El derecho de negociación colectiva y huelga, por su parte, no son más que derivaciones de una libertad individual: la autonomía contractual.

Ahora bien, estos derechos han sido consagrados por algunas constituciones o legislaciones con independencia a las libertades asociadas por una cuestión histórica, ya que, aunque son parte de dichas libertades, en la práctica no era permitido su ejercicio. Por ejemplo, se prohibían o castiga-

ban las asociaciones de obreros, los que no podían negociar en conjunto con el empleador.

Pero, entonces, ¿qué es lo que los hace ser considerados derechos sociales?

El objetivo perseguido: lograr la igualdad material y mejorar las condiciones materiales de vida de las personas. Siguiendo el ejemplo, los derechos laborales mencionados buscan compensar la desigualdad que existe entre trabajadores y empleadores, así como defender los intereses de los primeros.

Derechos sociales mixtos

Estos derechos presentan características propias de los derechos clásicos, pero a la vez exigen prestaciones. Aquí se encuentra el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, el que no puede ser considerado sólo como un derecho clásico o solamente como uno prestacional. Por un lado, incluye un deber de abstención -no contaminar- y también un deber prestacional -llevar a cabo acciones positivas en favor del medio ambiente-.

Y repitiendo la pregunta, ¿qué los hace derechos sociales?

La misma razón dada con anterioridad: el objetivo que los orienta, mejorar las condiciones de vida de la sociedad, propio del constitucionalismo social.

25. Martínez, José Ignacio. "Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional". Nomos, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 278 y 279. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

26. La distinción es realizada por el autor, pero no individualiza los derechos bajo las denominaciones aquí utilizadas. Martínez, José Ignacio. "Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional". Nomos, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 278 y 279. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

Derechos sociales de prestación

La mayoría de los derechos sociales consisten en posiciones subjetivas de naturaleza prestacional. El contenido de la obligación asociada constituye el “reflejo” del derecho, es decir, la prestación realizada por el Estado representa la sustancia, núcleo o contenido esencial del derecho. Se trata de una obligación de carácter positivo: dar bienes o prestar servicios de carácter patrimonial y que supone un traspaso de recursos económicos²⁷.

Cuando se habla de derechos sociales prestacionales en sentido estricto “...nos referimos a bienes o servicios económicamente evaluables: sanidad, educación, vivienda, subsidios de paro...”²⁸.

En este caso también se encuentra presente el objetivo de mejorar las condiciones de vida de la sociedad, que finalmente los hace a todos derechos sociales, pero a través de una forma más directa, de carácter patrimonial.

De este modo, lo que hace que un derecho sea considerado social no es su traducción a prestaciones, sino el fin que persiguen: “hacer efectiva la igualdad solamente formal del constitucionalismo clásico, y en general, mejorar las condiciones materiales de vida de la sociedad. La igualdad material parte de la base que hay personas que se encuentran más afectadas que otras, en necesidades de salud o vivienda, etc., que impiden o alteran

su posibilidad de desarrollo material”²⁹. Dicho fin hace que en su gran mayoría los derechos sociales efectivamente se traduzcan en prestaciones, pero no todos, como los derechos colectivos laborales y el derecho al medio ambiente³⁰.

De acuerdo a lo que se señala en la Tabla 1, se puede deducir que los derechos sociales efectivamente no son propiamente derechos, en cuanto no son reclamables directamente ante los jueces. La garantía que otorgan las constituciones al incluirlos dentro del listado de derechos es impedir a los poderes políticos derogarlos formalmente, poniendo un límite a la democracia. Esta situación es compleja cuando las condiciones económicas de los países en los que se consagra sufren un revés o entran en etapas de precariedad que impedirían, en la práctica, poder hacerlos efectivos. Dicha situación es lo que lleva a que las personas se sientan defraudadas de la Constitución y que pierdan confianza incluso en el régimen democrático. “Esto es así incluso en el caso que tales derechos contasen formalmente con algún mecanismo de garantía jurisdiccional, como sucede en la Constitución española con los derechos de los presos (art. 25.2) y el derecho a la educación (en sus vertientes prestacionales; apartados 4 y 9 del art. 27; todo ello según se desprende del art. 53). Es evidente que estos preceptos envuelven claros mandatos al poder político (Ejecutivo y Legislativo), pero cuesta imaginar que de ellos se deriven derechos correlativos, al menos en el sentido jurídico del término.

27. Prieto, Luis. “Los derechos sociales como derechos fundamentales”. Disponible en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Prieto%20Sanchi%CC%81s.pdf>

28. Prieto, Luis. “Los derechos sociales como derechos fundamentales”. Disponible en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Prieto%20Sanchi%CC%81s.pdf>

29. Salazar, Sebastián. “Fundamentación y estructura de los derechos sociales”. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 26 N°1, Valdivia, julio de 2013. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100004

30. Martínez, José Ignacio. “Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional”. Nomos, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 279 y 280. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

Tabla 1

Diferencias entre los derechos clásicos y los derechos sociales

	DERECHOS CLÁSICOS	DERECHOS SOCIALES
Origen	Surgen a partir del concepto de libertad negativa, es decir, obligaciones de no hacer, no obstaculizar o no interferir por parte del Estado.	Surgen de la actividad normativa del Estado, derivados de la dignidad humana.
Alcance	Tienen un carácter absoluto y autónomo. Esto proviene de su propia naturaleza y no de decisiones políticas.	No tienen una posición jurídica definitiva. Son criterios de optimización que exigen la realización de actividades tendientes a satisfacer el derecho, pero considerando las condicionantes normativas y fácticas (su alcance depende de los medios disponibles). Su efectividad proviene de su consideración jurídica como garantías.
Eficacia	Tienen eficacia directa e inmediata. Cualquier individuo puede reclamar su aplicabilidad ante los tribunales de justicia correspondientes.	Tienen eficacia relativa. Los derechos sociales de contenido clásico que poseen configuración legal pueden ser exigidos directamente por los particulares. Si no tienen configuración legal o si son derechos sociales de prestación, su eficacia es indirecta y mediata, ya que su aplicación depende de la intervención del legislador y del juez. Si no tienen configuración legal sólo son metas o programas de acción, siendo su contenido difuso y su aplicación ambigua.

Fuente: Elaboración propia a partir de *Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas* de Juan Andrés González³¹.

La propia naturaleza de los preceptos hace difícil concebir la intervención judicial para el caso de incumplimiento de los mandatos, pues el otorgamiento de las prestaciones en que consisten la mayoría de los derechos sociales está sujeto a una importante variable: la situación económica del Estado y la forma en que se administran los recursos estatales. Ella determina las posibilidades de realización de las prestaciones en que consisten muchos derechos sociales, que probablemente serán menores, o ninguna, en caso de crisis económica,

o sea, precisamente cuando más falta pueden hacer³². El contenido de los derechos sociales adquiere certeza en cuanto el legislador los provea de él³³.

c) Objeto de los derechos sociales

“El objeto de los derechos sociales corresponde a acciones positivas o prestacionales, como también a acciones negativas o de inhibición, característica que se replica en cualquier categoría de derechos, lo que permite sostener que todos los derechos fundamentales se estructuran de

31. González, Juan Andrés. “Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas”. *Derecho Público Iberoamericano*, N°12, abril de 2018. P. 93 a 95. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

32. Martínez, José Ignacio. “Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional”. *Nomos*, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 283. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

33. Martínez, José Ignacio. “Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional”. *Nomos*, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 283. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

manera heterogénea, es decir, como derechos de acción y omisión”³⁴.

Esta doble faceta del objeto de los derechos sociales es central para efectos de entender cuál es el rol que cabe al Estado y a los privados en la prestación de los derechos sociales. Por un lado, si bien los derechos sociales consagrados en las constituciones significan para el Estado un mandato de ejecución de acciones tendientes a que las necesidades abordadas se vean satisfechas, no es necesario que dichas acciones sean ejecutadas en forma directa por él; pueden ser tercerizadas a través de individuos o instituciones que actúen en representación del Estado en su faceta prestacional, o bien realizadas por estos terceros a título propio. En cualquiera de los casos, si la necesidad social se ve satisfecha el Estado habrá cumplido con su deber³⁵. Por ejemplo, el derecho a la salud entendido como el derecho al acceso a prestaciones necesarias para conservar o recuperar la buena salud, no implica el monopolio del Estado en la ejecución de prestaciones de salud. Una interpretación de este estilo, por lo demás, pasaría a llevar la segunda dimensión del derecho social: la abstención del Estado de actuar en ciertos ámbitos o de no obstaculizar las libertades asociadas.

Ahora bien, desde el punto de vista de los bienes que se entregan para la satisfacción de los derechos sociales, no es conveniente que por ello sean catalogados de una forma especial, como se ha tratado de hacer, por ejemplo, con la educación al calificarla como un “bien público”. El abogado, economista y periodista chileno, Hermógenes Pérez de Arce³⁶, analizando la situación indica que si uno se remite al Código Civil, éste define los bienes públicos como aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas (art. 589, inciso segundo). Si la educación se entregara a todos los habitantes de la nación, sin cobro y sin ningún tipo de restricción, se podría considerar como un bien público; no obstante, en la mayoría de los casos actúa como un bien privado, pues se ofrece en forma limitada por instituciones o personas que reclaman un cobro por entregar dicho servicio.

Si se analiza desde el punto de vista económico, continúa Pérez de Arce, se pueden considerar como bienes públicos a dos categorías de bienes: los que no generan rivalidad en su uso o consumo y aquellos cuyos proveedores no pueden excluir a nadie de su goce. En el caso de la educación, quien ofrece el servicio podría convertirlo

34. Salazar, Sebastián. “Fundamentación y estructura de los derechos sociales”. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 26 N°1, Valdivia, julio de 2013. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100004

35. “[La] asunción de la responsabilidad por parte del Estado de que todos los ciudadanos puedan gozar de los servicios sociales que les resulten necesarios no equivale a que él deba convertirse en el prestador directo y principal de los mismos. La responsabilidad que ha asumido le llevará exclusivamente a garantizar la prestación de los servicios y, por tanto, a suplir las carencias que existan. De otro modo, la asunción de cualquier área de responsabilidad –vivienda, salud, etc.- convertiría al Estado en un agente monopolístico de las mismas. Además, si se concibiera los poderes públicos como organizadores y prestadores generales de los servicios sociales, la iniciativa social no se daría espontáneamente, porque temería invadir un terreno que no es el suyo y, por tanto, que se le negara cualquier ayuda”. Garrido, Andrea. “La iniciativa privada en la gestión de los servicios públicos: especial atención al ámbito social”. Documento para su presentación en el IV Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP-IUIOG. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 23 y 24 de septiembre de 2013. P. 5.

36. Análisis de Pérez de Arce, Hermógenes. “La Educación es un Bien de Capital”. El Mostrador, 18 de junio de 2021. Disponible en <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2013/06/18/la-educacion-es-un-bien-de-capital/>

en un bien público, como lo hace el Estado respecto a la educación básica y media -ahora bien, este sería un bien público sólo en términos genéricos pues nadie puede ser privado de obtener una matrícula educacional; pero no lo sería en términos particulares, pues existe una limitación básica, que es la cantidad de matrículas disponibles en cada establecimiento, existiendo en los hechos rivalidad en el acceso-. Sin embargo, no obstante existir dicha alternativa gratuita, la mayoría de las personas prefiere optar por alternativas distintas a las ofrecidas por el Estado, aunque ello signifique tener que efectuar un pago. El autor concluye, finalmente, que la educación, en cuanto servicio, es en realidad un bien de capital, pues habilita a quien la recibe a producir otros bienes.

Desde el punto de vista internacional, sí se ha identificado la educación como un bien público por la responsabilidad del Estado en garantizar la educación a todos los habitantes, es decir, por el interés público que conlleva³⁷. Sin embargo, esta conceptualización, tal como evidenció Hermógenes Pérez de Arce, es problemática, pues el concepto jurídico y económico no calza plenamente con la prestación, sobre todo con la creciente participación del sector privado en la entrega del servicio.

Si esto se hace evidente con la educación cuyos fines de interés público son conocidos por todos, cuánto más con otros servicios y bienes relacionados a los derechos sociales, como las prestaciones de salud, de vivienda, de alimentación, etc.

d) Titularidad activa y pasiva de los derechos sociales

La titularidad activa se refiere a quién tiene el derecho y la pasiva a quién es el obligado por el derecho.

Los derechos sociales, por la finalidad que persiguen, esto es, alcanzar mayor igualdad formal y mejorar las condiciones de vida de la sociedad, requieren que su titularidad activa vaya determinada siempre por una condición. Entonces parte de la doctrina sostiene que los derechos sociales no son derechos de “todas las personas”, sino que son derechos de “determinadas personas”. Por ejemplo, son derechos de los trabajadores, de los cesantes, de los desposeídos, de los enfermos, de los jóvenes, de los que no tienen casa, etc. La única excepción a esta forma de entender al sujeto activo de los derechos sociales se encontraría en la titularidad de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pues esto sí correspondería a toda la sociedad. Aquí se puede evidenciar, entonces, una nueva diferencia con los derechos clásicos, que, al emanar de la naturaleza humana, hace que todos sean titulares de ellos³⁸.

Ahora bien, que se requiera de una condición especial para ser su titular no significa que se trate de derechos colectivos; por el contrario, siguen siendo derechos individuales. El titular de los derechos sociales es siempre un individuo y no la comunidad o un grupo determinado y su vulneración se verifica únicamente ante el titular afectado. “Es el sujeto individual el que exige el cumpli-

37. UNESCO. “Educación 2030: Declaración de Incheon y Marco de Acción”. París, 2015. Citado en Locatelli, Rita. “La educación como bien público y común. Reformular la gobernanza de la educación en un contexto cambiante”. Perfiles Educativos, Volumen 40, N° 162, Ciudad de México, octubre/diciembre de 2018. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-26982018000400178#B72

38. Martínez, José Ignacio. “Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional”. Nomos, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 280. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

miento efectivo del derecho social, si se ubica dentro de la situación de carestía en la sociedad haciendo valer su derecho, ya sea ante el Estado o un tercero, por tanto, al proceder la vulneración de un derecho social queda de manifiesto que el individuo se ve directamente afectado y se le reconoce posteriormente su conculcación”³⁹.

Por otro lado, por regla general, el sujeto pasivo de los derechos sociales es el Estado. Algunos autores sostienen que cuando se trata de un derecho de prestación esto es siempre así, exigiéndose una actuación positiva por parte del Estado, pero cuando se trata de los demás derechos sociales, los particulares también pueden ser titulares pasivos, como en el caso de los derechos laborales y el derecho a vivir en un medio ambiente desconaminado⁴⁰.

Otra parte de la doctrina, sin embargo, sostiene que, aunque el sujeto pasivo en quien recaen los deberes derivados de los enunciados normativos de los derechos sociales es el Estado, los particulares también son compelidos en razón de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales⁴¹. Es lo que habría sostenido el Tribunal Constitucional de Chile en su sentencia rol N°976, conociendo de la inaplicabilidad en contra del artículo 38 ter de la Ley N°18.933 por infracción de los numerales 2, 9 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política, “se-

ñaló que, como la Constitución es un sistema orgánico, coherente y armónico de valores, principios y normas, lo que excluiría toda interpretación que anule o prive de eficacia alguno de sus preceptos, ‘no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos’ (considerando 34°). En otros términos, el Tribunal entendió que los derechos sociales también resultan exigibles respecto de particulares, por aplicación del principio de efecto horizontal de los derechos. Tal sería el caso de las Isapres, como consecuencia de la aplicación a su respecto del art. 19 N°9 (en lo relativo a elegir entre el sistema público o privado de salud) y 26 (considerandos 36°, 37°, 38° y 42°)”⁴². Ahora bien, esto no fue una decisión unánime de los ministros del Tribunal. El voto de minoría sostuvo, en cambio, que las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud son deberes del Estado y no de los particulares⁴³. El contrato de salud, en tanto, daría origen a una “relación de Orden Público”, no estando regido, en consecuencia, por las normas de la autonomía de la voluntad⁴⁴.

39. Salazar, Sebastián. “Fundamentación y estructura de los derechos sociales”. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 26 N°1, Valdivia, julio de 2013. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100004

40. Martínez, José Ignacio. “Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional”. Nomos, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 280. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

41. Salazar, Sebastián. “Fundamentación y estructura de los derechos sociales”. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 26 N°1, Valdivia, julio de 2013. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100004

42. Martínez, José Ignacio. “Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional”. Nomos, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 285. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

43. Martínez, José Ignacio. “Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional”. Nomos, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 285. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

44. Con la interpretación extensiva del derecho a la salud que ha realizado el Tribunal Constitucional, a juicio de Arturo Fernandois, se está ensanchando inequívocamente la órbita de los derechos sociales, alejándose el Tribunal de los deslices neoliberales de los que se le acusa. Fernandois, Arturo. “El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. P. 238. Disponible en <http://www.ferandois.cl/wp-content/uploads/2018/07/El-mito-de-la-constitucion-neoliberal-Derechos-sociales-en-la-jurisprudencia-del-TC.pdf>

4. ¿QUÉ ROL COMPETE A LOS PRIVADOS EN LA PROVISIÓN DE DERECHOS SOCIALES?

Tal como se indicó en el acápite anterior, el sujeto obligado a la satisfacción de los derechos sociales de carácter prestacional es típicamente el Estado. Por ello, una de las respuestas a la pregunta que se formula en este capítulo es precisamente que los derechos sociales se realizan en esencia mediante prestaciones del Estado y dependen de su capacidad económica. Ahora bien, una posición diferente es la que sostiene José Luis Cea, que considera “que el cumplimiento de los derechos sociales no depende del Estado-Gobierno solamente, ya que de conformidad con el artículo 1 inciso 4°, dicho Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan, a todos y cada uno de los integrantes de comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible. Que el Estado Gobierno tenga que contribuir a esa tarea en magnitud considerable y de modo importante, pero subsidiariamente, no significa que sea una labor exclusiva ni excluyente del mismo, porque incumbe realizarla también a las personas y grupos intermedios

de la sociedad civil, sea nacional, regional, provincial, comunal o vecinalmente entendida. Múltiples prestaciones no dependen del aparato público, sino que de los particulares obligados a proporcionarlas”⁴⁵.

De este modo, siguiendo la opinión de este autor, no se debería marginar a la sociedad civil de la concreción de estos derechos. Ello se deriva no sólo del principio de subsidiariedad antes mencionado, sino también del principio de servicialidad del Estado y del de solidaridad, es decir, “la actitud consistente en contribuir al bien común mediante la adhesión a las necesidades del prójimo, asumiéndolas como propias y tratando de paliarlas o resolverlas”⁴⁶. También confluyen para inclinarse a esta opción el ejercicio de libertades reconocidas por el constitucionalismo moderno, como son la libertad de asociación y de emprendimiento, que no tendrían por qué verse mermadas sólo por el hecho de que el bien o servicio provisto se trate de uno de interés

45. Cea, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 55.

46. Cea, José Luis. “Descubriendo el Futuro de Nuestra Sociedad Estatal”, XX. Revista Chilena del Derecho N° 2-3, Tomo I, 1993. P. 209. Citado en Cea, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 55.

público. Asimismo, la necesidad práctica inclina la balanza en este sentido, los recursos son escasos y las necesidades son ilimitadas: el Estado no podría por sí mismo generar todas las prestaciones necesarias para satisfacer las demandas de la población.

En una concepción correcta de la democracia social, la concreción de los derechos sociales debería derivarse de la realización de los principios de participación, solidaridad, equidad, responsabilidad y desarrollo humano integralmente concebido, provenientes de la sociedad civil y no descendente de la cúpula estatal⁴⁷. Una respuesta diferente obedecería a una concepción ideológicamente estatista o colectivista de la concreción de los derechos sociales⁴⁸.

a) Rol del Estado en la provisión de bienes sociales

En su origen, los derechos sociales provienen de una defensa de los grupos más desposeídos, es decir, de aquellas personas que por sí mismas serían incapaces de hacerse de las prestaciones mínimas para poder llevar una vida decente. Bajo esta noción, una postura es entender a los derechos sociales como “derechos que harían posible la liberación del pueblo oprimido a través de prestaciones

que garantizan la igualdad material. Para este propósito, la tradición de los derechos sociales requiere un grado de centralización y fortalecimiento del poder”⁴⁹. Desde este punto de vista es muy común identificar, entonces, a los derechos sociales con el monopolio estatal en la provisión de las prestaciones sociales⁵⁰.

Otra postura, un poco más moderada, es la concepción de que el Estado, al reconocerse constitucionalmente los derechos sociales como garantías, estaría siempre llamado a intervenir en estas tareas, pero en un rol subsidiario a lo que le incumbe a la comunidad nacional solidaria⁵¹. Bajo esta lógica, existen ciertas funciones del Estado que le son connaturales o indelegables en las que no podrían intervenir los particulares. Estas se refieren a aquellas que “por su naturaleza misma jamás podrían ser asumidas adecuadamente por un grupo de particulares”⁵². En primer lugar, se encuentran las funciones que conllevan la representación de la comunidad toda, como es en el caso de la defensa nacional y las relaciones exteriores. En segundo lugar, están las funciones regulatorias de las sociedades intermedias, que se justifican en el hecho de que el Estado es la organización de mayor jerarquía dentro de la sociedad y está obligado a la concreción del bien común de modo que es su obligación crear un sistema jurídico que regule las actividades de

47. Cea, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 55.

48. Cea, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 55.

49. González, Juan Andrés. “Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas”. Derecho Público Iberoamericano, N°12, abril de 2018. P. 94. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/91/83>

50. Schalper, Diego. “Derechos sociales: una visión alternativa”. Raíces, Idea País. P. 1. Disponible en <https://ideapais.cl/wp-content/uploads/2020/08/Derechos-Sociales-una-visi%C3%B3n-alternativa.pdf>

51. Cea, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 52.

52. Nehme, Karim. “El principio de subsidiariedad en la Constitución Política de la República y su aplicación en materia de derechos sociales”. Trabajo de Memoria dirigido por Christian Viera Álvarez, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, Valparaíso-Chile, 2014. P. 28. Disponible en http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-3500/UCC3776_01.pdf

los grupos intermedios en los que se estructura la sociedad y las relaciones entre estos. Pero también existen otro tipo de funciones del Estado que no le son conaturales y que de suyo podrían ser asumidas por particulares, pero que, por circunstancias de hecho, no han podido hacerlo, o no están en condiciones de hacerlo en la forma adecuada. Idealmente, “bajo esta interpretación, cualquier actividad podría ser desarrollada por un particular, como [sucede] con los casos de salud pública y educación”⁵³.

b) Primacía de la persona humana como fundamento a la participación privada en los derechos sociales

La posibilidad de que los privados concurren en la provisión de bienes considerados como esenciales, como son la salud, la educación y la vivienda, se funda en primer lugar en la concepción humanista de la primacía de la persona humana por sobre el Estado, como principio fundante, pero también en los principios que se derivan de aquel: la solidaridad, el bien común y la subsidiariedad⁵⁴. “El gran principio rector del orden social es aquel que defiende la primacía del hombre por sobre la sociedad: ‘La sociedad es para las personas y no las personas para la sociedad’”⁵⁵.

La solidaridad implica el estar unidos y obligados recí-

procamente, fruto de la sociabilidad humana, siendo cada cual responsable de cumplir sus obligaciones. Considera, por un lado, el deber del individuo hacia el todo social, que es lo que se denomina “justicia social”, que está relacionada con la caridad. Por otro lado, se vincula a la dimensión social del individuo que exige relaciones de solidaridad con los demás, que es lo que se designa como “responsabilidad social”. A través del principio de solidaridad, “la Constitución abre a las agrupaciones intermedias la posibilidad de coadyuvar en la materialización de los derechos sociales (...). Es obligación del legislador dictar las normas que permitan concretarlo en la enseñanza, el desarrollo de la ciencia y la técnica, las acciones de salud e higiene, la vivienda y la seguridad social, el descanso, la remuneración digna, la seguridad humana, etc.”⁵⁶.

El bien común, por su parte, se refiere al conjunto de condiciones sociales que favorecen el desarrollo integral de todas las personas⁵⁷.

La subsidiariedad, por último, significa que las estructuras sociales superiores auxilien a los individuos y pequeñas comunidades, en forma complementaria a su actuar⁵⁸. “[En] palabras de Jaime Guzmán, “este principio consiste en que ninguna sociedad mayor puede invadir o absorber el campo que es propio de una socie-

53. Nehme, Karim. “El principio de subsidiariedad en la Constitución Política de la República y su aplicación en materia de derechos sociales”. Trabajo de Memoria dirigido por Christian Viera Álvarez, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, Valparaíso-Chile, 2014. P. 29. Disponible en http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-3500/UCC3776_01.pdf

54. Pío X. “Quadragesimo Anno”. N° 79. En San Francisco, Alejandro. “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”. Revista Chilena de Derecho, Volumen 19 N°13, 1992. P. 528. Disponible en <https://www.fjuzman.cl/wp-content/uploads/2017/07/1992-Subsidiariedad-educacion-ASFR.pdf>

55. Pío X. “Quadragesimo Anno”. N° 79. En San Francisco, Alejandro. “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”. Revista Chilena de Derecho, Volumen 19 N°13, 1992. P. 528. Disponible en <https://www.fjuzman.cl/wp-content/uploads/2017/07/1992-Subsidiariedad-educacion-ASFR.pdf>

56. Cea, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 52.

57. San Francisco, Alejandro. “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”. Revista Chilena de Derecho, Volumen 19 N°13, 1992. P. 528. Disponible en <https://www.fjuzman.cl/wp-content/uploads/2017/07/1992-Subsidiariedad-educacion-ASFR.pdf>

58. San Francisco, Alejandro. “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”. Revista Chilena de Derecho, Volumen 19 N°13, 1992. P. 528. Disponible en <https://www.fjuzman.cl/wp-content/uploads/2017/07/1992-Subsidiariedad-educacion-ASFR.pdf>

dad menor, ni tampoco de los individuos particulares. El fundamento es que la sociedad mayor no ha nacido para hacer lo que las menores pueden hacer, sino que surgen para hacer lo que las menores no pueden hacer. Por consiguiente, el Estado no puede absorber las actividades que pueden ser adecuadamente desarrolladas por los particulares, ya sea solos o agrupados en sociedades intermedias, de ahí que los fundamentos y proyecciones conceptuales del principio de subsidiariedad son claves para cualquier estructura política y socio-económica que aspire a configurar una sociedad libre”⁵⁹.

Este último principio es el que ha sido mayormente criticado por los promotores de la nueva Constitución, adjudicando a él el sello neoliberal de la Carta Fundamental actual. Desde dicha postura se suele distinguir entre “la subsidiariedad ‘estilo europeo’, que sería positiva, y la chilena, como negativa, de corte neoliberal. Aquella, emanada del original artículo 5º, Nº 3, del Tratado de Maastricht que creó la Unión Europea, sería bienvenida, en tanto la emanada del artículo 1º de nuestra Carta, debería reemplazarse o enmendarse, por ser eje del sistema neoliberal”⁶⁰.

No obstante, el principio de subsidiariedad no garantiza de por sí la presencia estatal o la privada. Lo que hace es entregar a los particulares un título preferente en aquellas actividades que no son intrínsecamente estatales (funciones connaturales o indelegables del Estado). De este modo, efectivamente la subsidiariedad no

es neutra en cuanto a la primacía del titular en la ejecución de actividades delegables, pero sí lo es en relación a cuál debiera ser la magnitud de la intervención del Estado en dichas actividades en cada caso en concreto. El avance del Estado, en consecuencia, depende de la decisión política y de la evaluación que ella haga respecto a si los particulares están cumpliendo o no con las necesidades sociales, en consideración del bien común. De este modo, el principio de subsidiariedad no elimina la faz social del Estado. Esto es lo que se conoce como subsidiariedad activa o positiva⁶¹.

Frente a la crítica del principio de subsidiariedad y la imputación antes mencionada de estar en la base del orden neoliberal chileno, el profesor Arturo Fermandois, realizando un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, sostiene: “En casi 35 años, la jurisprudencia del TC cuenta sólo con cuatro casos nítidos de aplicación del principio de subsidiariedad, en control preventivo eventual de constitucionalidad de un proyecto de ley. Usaremos esta clase de control como el índice más indicativo del grado de tensión político-legislativa en nuestro sistema, ya que envuelve el reclamo expreso ante el TC de una minoría parlamentaria que reclama la inconstitucionalidad de preceptos de un proyecto de ley. [...] Si es efectivo el supuesto consistente en que el principio constitucional de subsidiariedad irradia un contenido fuertemente neoliberal a la operatoria de la Carta, habríamos de registrar aquí numerosas sentencias encarnando esa visión, invalidando proyec-

59. Nehme, Karim. “El principio de subsidiariedad en la Constitución Política de la República y su aplicación en materia de derechos sociales”. Trabajo de Memoria dirigido por Christian Viera Álvarez, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, Valparaíso-Chile, 2014. P. 22. Disponible en http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-3500/UCC3776_01.pdf

60. Fermandois, Arturo. “El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. P. 219. Disponible en <http://www.fermandois.cl/wp-content/uploads/2018/07/El-mito-de-la-constitucion-neoliberal-Derechos-sociales-en-la-jurisprudencia-del-TC.pdf>

61. Fermandois, Arturo. “El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. P. 220. Disponible en <http://www.fermandois.cl/wp-content/uploads/2018/07/El-mito-de-la-constitucion-neoliberal-Derechos-sociales-en-la-jurisprudencia-del-TC.pdf>

tos de ley. O al menos registrar fallos operando –bien o mal– en torno al principio. Esos proyectos tendrían que haberse propuesto expandir la presencia estatal en búsqueda de una mayor satisfacción de los derechos sociales, o perseguido ampliar el Estado empresario, siendo eventualmente detenidos por el sello neoliberal de la Carta y su principio rector. Sorpresivamente –imagino tal cosa para los críticos de la subsidiariedad chilena– nada de ello efectivamente ha ocurrido en la jurisprudencia del TC. De las escasas cuatro sentencias que aplican directamente la subsidiariedad, tres giran primeramente en torno a la libertad de emitir opinión e informar sin censura previa como garantía vulnerada (artículo 19, N° 12, CPR) y el cuarto caso exhibe un prolijo desarrollo del principio para rechazar el requerimiento parlamentario⁶².

c) Libertades de las personas frente al Estado

El reconocimiento -y no consagración- de las libertades personales a nivel constitucional, así como en tratados internacionales, es una derivación de la idea anterior: el carácter primario de la persona humana frente al Estado. La libertad de elección, de asociación y emprendimiento no se pueden restringir sólo por el hecho de ser bienes de corte social los involucrados. En este orden de ideas, el respeto y promoción de la sociedad civil por parte del Estado no sólo se deriva de las importantes funciones que aquella cumple en la provisión de servicios sociales, sino por sobre todo porque “el fenómeno de la asociatividad es lo que permite la realización de la dignidad humana [lo que es imposible de promover]

si no se cuidan la familia, los grupos, las asociaciones, las realidades territoriales locales, en definitiva, aquellas expresiones agregativas de tipo económico, social, cultural, deportivo, recreativo, profesional, político, a las que las personas dan vida espontáneamente y que hacen posible su efectivo crecimiento social⁶³.

La defensa de la libertad “...supone que ella no puede ser una facultad reservada a ciertos privilegiados, capaces de financiar su ejercicio material. Por lo tanto, promover la libertad exige preguntarse y trabajar para que todos puedan tener espacios de deliberación, seguridad y elección esenciales⁶⁴ y una deliberación esencial es, por ejemplo, qué educación se quiere recibir para sí mismo o para los hijos o dónde se quiere obtener una solución de salud. Si sólo existe la posibilidad de recibir de un prestador estatal las prestaciones sociales, entonces no existe libertad; pero no basta con esto. Lo mismo si sólo se obtiene ayuda estatal cuando se trate de un tipo de provisión (estatal). Como precisa Manuel Medina: “Se trata de conceder al público el derecho a optar por la prestación privada del servicio, permaneciendo el pago del mismo en manos públicas. Ello ofrece un mayor campo de actuación a la competencia. La implementación de un derecho a la opción por una oferta privada es una de las nuevas armas en el arsenal de la privatización. También es una de las más prometedoras en tanto incrementa la capacidad de elección disponible para el público en general. La oposición a este procedimiento ha de basarse en el supuesto de que tal oportunidad de elección no ha de permitirse y que, por tanto, el público tiene que estar obligado a depender únicamente del sec-

62. Fermandois, Arturo. “El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. P. 220 y 221. Disponible en <http://www.fermandois.cl/wp-content/uploads/2018/07/El-mito-de-la-constitucion-neoliberal-Derechos-sociales-en-la-jurisprudencia-del-TC.pdf>

63. Ovalle, Alejandra y Soto, Sebastián. “Sociedad Civil y Constitución. Ideas para el Debate”. Centro UC Políticas Públicas, mayo 2021. P. 20. Disponible en https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2021/06/Sociedad-Civil-y-Constitucion%CC%81n_VF-1-1.pdf

64. Schalper, Diego. “Derechos sociales: una visión alternativa”. Raíces, Idea País. P. 46. Disponible en <https://ideapais.cl/wp-content/uploads/2020/08/Derechos-Sociales-una-visi%C3%B3n-alternativa.pdf>

tor público, a la calidad y velocidad que él impone”⁶⁵.

Por otro lado, la iniciativa social tiene como origen el libre desarrollo de la personalidad, vinculado directamente con el derecho de asociación. Desde el punto de vista comercial, se relaciona también con la libertad de ejercicio profesional y de emprendimiento⁶⁶. El derecho a asociarse es uno de los elementos claves para el resguardo de la persona frente a las injerencias indebidas del Estado, “Como escribía Tocqueville (...) la facultad de reunirse con otros con un ánimo de permanencia está íntimamente arraigada a la naturaleza de la persona. Igualmente, la idea de sociedad civil y la de fortalecer las organizaciones locales se enmarcan fácilmente en el propósito originario del constitucionalismo de limitar o constreñir el poder público”⁶⁷.

d) Eficacia de la participación privada en la provisión de derechos sociales

La iniciativa privada en materia de provisión de derechos sociales puede desarrollarse por entidades que tienen fines de lucro y otras sin fines de lucro. Esta participación puede ser en la provisión de bienes y servicios en forma autónoma, como también siendo parte de la red de servicios sociales. Las personas jurídicas que persiguen fines de lucro pueden presentar distintas formas asociativas (sociedades civiles, de responsabilidad limitada, anónimas, por acciones, etc.) igual que las

que no tienen ánimo de lucro (fundaciones y corporaciones). La ausencia de ánimo de lucro no impide a las instituciones obtener beneficios de la explotación de su actividad, sino sólo que su fundador no pueda lucrar, cuestión que sí se da en las sociedades con fines de lucro. ¿Eso significa, entonces, que al tratarse de bienes de interés público o servicios sociales debería excluirse a las sociedades lucrativas? No necesariamente. Puede que una sociedad mercantil o un empresario no tengan intereses generales, pero sin embargo, pueden servir eficazmente al interés general⁶⁸.

El Estado, para poder realizar prestaciones sociales, no está excluido del problema básico de la economía que es la escasez de recursos, siendo una limitación importante en la provisión de los derechos sociales, sobre todo en cuanto son muy variados los mandatos sociales que debe conjugar el Legislador con una cantidad de recursos determinados. En efecto, con el tiempo son cada vez más las tareas que antes se encontraban dentro del ámbito familiar o social y que ahora son asumidas por el Estado. Sin embargo, en distintos países en los cuales se fue desarrollando y expandiendo una concepción de Estado de Bienestar, las crisis económico-financieras han conducido a emprender un sentido inverso y repensar el papel que corresponde al sector privado en la atención de las necesidades básicas de las personas. La crisis del Estado social se observa en su papel distributivo, pues en la práctica la brecha entre las personas con

65. Medina, Manuel. “El debate de lo público y lo privado en Servicios Sociales”. P. 120. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/16359366.pdf>

66. Garrido, Andrea. “La iniciativa privada en la gestión de los servicios públicos: especial atención al ámbito social”. Documento para su presentación en el IV Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP-IUIOG. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 23 y 24 de septiembre de 2013. P. 9.

67. Ovalle, Alejandra y Soto, Sebastián. “Sociedad Civil y Constitución. Ideas para el Debate”. Centro UC Políticas Públicas, mayo 2021. P. 9. Disponible en https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2021/06/Sociedad-Civil-y-Constitucion%CC%81n_VF-1-1.pdf

68. Garrido, Andrea. “La iniciativa privada en la gestión de los servicios públicos: especial atención al ámbito social”. Documento para su presentación en el IV Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP-IUIOG. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 23 y 24 de septiembre de 2013. P. 10 y 11.

mayores recursos y las de menores no ha disminuido; también en su papel de gestor, es decir, al definir las políticas públicas que se desarrollarán para la satisfacción de las demandas sociales, toda vez que la capacidad del Estado se ve sobrepasada con las cada vez más crecientes demandas; y, sobre todo, desde el punto de vista fiscal, pues el gasto público por sobre sus capacidades reales lo ha conducido a crisis fiscales, especialmente cuando hay bajos niveles de crecimiento⁶⁹.

Una de las soluciones a lo anterior es emprender un camino de austeridad, es decir, disminuir el gasto público y ajustarse a las limitaciones presupuestarias necesarias, como se ha intentado hacer en Europa (en Grecia, Irlanda y Portugal). Sin embargo, esto no sería suficiente si no se producen cambios en la gestión administrativa de los servicios sociales públicos que deben seguir proveyéndose a la sociedad, como también la apertura a las soluciones privadas a los problemas sociales. La crítica a lo anterior, sin embargo, ha sido el riesgo de “mercadear” con las necesidades de las personas que no serían capaces de controlar el servicio entregado y que no cuentan con la capacidad de reclamar su propio bienestar. Sin embargo, no se puede negar la eficacia que significaría a nivel de recursos públicos la colaboración de la iniciativa privada con el sector público en la satisfacción de las necesidades, tanto para mejorar la productividad de las administraciones, como también por la eficiencia propia del sector privado⁷⁰.

“[La] racionalización y optimización de los recursos son un elemento clave en cualquier tipo de gestión (...) países de un alto nivel de desarrollo (Estados Unidos, por ejemplo) abordan este tema como prioritario en sus debates políticos, es decir, como un elemento que puede contribuir notablemente a mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos, incluyendo de forma paralela un amplio capítulo de recorte en sus gastos sociales que ha puesto en peligro la protección de diversos colectivos sociales”⁷¹. Entonces, la complementación de la acción pública con la actuación del sector privado no sólo se puede justificar a nivel de principios, sino que también es una necesidad práctica. No se puede poner en riesgo la satisfacción de las necesidades públicas; por ello, el régimen de subvenciones, tan vilipendiando aquí en Chile, es una herramienta eficaz que se está observando en otras latitudes como forma de solución a las crecientes demandas. “En lugar de ofrecer al público servicios gratuitos que han sido financiados con ingresos impositivos, se trata de ofrecerles cheques, «*vouchers*», con que pagar el servicio. La utilización de cheques en lugar de dinero está pensada para asegurar que los recursos se gastarán en el servicio y no se emplearán en otra cosa al arbitrio de sus beneficiarios (...) [S]irven también como una forma de dirigir las subvenciones a los propios necesitados en lugar de hacia los productores del servicio mismo. Están así destinados a la demanda y no a la oferta. Así, la Administración puede además garantizar el poder de compra de personas que necesitan ayuda, pudiendo la oferta de servicios permanecer en manos privadas”⁷².

69. Garrido, Andrea. “La iniciativa privada en la gestión de los servicios públicos: especial atención al ámbito social”. Documento para su presentación en el IV Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP-IUIOG. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 23 y 24 de septiembre de 2013. P. 2.

70. Garrido, Andrea. “La iniciativa privada en la gestión de los servicios públicos: especial atención al ámbito social”. Documento para su presentación en el IV Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP-IUIOG. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 23 y 24 de septiembre de 2013. P. 4.

71. Medina, Manuel. “El debate de lo público y lo privado en Servicios Sociales”. P. 98. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/16359366.pdf>

72. Medina, Manuel. “El debate de lo público y lo privado en Servicios Sociales”. P. 119. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/16359366.pdf>

e) Relación de colaboración entre la sociedad civil y el Estado

Por las razones dadas, la relación que debe existir entre la sociedad civil y el Estado en materia de prestaciones sociales debe ser de respeto, colaboración y ayuda mutua. Por un lado, se debe establecer como obligación del Estado el respetar que en la materialización de los derechos sociales pueda intervenir la sociedad civil, ya sea a título propio, por recaer en la propia sociedad el primer llamado a la solución de sus propias necesidades, o como coadyuvante de la labor que realice el Estado, pero siempre con respeto a su autonomía. Ahora bien, el correcto entendimiento de esa relación no es que los privados ayuden al Estado a cumplir sus funciones, sino que es el Estado el que ayuda a los privados a cumplir las funciones que les son propias. Así se puede entender correctamente que es el Estado el que está al servicio de las personas.

Un defecto que se ha criticado a la Constitución actual y que podría ser arreglado en la redacción de la nueva Constitución, es que el principio de subsidiariedad pareciera estar comprendido sólo respecto de las actividades empresariales, cuando debería explicitarse a que se refiere a todos los derechos y deberes, incluidos los derechos sociales. “La mayoría de la doctrina entiende el principio de subsidiariedad con un sentido amplio, esto es, referido a todos los derechos y deberes, sin excluir ninguno. En cambio, parece que en la Constitución actual él se aplica, prácticamente, sólo a los derechos y deberes económicos, es decir, a la subsidiariedad del Es-

tado en el campo empresarial, pero no a la educación y enseñanza, a la salud y la seguridad social, a la tutela del ambiente, etc.⁷³”. En todo orden de actividades, el Estado debe avanzar hacia la concreción del bien común respetando el espacio que de suyo corresponde a la sociedad, sin perjuicio de tener que avanzar con decisión “cuando la sociedad no satisface la realización del bien aludido, por egoísmo, desidia, indolencia, corrupción, crisis de valores u otros motivos. Lo difícil es determinar quién decide en qué fase se encuentra”⁷⁴. Pero el rol de Estado no puede ser sólo eso, es necesario que vaya un poco más allá y genere incentivos para que sea la propia sociedad civil la que se haga cargo de la resolución de las necesidades sociales.

En la concreción de las prestaciones sociales es importante evitar dos extremos: el intervencionismo y el abstencionismo por parte del Estado. El intervencionismo implica que el Estado pasa a llevar los derechos de los grupos organizados, negándoles la responsabilidad por sus actos, mientras que el abstencionismo transforma al Estado en un mero espectador, lo que va en contra del bien común que requiere del Estado para velar por el correcto funcionamiento de las organizaciones, enmendando su desempeño si es insuficiente, etc.⁷⁵ “Es difícil señalar reglas generales; hay que ver cada caso concreto para poder definir el punto en que se combinen mejor el respeto a la iniciativa privada y la necesaria dosis de coordinación social o estatal”⁷⁶.

De este modo, aunque es importante el respeto mutuo

73. Cea, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 57.

74. Cea, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 58.

75. San Francisco, Alejandro. “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”. Revista Chilena de Derecho, Volumen 19 N°13, 1992. P. 532. Disponible en <https://www.fjguzman.cl/wp-content/uploads/2017/07/1992-Subsidiariedad-educacion-ASFR.pdf>

76. Gran Enciclopedia RIALP. Tomo XXI. P. 709. En San Francisco, Alejandro. “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”. Revista Chilena de Derecho, Volumen 19 N°13, 1992. P. 532. Disponible en <https://www.fjguzman.cl/wp-content/uploads/2017/07/1992-Subsidiariedad-educacion-ASFR.pdf>

entre la actividad realizada por el Estado y por la sociedad civil, no siempre es eficiente que cada uno contribuya en forma absolutamente independiente en la satisfacción de las necesidades sociales, siendo necesario para el bien común que en algunos casos se confluya hacia una alianza estratégica entre ambos sectores. Una forma de ello es la externalización de la gestión, como se ha hecho en hospitales públicos cuya administración se entrega vía concesiones a privados. El ánimo de lucro del ente privado no debe ser un freno, pues este factor actúa en forma positiva en la eficiencia del uso de los recursos, eficiencia que no se observa en el Estado al realizar por sí mismo las actividades⁷⁷. Si con menores recursos se obtiene una mejor satisfacción de las necesidades sociales, no es un argumento válido para oponerse el “enriquecimiento de los bolsillos privados”. Las entidades sin fines de lucro, no obstante, como las fundaciones y corporaciones, también deben ser valoradas, pues su incidencia pública suele ser mayor a la de las sociedades comerciales, generando además virtudes como el compromiso cívico y el desarrollo del voluntariado⁷⁸.

La relación directa entre los privados y el Estado puede darse a través de diversas formas, las que no corresponden de ser definidas a nivel constitucional, sino a la política pública. Así, pueden ser opciones válidas, entre otras, el otorgamiento de subvenciones, la suscripción de convenios o la firma de contratos. Las primeras toman

relevancia para ayudar a las personas organizadas a desarrollar sus iniciativas de innovación social, que, de otro modo, no estarían en condiciones de ejecutarlas. El problema que presentan hoy en día, sin embargo, es que suelen ser insuficientes por lo que se requieren de otras fuentes de financiamiento, lo que es positivo en cuanto promueve la solidaridad, pero negativo, pues dificulta la planificación y ejecución de los programas. También el estar sujetas a renovación periódica puede ser utilizado con fines impropios y más allá de los permitidos por la ley, poniéndose en riesgo su autonomía, que no obsta al cumplimiento de estándares de suficiencia del servicio para su asignación⁷⁹.

En otro orden de cosas, hay quienes refutan la idea de colaboración público-privada, considerando a las entidades sociales privadas como una competencia para el sector público, lo que iría en desmedro de éste en la asignación de recursos. Ahora bien, la competencia no debe ser vista como algo negativo, siendo efectiva su presencia por el aporte que pueden hacer las entidades privadas en capital social, valores y eficiencia social, pero esto es en directo beneficio de los usuarios del servicio que son quienes deberían estar en el centro de la política social. “Lo importante ya no es el quién sino el qué se hace, y cuáles son las respuestas que se dan a un determinado problema social”⁸⁰. La idea de una supuesta bondad del prestador público

77. “Cuando se afirma que la empresa privada es más eficiente al reducir los costes de los servicios por concentrar más la responsabilidad en quien toma las decisiones (arriesga la propia riqueza, se somete a las presiones del mercado y soporta el riesgo de ser expulsado del mercado), lo que se está poniendo de manifiesto no es una ineficiencia natural de la empresa pública por razón de su propiedad, sino la ausencia de unos criterios de responsabilidad en la misma (o en los políticos que la controlan) que den lugar a unos resultados similares a los del mercado privado. La cuestión, por tanto, está más bien en determinar criterios de responsabilidad eficiente en los políticos, de tal forma que estos soporten también los «costes» de su gestión”. Medina, Manuel. “El debate de lo público y lo privado en Servicios Sociales”. P. 111. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/16359366.pdf>

78. Guiteras, Àngels. “La relación entre público y privado en los Servicios Sociales: el papel del Tercer Sector”. Cuadernos de Trabajo Social, Volumen 25-1, 2012. P. 128. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/38813291.pdf>

79. Guiteras, Àngels. “La relación entre público y privado en los Servicios Sociales: el papel del Tercer Sector”. Cuadernos de Trabajo Social, Volumen 25-1, 2012. P. 125 a 132. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/38813291.pdf>

80. Medina, Manuel. “El debate de lo público y lo privado en Servicios Sociales”. P. 117. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/16359366.pdf>

por el sólo hecho de ser público debe ser derribada.

Diego Schalper entrega una alternativa de redacción a los derechos sociales que sería acorde al respeto y aprovechamiento de la iniciativa privada, proponiendo recoger los derechos sociales en clave de metas solidarias. Señala: “Nos parece que este camino [...] permite reconocer y resguardar la necesaria cooperación solidaria de carácter público-privado que supone la eficacia de estos derechos, pues el derecho a la educación no es cosa solamente del Estado, sino de la sociedad civil organizada.

Los sistemas exitosos de previsión y seguridad social en el mundo se estructuran sobre la base de modelos mixtos, donde tanto el Estado, como los privados juegan roles. La garantía del derecho a la vivienda opera sobre la base de subsidios habitacionales que entremezclan la labor de organismos públicos y prestadores privados de la construcción. Finalmente, el derecho al trabajo evidentemente implica obligaciones y responsabilidades para las empresas privadas, que el legislador debe determinar y cuyo cumplimiento debe ser supervigilado por el Estado”⁸¹.

81. Schalper, Diego. “Derechos sociales: una visión alternativa”. Raíces, Idea País. P. 48. Disponible en <https://ideapais.cl/wp-content/uploads/2020/08/Derechos-Sociales-una-visi%C3%B3n-alternativa.pdf>

5. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL ROL DE LOS PRIVADOS EN LA PROVISIÓN DE DERECHOS SOCIALES

a) Antecedentes

Tal como se vio en el primer capítulo, la consagración constitucional de los derechos sociales se empezó a desarrollar recién a mediados del siglo XIX. Sin embargo, la contribución de la sociedad civil en la provisión de las prestaciones sociales asociadas no se vio reflejada en el constitucionalismo propio de ese siglo. Esto no significa que la participación de los privados en asuntos sociales como la educación, salud, asistencia social a los más desposeídos y en la promoción de derechos laborales, a través de sindicatos o gremios, no fuera relevante, sino todo lo contrario; más bien se debió a la noción clásica que se tenía respecto al objeto de las Cartas Fundamentales, esto es, un instrumento destinado a limitar del poder de Estado y establecer un sistema de separación de poderes. “Por eso las escasas disposiciones que

en esta materia podemos encontrar en nuestros textos constitucionales se vinculaban con algunas atribuciones o prohibiciones al poder público en su relación con la sociedad civil”⁸².

En el siglo XX este estilo empieza a cambiar, influido por el desarrollo del constitucionalismo de principios luego de la Segunda Guerra Mundial y por el dilema ideológico de parte de la izquierda entre un Estado con creciente vocación totalitaria y el desarrollo de diversas formas de asociativismo privado. Una manifestación de esto en Chile se encuentra en el “Estatuto de Garantías Constitucionales”, una reforma constitucional que fue acordada por la Democracia Cristiana con la Unidad Popular para dar su apoyo a Salvador Allende y que pudiera ser ratificado por el Congreso Pleno como

82. Ovalle, Alejandra y Soto, Sebastián. “Sociedad Civil y Constitución. Ideas para el Debate”. Centro UC Políticas Públicas, mayo 2021. P. 14 y 15. Disponible en https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2021/06/Sociedad-Civil-y-Constitucion%CC%81n_VF-1-1.pdf

Presidente de la República electo, en el que se observa una reacción al conflicto entre el poder estatal y las asociaciones privadas. “Por eso se reguló, con especial densidad, el estatuto de los medios de comunicación, de los establecimientos educacionales y universidades, así como de los sindicatos, todo ello para garantizar espacios de autonomía. También se reglamentó la acción de los partidos políticos y se reconoció ‘el derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica’, ordenando además al Estado remover los obstáculos que limitaran en los hechos la libertad e igualdad de las personas y grupos. Al amparo de este derecho, por primera vez, hay un cierto reconocimiento de la participación de entidades privadas en la solución de problemas públicos”⁸³.

b) Constitución Política de la República de Chile

La Constitución actual avanzó en el reconocimiento del rol de la sociedad civil, no bajo esta denominación, sino como “grupos intermedios”. La visión de esta Constitución no es estatista, reservando únicamente al Estado estas materias, sino, por el contrario, establece las bases para que tanto las instituciones públicas, como privadas puedan participar⁸⁴.

Son importantes para efectos del reconocimiento de la sociedad civil diversas disposiciones que se pasan a enumerar:

1. Dignidad, libertad y rol del Estado (Artículo 1)

“Artículo 1°.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

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.

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.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

El primer capítulo de la Constitución, sobre Bases de la Institucionalidad, conocido como el Código Político “refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la perspectiva constitucional”⁸⁵, y precisamente eso hace el artículo 1 de la Constitución Política de la República, que, en su conjunto, es clave para comprender el rol que corresponde al sector privado en la provisión de derechos sociales en el marco jurídico actual. Conceptos como la libertad y la dignidad (en el inciso primero), la familia entendida como el núcleo fundamental de la sociedad (inciso segundo), el reconocimiento y amparo a los gru-

83. Ovalle, Alejandra y Soto, Sebastián. “Sociedad Civil y Constitución. Ideas para el Debate”. Centro UC Políticas Públicas, mayo 2021. P. 14 y 15. Disponible en https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2021/06/Sociedad-Civil-y-Constitucion%CC%81n_VF-1-1.pdf

84. Bertelsen, Raúl. “En Defensa de la Constitución”. Thomson Reuters, Chile, 2020. P. 124.

85. Considerando 9° de la sentencia pronunciada el 27 de octubre de 1983 (Rol N° 19). Citado por Cea, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 43.

pos intermedios (inciso tercero) y la declaración de que el Estado está al servicio de la persona humana (inciso cuarto), permiten ir enmarcando la respuesta a la interrogante enunciada en este trabajo: el Estado, al estar obligado a la satisfacción de los bienes sociales consagrados como derechos, ¿tiene un rol que prima por sobre la intervención privada en estas actividades?

En primer lugar, la dignidad es fuente y sustento efectivo de los derechos esenciales de las personas, que le pertenecen por su naturaleza intrínseca. “Emanan de un ser esencialmente libre, racional, dotado de voluntad y responsable de sus comportamientos, acreedor de un trato respetuoso, con precisión por hallarse dotado de aquellas cualidades”⁸⁶. El respeto de la dignidad humana es un presupuesto básico para que se pueda dar una sociedad civilizada. Y muy ligada a la dignidad se encuentra la libertad.

Existen actividades que son propias del Estado, como el ejercicio de la legislación, gobierno y judicatura, la regulación de la política monetaria, la administración pública, la custodia del orden y seguridad interior y la defensa exterior, etc. En el ámbito de la gestión empresarial, en cambio, tiene funciones más acotadas que la amplitud con que pueden desenvolverse los individuos y cuerpos intermedios de la sociedad civil. La regla general es que la intervención estatal ocurre a falta de acción privada⁸⁷. Esta concepción es acorde con una democracia vivida sobre la base de la libertad e igualdad consagrada

en el inciso primero del artículo 1° de la Constitución Política de la República.

Por su parte, la integración de la persona en los grupos intermedios y en la sociedad civil tiene incidencia en la provisión privada de los derechos sociales⁸⁸. De la doctrina hegemónica se ha entendido que del reconocimiento de los cuerpos intermedios en el inciso tercero se desprende el principio de subsidiaridad, conteniendo una visión sobre el rol abstencionista que corresponde al Estado dentro de la sociedad. En primer lugar, debe respetar la libertad y autonomía que corresponde a cada persona y grupo, quedando su actuación relegada a las situaciones en que de hecho estos no deseen o no puedan desarrollar una actividad que sea considerada socialmente relevante⁸⁹. No obstante, tal como se expresaba en el capítulo anterior respecto al principio de subsidiaridad, también se puede desprender de este artículo la faceta positiva, es decir, el deber de acción del Estado, no quedando definido en la Constitución el grado de intervención estatal óptimo, relegándose aquello a una discusión política.

Por su parte, la redacción del principio de servicialidad del Estado, contenido en el inciso cuarto, “es lo suficientemente amplia como para permitir a los gobiernos llevar adelante políticas que consoliden un Estado de Bienestar o, por el contrario, políticas de ayudas mínimas y focalizadas. Es decir, la decisión de ser un Estado de Bienestar o no queda en manos de la ciudadanía y

86. Cea, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 39.

87. Cea, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 57.

88. Cea, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 51.

89. Nehme, Karim. “El principio de subsidiariedad en la Constitución Política de la República y su aplicación en materia de derechos sociales”. Trabajo de Memoria dirigido por Christian Viera Álvarez, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, Valparaíso-Chile, 2014. P. 20 a 22. Disponible en http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-3500/UCC3776_01.pdf

es parte de la deliberación democrática”⁹⁰. No obstante ello, su entendimiento debe complementarse con los derechos reconocidos a todas las personas, especialmente cada uno de los derechos sociales consagrados, así como con la libre iniciativa en materia económica.

2. Libre iniciativa en materia económica (Artículo 19 N°21)

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas: 21° El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quorum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quorum calificado”.

La redacción de este derecho no ha tenido variaciones a lo largo de los años. A partir de él se desprende que “los particulares, siempre que quieran y puedan, quedarán autorizados por el constituyente para realizar cualquier tipo de actividad regulada a nivel constitucional, sin limitarse a aquellas de carácter económico empresariales, pudiendo incluso desarrollar aquellas consideradas como derechos sociales o de segunda generación, tales como la previsión, educación o salud”⁹¹. El Estado, por su parte, también puede desarrollar estas actividades, no obstante no libremente, sino siempre autorizado

por una ley acordada transversalmente. Es el Estado el que tiene un rol subsidiario frente a la actividad de los particulares y no al revés.

3. Derechos sociales en específico

La Constitución actual contempla un listado acotado de derechos sociales. Se encuentra el derecho a la protección de la salud, en el artículo 19 N° 9°, el derecho a la educación, en el numeral 10°, la protección del trabajo, en el 16°, y el derecho a la seguridad social, en el numeral 18°.

-Derecho a la protección de la salud (Art. 19 N°9)

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

9° El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

90. Eyzaguirre, Sylvia. “La Constitución y los derechos sociales: el límite de la democracia”. Centro de Estudios Públicos, Puntos de Referencia, Edición Online N°472, noviembre 2017. P. 3. Disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20171130/20171130163040/pder472_seyzaguirre.pdf

91. Nehme, Karim. “El principio de subsidiariedad en la Constitución Política de la República y su aplicación en materia de derechos sociales”. Trabajo de Memoria dirigido por Christian Viera Álvarez, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, Valparaíso-Chile, 2014. P. 27. Disponible en http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-3500/UCC3776_01.pdf

En la consagración de este derecho, que se mantiene igual desde la redacción original de la Constitución, se hace patente la libertad de elegir de las personas una alternativa distinta a la ofrecida por el Estado, tanto en el sistema de salud (hoy representado por Fonasa e Isapres), como respecto a los prestadores de salud. Sin embargo, también se establece el objeto propio de los derechos sociales, que es alcanzar la igualdad material en este campo en específico y el rol principalmente rector del Estado, quedando también de relieve los principios de subsidiaridad y solidaridad.

- Derecho a la educación y libertad de enseñanza (Art. 19 N°10).

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:
10° El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a éste y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica⁹².

La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media,

este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación;

11° La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia política partidista alguna.

Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.

Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel”.

El numeral relativo al derecho a la educación fue modificado en el año 2013, profundizando en la educación parvularia, manteniéndose el resto del texto inalterado.

92. Ley N°20.710, del 11 de diciembre de 2013, modificó en dicho sentido la redacción original de este inciso que disponía: “El Estado promoverá la educación parvularia”.

En estos dos artículos se consagra el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, dos caras de la misma moneda. En el derecho a la educación, además de establecerse mandatos al Estado, se reconoce que recae primero en la familia (los padres) esta obligación, que es además un derecho. En la libertad de enseñanza se profundiza en el rol que atañe a los privados, entregándoles autonomía y límites sólo vinculados al bien común. Aquí también se incluye el derecho a elección del tipo de establecimiento de enseñanza y el rol rector del Estado, para exigir parámetros mínimos que deberán cumplirse para obtener el reconocimiento oficial.

- Protección del trabajo (Art. 19 N°16).

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:
16° La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzga-

dos por los tribunales especiales establecidos en la ley.

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

Aunque en este artículo no se puede observar la protección a la sociedad civil, pues no se trata de derechos sociales prestacionales, sí se encuentra presente la libertad de asociación.

- Derecho a la seguridad social (Art. 19 N°18).

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:
18° El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quorum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La

ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”.

Este derecho, que tampoco ha sufrido variaciones, consagra principalmente el rol garante del Estado en aras de alcanzar igualdad material, pero también se reconoce la participación de la sociedad civil en el otorgamiento de las prestaciones.

c) Experiencia comparada

“Resulta llamativo que los Estados que cuentan con los sistemas de asistencia social más importantes del mundo no han considerado esta materia una cuestión constitucional. Y si alguno ha incluido derechos sociales en su Constitución, ha quedado claro que si consisten en prestaciones sólo adquieren eficacia una vez desarrollados en los niveles inferiores al constitucional (legislativo, reglamentario). Tal es el caso de Gran Bretaña, Suecia, Francia y Canadá”⁹³, como se desarrolla a continuación⁹⁴:

1. Gran Bretaña

Desde comienzos del siglo XVII Gran Bretaña ha sostenido un sistema de asistencia social, el que se inició con la dictación de las “Leyes de pobres”. Luego, a inicios del siglo XX, implementó un sistema de seguros de enfermedad y de paro. Ahora bien, fue durante la década de 1940 que se impulsó el sistema de seguridad social que se mantiene vigente hasta la fecha. Este último, tal como se mencionó en el primer capítulo, está basado en las propuestas hechas por Beveridge en su Informe, de-

nominado *Welfare State*, que se ha implementado también en otros países. Todos estos asuntos, sin embargo, no están contemplados en su Constitución, ni tampoco son parte del Derecho Constitucional.

2. Suecia

Desde comienzos del siglo XX Suecia desarrolló medidas de asistencia y seguridad social, estableciendo un sistema de pensiones para la vejez y uno para el paro. Desde la década de 1930 se consolidó este país como uno de los modelos de Estado de Bienestar más avanzados, aunque todos estos temas no son listados en su Constitución ni son parte de la rama del Derecho Constitucional.

3. Francia

El sistema de asistencia social francés, denominado *État-providence*, también es reconocido a nivel internacional. Francia cuenta con derechos sociales en el Preámbulo de su Constitución, pero no en su articulado. Ahora bien, en el Preámbulo se manifiesta la adhesión a la Declaración de 1789 y también a los derechos consagrados en el preámbulo de la Constitución de 1946. Se ha entendido que todos estos instrumentos tienen rango constitucional, aunque no todos los derechos tienen la misma eficacia: algunos, bastándose a sí mismos, son directamente aplicables (los derechos clásicos y los derechos sociales que no suponen prestaciones, como el de huelga); otros necesitan la intervención del Legislador sin ser justiciables hasta que ello ocurra, son sólo directivas o promesas sin carácter obligatorio, como son todos los derechos sociales, incluyendo el derecho al trabajo. El Consejo Constitucional también puede controlar la constitucionalidad de las leyes que materializan los derechos sociales. Todo lo anterior no

93. Martínez, José Ignacio. “Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional”. Nomos, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 276. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

94. A partir de Martínez, José Ignacio. “Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional”. Nomos, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 276. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

altera el carácter exclusivamente legal del sistema de asistencia social de Francia, pues sin desarrollo legislativo son sólo directrices políticas los derechos sociales.

4. Canadá

Canadá, por su parte, no cuenta en su Constitución con el establecimiento de un Estado Social ni tampoco con un listado de derechos sociales. Ahora bien, en 1982 se dictó la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que forma parte de la Constitución, que al proclamar el principio de igualdad señala que esto es sin perjuicio de las leyes, programas o actividades que se destinen a mejorar las condiciones de personas o grupos desfavorecidos; también encomienda al Parlamento y al Gobierno (nacional y provinciales), desarrollar medidas que permitan la verdadera igualdad de oportunidades; y encarga a los gobiernos provinciales entregar un nivel similar de servicios públicos a un nivel razonablemente comparable de carga impositiva. Sin embargo, dichas declaraciones en favor de la igualdad material no significaron un cambio en la dirección en que Canadá desarrolló su *Welfare State*. Este se inició casi al mismo tiempo que en Reino Unido y se puede comparar a aquel.

Estos cuatro países han desarrollado los Estados de

Bienestar más admirados en el mundo, sin ser un tema propiamente constitucional. La diferencia se encuentra en sus políticas sociales, que han alcanzado mayor nivel y desarrollo que la de los Estados que sí han constitucionalizado esta discusión⁹⁵.

Sin perjuicio de la falta de vinculación entre el desarrollo constitucional del derecho con su efectivo despliegue, el reconocimiento del rol privado en la prestación de servicios sociales y su protección a nivel constitucional sí es importante para efectos del resguardo de la primacía de la persona frente al Estado y de sus libertades, entendiendo a la Constitución como un instrumento que limita el poder público. Así se ha entendido en la doctrina constitucional chilena, sobre todo con la Constitución actual que acentuó su foco en el respeto a la sociedad civil. Pero ¿es así también en el resto de las constituciones del mundo?

Para dar una respuesta a esta interrogante se analizó la redacción de dos derechos sociales generalmente recogidos en las diversas constituciones, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la educación -vinculado a la libertad de enseñanza-, para ver si en ellos se explicita este rol o por el contrario, se omite:

95. Martínez, José Ignacio. "Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional". *Nomos*, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. P. 276 a 278. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

Tabla 2

Reconocimiento explícito de la participación privada en las prestaciones de salud y educación en las Constituciones de los países de la OCDE⁹⁶

PAÍS	SALUD		EDUCACIÓN	
	Se reconoce	No se reconoce	Se reconoce	No se reconoce
Alemania ⁹⁷			●	
Australia ⁹⁸				
Austria ⁹⁹			●	
Bélgica ¹⁰⁰			●	
Canadá		●	●	
Chile	●		●	
Colombia	●		●	
Rep. de Corea del Sur		●		●
Costa Rica ¹⁰¹			●	
Dinamarca			●	
Eslovenia ¹⁰²		●	●	
España		●	●	
Estados Unidos ¹⁰³				
Estonia		●	●	
Finlandia		●	●	●
Francia		●	●	
Grecia		●	●	
Hungría		●		●
Irlanda ¹⁰⁴			●	
Islandia				●
Israel ¹⁰⁵				
Italia		●	●	
Japón		●		●
Letonia		●		●
Lituania		●	●	
Luxemburgo		●		●
México		●	●	
Noruega ¹⁰⁶				●
Nueva Zelanda ¹⁰⁷			●	
Países Bajos		●	●	
Polonia		●	●	
Portugal	●		●	
Reino Unido			●	
Rep. Checa ¹⁰⁸		●	●	
Rep. Eslovaca			●	
Suecia				
Suiza ¹⁰⁹		●		●
Turquía	●		●	

Fuente: Elaboración propia a partir de los textos constitucionales de cada uno de los países obtenidos en el Comparador de Constituciones del Mundo de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile¹¹⁰.

96. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Véase en <https://www.oecd.org/acerca/>

97. No se reconoce el derecho a la protección de la salud.

98. No se reconocen el derecho a la protección de la salud ni el derecho a la educación.

99. No se reconoce el derecho a la salud.

100. Se reconoce indirectamente a las entidades privadas de educación al establecer que sólo por ley se podrá regular el uso de lenguas en establecimientos creados, subvencionados o reconocidos por las autoridades públicas.

101. Aunque no se reconoce explícitamente la labor de los privados en salud, sí se reconoce la libertad de elección.

102. Además de considerar el derecho y deber preferente de los padres en la educación de sus hijos, se reconoce específicamente el derecho de las comunidades nacionales autóctonas italianas y húngaras en Eslovenia a establecer educación y escolarización. También se reconoce la autonomía de las instituciones de educación superior.

103. No se reconocen el derecho a la protección de la salud ni el derecho a la educación.

104. No se reconoce el derecho a la salud en general, sino sólo respecto de los trabajadores.

105. No se reconocen el derecho a la protección de la salud ni el derecho a la educación.

106. No se reconoce el derecho a la protección de la salud.

107. No se reconoce el derecho a la protección de la salud.

108. No se reconoce el derecho a la protección de la salud.

109. No se reconocen el derecho a la protección de la salud ni el derecho a la educación.

110. Disponible en <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/home>

De los resultados se deduce que la mayoría de los países no contempla respecto del derecho a la protección de la salud una referencia explícita al rol que cumple la provisión privada de ellos. Esto mismo se repite en las constituciones de los diez países con mejores sistemas de salud del mundo, de acuerdo al ranking Health Care Index, elaborado por CEO World Magazine 2021¹¹¹. Entre ellos también destaca que en muchas de sus constituciones se excluye completamente la mención a este derecho. Ahora bien, llama la atención que en la mayoría de los países latinoamericanos que forman parte de la OCDE sí se da un reconocimiento al rol de los privados en materias de salud.

Es diferente en el derecho a la educación, en el que la gran mayoría de los países de la OCDE se refiere a la provisión privada de este servicio, vinculándolo al rol rector del Estado en estas materias, entrando en juego también otro derecho fundamental, que es la libertad de enseñanza.

d) Discusiones constitucionales

En el marco de la discusión de la Convención Constitucional es posible que se pongan en duda los cimientos actuales de protección a la libertad de las personas manifestada en la asociatividad privada. Una de las propuestas en ese orden que se viene gestando ya hace un tiempo es el abandono del régimen subsidiario, para avanzar a un nuevo orden estructurado como un Estado Social de Derecho¹¹². Tal como indican Ovalle y Soto: “El debate constitucional en torno al principio de subsidiariedad se vislumbra complejo. Ello, ante todo, porque en todos

los sectores políticos la nueva Constitución se visualiza como aquella que supera el “Estado subsidiario” dando inicio a una etapa de mayor intervención estatal. Este nuevo rol del Estado suele tomar las formas del “estado social de derecho”, tradicional cláusula constitucional de origen europeo que, en alguna medida, acompañó el surgimiento de los estados de bienestar durante la posguerra. Así, es común escuchar que se enarbola la cláusula del “estado social de derecho” como oposición al “estado subsidiario”, entendido en clave abstensionista. Es bueno recordar que tal dicotomía no es correcta. Tanto el “estado social de derecho”, como el “estado subsidiario” son cláusulas de textura abierta que ofrecen criterios y fundamentos para una decisión, pero no entregan una sola respuesta al enfrentarlas a la definición del rol del Estado. En consecuencia, bajo la cláusula del “estado social de derecho” también es posible que se promueva la participación de las organizaciones de la sociedad civil en los asuntos públicos, cuestión que dependerá del contenido y alcance que se le reconozca”¹¹³.

Una de las aspiraciones, entonces, de determinados sectores, sería alcanzar un Estado de Bienestar, en el que se mezclan conceptos como la universalidad, la gratuidad y la provisión pública de las prestaciones sociales. Sin embargo, ese camino, incluso en países más ricos que Chile, se ha hecho incontrolable. La gratuidad conlleva una demanda descontrolada (a precio cero, demanda infinita, sobre todo cuando se trata de bienes de demanda inelástica como la salud); la universalidad implica el desaprovechamiento de la cooperación individual; y la provisión pública no sólo tiene los problemas de gestión antes mencionados, sino

111. Véase en <https://ceoworld.biz/2021/04/27/revealed-countries-with-the-best-health-care-systems-2021/>

112. Zúñiga, Francisco. “Nueva Constitución y Operación Constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la Asamblea Constituyente”. Estudios Constitucionales, vol. XI, N° 1, 2013. P. 4. Citado en Fernandois, Arturo. “El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. P. 214. Disponible en <http://www.fernandois.cl/wp-content/uploads/2018/07/El-mito-de-la-constitucion-neoliberal-Derechos-sociales-en-la-jurisprudencia-del-TC.pdf>

113. Ovalle, Alejandra y Soto, Sebastián. “Sociedad Civil y Constitución. Ideas para el Debate”. Centro UC Políticas Públicas, mayo 2021. P. 21. Disponible en https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2021/06/Sociedad-Civil-y-Constitucion%CC%81n_VF-1-1.pdf

el hecho de que las prestaciones de carácter social se han transformado en un elemento de competencia entre los partidos políticos que intentan obtener votos en las elecciones¹¹⁴.

Ahora bien, las demandas por mejores prestaciones sociales son reales, y en su correcto abordamiento hoy en día se juega la justificación o legitimación del poder del Estado¹¹⁵, pues el descontento a la labor de éste es generalizado, se lo ve como un ente incapaz de dar seguridad a las personas en sus momentos de fragilidad¹¹⁶. Sin embargo, la respuesta a las demandas no tiene porqué ser avanzar hacia un Estado prestacional.

Es necesario dar una solución constitucional a los problemas sociales -sin desconocer que son las políticas públicas las que en efecto conseguirán una respuesta real-, pues es lo que espera la ciudadanía de la Nueva Constitución. Por ello se puede avanzar hacia un Estado garante, que no requiere de realizar prestaciones materiales directas -para lo cual no dispone de los mejores medios o conocimientos, que sí se encuentran en la sociedad civil-, sino, en cambio, que garantiza que “sus cometidos se [realicen] ahora adecuadamente, con los niveles de objetividad, accesibilidad y calidad exigibles, por los agentes privados que disponen de los medios. El Estado ha de mantener en lo posible, garantizar, sus fines sin

disponer de los medios e instrumentos que tenía hasta tiempos recientes”¹¹⁷. Lo importante, como se ha repetido muchas veces con diferentes intencionalidades, no es quién entrega la prestación, sino que la necesidad se vea satisfecha. ¿Por qué no hacer del Estado uno eficiente en el uso de recursos y que aproveche las fortalezas del mundo privado para resolver los problemas sociales?

La respuesta que aboga por el fortalecimiento del sector público, por el hecho de ser público, es una completamente ideologizada que no pone al centro a las personas y a sus necesidades. El camino que aquí se plantea, en cambio, es capaz de compatibilizar los derechos y libertades de las personas para avanzar hacia el bien de todos y cada uno.

Es hacia donde avanza también el resto del mundo. En la Carta Social Europea cada uno de los Estados miembros se ha comprometido a alentar la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas en la creación o el mantenimiento de los servicios (Art. 14, segundo párrafo). En la Constitución española se propicia a la interacción entre el Estado y la sociedad, a la interpenetración de lo público con lo privado¹¹⁸.

La nueva Constitución, en concreto, debe seguir reconociendo el derecho y la libertad de asociación, con de-

114. Medina, Manuel. “El debate de lo público y lo privado en Servicios Sociales”. P. 97. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/16359366.pdf>

115. Medina, Manuel. “El debate de lo público y lo privado en Servicios Sociales”. P. 107. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/16359366.pdf>

116. Tenemos que hablar de Chile (2021): “Un país que se piensa y proyecta: diez hallazgos desde un Chile a escala”. Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad de Chile, Santiago. P. 35 y 36. En “Lineamientos y Propuestas para una Nueva Constitución”. P. 30. Disponible en <https://lyd.org/wp-content/uploads/2021/10/LINEAMIENTOS-Y-PROPUESTAS-PARA-UNA-NUEVA-CONSTITUCION-version-final.pdf>

117. Garrido, Andrea. “La iniciativa privada en la gestión de los servicios públicos: especial atención al ámbito social”. Documento para su presentación en el IV Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP-IUIOG. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 23 y 24 de septiembre de 2013. P. 2 y 3.

118. Garrido, Andrea. “La iniciativa privada en la gestión de los servicios públicos: especial atención al ámbito social”. Documento para su presentación en el IV Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP-IUIOG. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 23 y 24 de septiembre de 2013. P. 4 y 5.

beres explícitos al Estado de promover la asociatividad por diversos medios. Además, se debe reconocer la autonomía de los cuerpos de la sociedad civil, de las familias y demás organizaciones, que incluya el poder perseguir sus propios fines y disponer de los medios para ello. Al mismo tiempo, reconociendo su libertad, es necesario que asuma también su responsabilidad en la materialización del bien común.

Otro elemento fundamental es que el Estado debe promover la libertad de las personas en la forma en que satisfacen sus respectivas necesidades, aceptando que las personas puedan contribuir en su materialización, como también apoyando a quienes decidan por

diferentes opciones¹¹⁹. Junto a lo anterior, el Estado debe no sólo reconocer, sino también cooperar con quienes contribuyan a la solución de problemas de carácter social, sin intentar suplantar a la sociedad civil ni absorber su labor, aunque también ser capaz de poner los medios cuando sea necesario si desde la sociedad, una necesidad pública no se soluciona en forma suficiente o adecuada. La cooperación entre la sociedad civil y el Estado se debe extender a todo ámbito, incluyendo las necesidades sociales, bajo los principios de subsidiariedad, solidaridad y bien común, exceptuándose solamente las funciones constitucionales del Estado, defensa nacional y las relaciones exteriores¹²⁰.

119. La libertad de elección incluso se contempla en la propuesta de reforma constitucional presentada por la ex Presidenta Michelle Bachelet (Mensaje Presidencial, ingresado por el Senado, Boletín N°11627-07, de fecha 6 de marzo de 2018. "Para modificar la Constitución Política de la República". Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76296/1/Mensaje%20Pdta.Bachelet.pdf>

120. "Lineamientos y Propuestas para una Nueva Constitución". P. 31 a 33. Disponible en <https://lyd.org/wp-content/uploads/2021/10/LINEAMIENTOS-Y-PROPUESTAS-PARA-UNA-NUEVA-CONSTITUCION-version-final.pdf>

6. CONCLUSIÓN

El debate sobre los derechos sociales suele ser monopolizado por un sector político que promueve como solución a las dificultades para su satisfacción, el crecimiento del rol del Estado. Si se reflexiona sobre el asunto, es absolutamente contraintuitivo cuando la gran frustración que manifiestan las personas es por la calidad y oportunidad, muchas veces deficiente, de los servicios que el mismo sector público entrega, comparándolo con la atención que reciben aquellos que pueden recurrir al sector privado.

Efectivamente no debe existir sólo una preocupación social sino una ocupación social para hacerse cargo de las necesidades de las personas que se requieren para el respeto de su dignidad y, como sociedad mayor, el Estado tiene como deber dar una respuesta. Sin embargo, no puede ser perpetuando o aumentando sus deficiencias, sino a través de la implementación de mecanismos que permitan hacer eficiente el uso de recursos públicos para evitar el gasto descontrolado -que a la larga termina

perjudicando a la propia población beneficiaria-, la mal utilización política de las necesidades sociales -como herramientas de campaña de los sectores políticos-, las trabas burocráticas en la entrega de las prestaciones, etc. Pero, ¿cuál es entonces la alternativa? La explotación de los beneficios que entrega la provisión privada de los derechos sociales, a través de diversos medios. Es decir, dar libertad a las personas para poder destinar sus recursos a la satisfacción de sus necesidades sociales y no estar cautivas en la provisión pública; que puedan acceder, si así lo desean, a las ofertas entregadas por los particulares, ya sea directamente cumpliendo sus propios fines o como colaboradores del sector público, con o sin la ayuda estatal. Esto no es la “privatización” de las necesidades sociales, como algunos se han referido para denostar la participación de la sociedad civil, sino la confluencia de las fuerzas existentes en la sociedad para resolver problemas que como sociedad se consideran importantes. “[La] inmensa mayoría de las tareas de bienestar social monopolizadas por los poderes públicos podrían ser

desempeñadas por la sociedad civil, lo que no sólo sería más eficaz, sino que además contribuiría a fortalecer los cimientos morales sobre los que reposa una sociedad libre: la responsabilidad individual, la solidaridad natural y la cooperación voluntaria”¹²¹.

“Como no es lícito quitar a los individuos lo que ellos pueden realizar con sus propias fuerzas o industrias para confiarlo a la comunidad, de la misma manera es injusto, y además gravemente perjudicial y perturbador para el recto orden social, entregar a una sociedad mayor y más elevada aquellas cosas que las comunidades menores e inferiores pueden hacer, porque cualquier acto social, por su propia fuerza y naturaleza, debe servir de ayuda a los miembros del cuerpo social, pero nunca destruirlos ni absolverlos”¹²².

Todos estos elementos deben permanecer y profundizarse en la eventual nueva Constitución Política que nos rija, pues el poder o las mayorías políticas de cada época, lo deben tener a la vista para que en su definición del límite entre lo público y lo privado se alcance, por un lado, la mayor efectividad, como también el mayor respeto de los derechos y libertades. La respuesta pue-

de ser distinta en cada sector, con mayor participación privada o también con mayor despliegue por parte del Estado, pero excluyendo de las opciones a aquellas que impidan ser actores sociales a empresas, fundaciones y personas particulares por el sólo hecho de que lo que se entrega son bienes considerados sociales. En cualquier escenario, no obstante, no se puede olvidar el rol rector del Estado para poder alcanzar efectivamente los fines públicos definidos en democracia. Así, el principio de subsidiariedad aplicado a todos los campos y no sólo a lo empresarial, el principio de solidaridad, el derecho de asociación y el reconocimiento de la autonomía social, el respeto a los grupos intermedios de la sociedad y el reconocimiento de su participación en alcanzar las metas sociales para obtener el bien común, los deberes del Estado de respetar y promover la libertad de las personas, incluida la libertad de elección en la satisfacción de sus respectivas necesidades y la posibilidad de que el Estado apoye su financiamiento, la prohibición del monopolio estatal en la satisfacción de bienes públicos¹²³, deben ser elementos que no se dejen atrás en la redacción de una nueva Carta Fundamental para la mejor protección de cada miembro de la sociedad.

121. Medina, Manuel. “El debate de lo público y lo privado en Servicios Sociales”. P. 98. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/16359366.pdf>

122. Pío XI. “Cuadragésimo año”. N° 79. En San Francisco, Alejandro. “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”. Revista Chilena de Derecho, Volumen 19 N°13, 1992. P. 528. Disponible en <https://www.fjguzman.cl/wp-content/uploads/2017/07/1992-Subsidiariedad-educacion-ASFR.pdf>

123. Ovalle, Alejandra y Soto, Sebastián. “Sociedad Civil y Constitución. Ideas para el Debate”. Centro UC Políticas Públicas, mayo 2021. P. 27. Disponible en https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2021/06/Sociedad-Civil-y-Constitucion%CC%81n_VF-1-1.pdf

7. BIBLIOGRAFÍA

- Bertelsen, Raúl. *“En Defensa de la Constitución”*. Thomson Reuters, Chile, 2020.
- Cea, José Luis. *“Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías”*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004.
- Cea, José Luis. “Descubriendo el Futuro de Nuestra Sociedad Estatal”, XX. *Revista Chilena del Derecho* N° 2-3, Tomo I, 1993. P. 209. Citado en Cea, José Luis. *“Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías”*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004.
- Eyzaguirre, Sylvia. *“La Constitución y los derechos sociales: el límite de la democracia”*. Centro de Estudios Públicos, Puntos de Referencia, Edición Online N°472, noviembre 2017. Disponible en https://www.cep-chile.cl/cep/site/docs/20171130/20171130163040/pder472_seyzaguirre.pdf
- Fernandois, Arturo. *“El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. Disponible en <http://www.fernandois.cl/wp-content/uploads/2018/07/El-mito-de-la-constitucion-neoliberal-Derechos-sociales-en-la-jurisprudencia-del-TC.pdf>
- Garrido, Andrea. *“La iniciativa privada en la gestión de los servicios públicos: especial atención al ámbito social”*. Documento para su presentación en el IV Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP-IUIOG. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 23 y 24 de septiembre de 2013.
- González, Juan Andrés. *“Los derechos sociales: la nueva tradición constitucional y sus problemas”*. *Derecho Público Iberoamericano*, N°12, abril de 2018. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/%20view/91/83>
- Guiteras, Àngels. *“La relación entre público y privado en los Servicios Sociales: el papel del Tercer Sector”*. Cuadernos de Trabajo Social, Volumen 25-1, 2012. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/38813291.pdf>
- “Lineamientos y Propuestas para una Nueva Constitución”*. Disponible en <https://lyd.org/wp-content/uploads/2021/10/LINEAMIENTOS-Y-PROPUESTAS-PARA-UNA-NUEVA-CONSTITUCION-version-final.pdf>
- Locatelli, Rita. *“La educación como bien público y común. Reformular la gobernanza de la educación en un contexto cambiante”*. *Perfiles Educativos*, Volumen 40, N°162,

Ciudad de México, octubre/diciembre de 2018. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-26982018000400178#B72

Martínez, José Ignacio. “Los Derechos Sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional”. Nomos, Universidad de Viña del Mar, N°2, 2008. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/02.275-290.Martinez.pdf>

Medina, Manuel. “El debate de lo público y lo privado en Servicios Sociales”. P. 120. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/16359366.pdf>

Mensaje Presidencial, ingresado por el Senado, Boletín N°11627-07, de fecha 6 de marzo de 2018. “Para modificar la Constitución Política de la República”. Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76296/1/Mensaje%20Pdta.Bachelet.pdf>

Nehme, Karim. “El principio de subsidiariedad en la Constitución Política de la República y su aplicación en materia de derechos sociales”. Trabajo de Memoria dirigido por Christian Viera Álvarez, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, Valparaíso-Chile, 2014. P. Disponible en http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-3500/UCC3776_01.pdf

Ovalle, Alejandra y Soto, Sebastián. “Sociedad Civil y Constitución. Ideas para el Debate”. Centro UC Políticas Públicas, mayo 2021. Disponible en https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2021/06/Sociedad-Civil-y-Constitucion%CC%81n_VF-1-1.pdf

Pérez de Arce, Hermógenes. “La Educación es un Bien de Capital”. El Mostrador, 18 de junio de 2021. Dis-

ponible en <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2013/06/18/la-educacion-es-un-bien-de-capital/>

Prieto, Luis. “Los derechos sociales como derechos fundamentales”. Disponible en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Prieto%20Sanchi%CC%81s.pdf>

Salazar, Sebastián. “Fundamentación y estructura de los derechos sociales”. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 26 N°1, Valdivia, julio de 2013. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100004

San Francisco, Alejandro. “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”. Revista Chilena de Derecho, Volumen 19 N°13, 1992. Disponible en <https://www.fjguzman.cl/wp-content/uploads/2017/07/1992-Subsidiariedad-educacion-ASFR.pdf>

Schalper, Diego. “Derechos sociales: una visión alternativa”. Raíces, Idea País. Disponible en <https://ideapais.cl/wp-content/uploads/2020/08/Derechos-Sociales-una-visión-alternativa.pdf>

Otros enlaces:

Página de Ceoworld Magazine. <https://ceoworld.biz/2021/04/27/revealed-countries-with-the-best-health-care-systems-2021/>

Página de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/home>

Página institucional de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). <https://www.oecd.org/acerca/>