

# Puntos de Referencia

Edición online  
N° 472, noviembre 2017

## La Constitución y los Derechos Sociales: El límite de la democracia

**Sylvia Eyzaguirre**

Existe una creciente demanda de un sector de la ciudadanía por ampliar los derechos sociales contemplados en nuestra Constitución<sup>1</sup>. Esta tendencia a maximizar la Constitución está en línea con lo que ha venido sucediendo en otros países latinoamericanos como Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Venezuela<sup>2</sup>. El principal problema de las constituciones maximalistas no radica, en primer lugar, en las dificultades a que se ven enfrentados los gobiernos para materializar los derechos constitucionales, sino en la reducción de la esfera democrática. A continuación, intentaré mostrar con mayor detalle en qué consiste este dilema.

Según la Real Academia Española de la Lengua, la palabra “constitución” en su cuarta acepción significa “ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política”. En términos simples, la Constitución es el marco normativo de una nación, que establece el

rayado de cancha donde se juega la democracia. Si bien es cierto que las dictaduras pueden tener una Constitución, ésta no es consustancial a ellas, mientras que sí lo es para la democracia<sup>3</sup>.

La Constitución determina la organización política de un Estado, dándole forma a éste, al gobierno y al sistema político, y establece las libertades, derechos y deberes de los ciudadanos. Además, una Constitución democrática fija el origen de la soberanía en el pueblo y los mecanismos de participación y representación política.

La Constitución tiene una jerarquía distinta al resto de las leyes que componen nuestro marco jurídico, pues ella es la condición de posibilidad para la creación de leyes. En la introducción de *Diálogos Constitucionales* (2015), se caracteriza a la Constitución como aquello que “instituye y legitima el poder político (contesta a la pregunta por qué hemos de

.....  
**Sylvia Eyzaguirre.** Investigadora del Centro de Estudios Públicos.

Este texto fue escrito en el marco de los Diálogos Constitucionales que organizó la Facultad de Economía y Negocios en la Universidad de Chile y que me tocó participar junto con Felipe Kast y Fernando Atria. Agradezco los comentarios de Lucas Sierra. Los eventuales errores son de mi exclusiva responsabilidad.

<sup>3</sup> El Reino Unido no cuenta con un documento específico constitucional, sino que la Constitución se compondría de diversas leyes, costumbres y usos.

<sup>1</sup> Ver Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018, accesible en: <http://michellebachelet.cl/programa/>, en particular p. 33.

<sup>2</sup> Ver la página web Comparative Constitutions Project. Informing Constitutional Design, en: <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>

obedecer) y, también, traza una diferenciación clara entre aquello que es público y aquello que cae en la esfera social e individual (responde a la pregunta hasta dónde hemos de obedecer). En consecuencia, si ella tiene vocación de ser respetada, su principal tarea es legitimar el orden político, fijando las instituciones conforme a las cuales se deciden los asuntos políticos, se toman las decisiones colectivas fundamentales y, al mismo tiempo, definir hasta dónde se puede gobernar, es decir, cuáles son los límites que todo poder constituido democráticamente debe respetar”<sup>4</sup>.

Dado el carácter fundamental que tienen los asuntos que están en juego en una Constitución, es importante que estos gocen de una amplia legitimidad ciudadana. De ahí también la necesidad de proteger este acuerdo de mayorías simples. Así las condiciones que se requieren para modificar la Constitución, que por lo general exigen un *quorum* mayor que el cincuenta por ciento más uno, están contempladas en la propia Constitución. Esta rigidez garantiza una cierta estabilidad y busca proteger de mayorías simples futuras los asuntos fundamentales en torno a los cuales existe, al inicio, un gran acuerdo. Es decir, el propio fundamento de la democracia busca protegerse de la democracia que funda. De esta manera, la Constitución delimita la esfera propia de la deliberación democrática de la otra esfera fundacional, que se resiste a dicha deliberación.

¿Por qué es importante esta distinción? Precisamente porque no podemos perder de vista que todo aquello que se incluya en la Constitución quedará fuera de la esfera de la deliberación democrática donde cada voto vale lo mismo. Por cierto, ello no significa que la Constitución no pueda modificarse. Lo que se busca es que los cambios que se introduzcan gocen de la misma masiva legitimidad

que tenían los aspectos a cambiar cuando fueron promulgados. Pero es evidente que los asuntos que están considerados en la Constitución quedan protegidos de los gobiernos de turno, quedando fuera de la esfera democrática propiamente tal.

Dado que una democracia aspira a que la Constitución goce de legitimación universal por parte de la ciudadanía; entre menos contenido ésta tenga, mayores son sus posibilidades de gozar de una legitimidad transversal. Por el contrario, entre más aspectos abarque la Constitución, menor es la probabilidad de acuerdo. Así, debemos preguntarnos, por una parte, cuáles son los aspectos que gozan de un amplio consenso y cuáles carecen de dicho consenso y, por otra parte, qué aspectos son fundamentales de proteger y cuáles dejaremos al arbitrio de las mayorías. No todos los aspectos que gozan de amplios acuerdos deben ser necesariamente protegidos de mayorías circunstanciales, así como tampoco existe consenso sobre todos los aspectos que se consideran fundamentales de proteger.

Volviendo al tema que nos convoca, ¿qué rol juegan los derechos sociales?

Los derechos sociales no se fundan en la naturaleza humana, sino que son una convención, un acuerdo social y emanan de la ley. Los derechos sociales son derechos que tienen los habitantes de un país relativos a servicios y bienes necesarios para una vida digna. Los derechos sociales están contemplados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>5</sup>. En dicho documento se enumeran los siguientes derechos sociales: la seguridad social (desempleo, invalidez, enfermedad, maternidad, jubilación), derechos laborales (al trabajo, remuneración, descanso y vacaciones), derecho a la salud, educación, alimentación, vestido y vivienda, y por último derecho al acceso a la cultura.

<sup>4</sup> Lucas Sierra (editor), *Diálogos Constitucionales*, Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2015, p. 12.

<sup>5</sup> Ver ONU (1948), Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Constitución actual contempla una serie de derechos sociales. En su artículo primero establece que el Estado “debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”. Esta declaración de principio 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 es parte de la deliberación democrática.

Ahora bien, esta amplia declaración de principio se complementa con el capítulo III de la Constitución, donde se establecen los derechos y deberes constitucionales. En relación con los derechos sociales constitucionales, el artículo 19, numeral 9°, establece el derecho a la protección de la salud<sup>6</sup>, en el numeral 10° el derecho de educación<sup>7</sup>, en el 16° el derecho a la libertad de trabajo y su protección<sup>8</sup>, y en el numeral 18° el derecho a la seguridad social<sup>9</sup>.

.....  
<sup>6</sup> “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. [...] Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

<sup>7</sup> “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 básica. 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. [...]”.

<sup>8</sup> “Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. [...] 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. [...]”.

<sup>9</sup> “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”.

Si bien aquí se enumeran los ámbitos donde el Estado está obligado a intervenir para contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a los ciudadanos una vida digna, no se especifica la extensión de estos derechos ni la forma en que se deben materializar, quedando estas definiciones en el ámbito de acción del Poder Ejecutivo y Legislativo.

Por ejemplo, el monto del salario mínimo, las prestaciones de salud, el porcentaje de la remuneración que se debe destinar a las cotizaciones en la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) y seguros de salud, están actualmente establecidas por ley, pero no en la Constitución. Estas materias pertenecen hoy a la esfera de la deliberación política y forman parte de un conjunto de materias sobre las cuales los distintos aspirantes a la presidencia del país toman posición. Introducir estos asuntos en la Constitución supone, primero, quitar estos asuntos de la esfera de deliberación democrática diaria, es decir, estos asuntos dejan de ser parte de aquellas materias que se deciden a través de la votación popular en la elección del gobierno o, al menos, se vuelven menos accesibles al exigir un mayor número de votos que la simple mayoría. Además, constitucionalizar los derechos sociales supone un acuerdo mayoritario sobre estos asuntos, acuerdo que no es fácil de conseguir, pues la inclusión o no de estos derechos responden a posiciones políticas divergentes (izquierda y derecha). Por último, agregar estas determinaciones en la Constitución denota la necesidad de rigidizar estos asuntos, poniendo barreras para su modificación (*quorum* supramayoritario). Sin embargo, el beneficio de esta rigidez no es en absoluto evidente. El porcentaje obligatorio de las cotizaciones así como el monto del sueldo mínimo son asuntos que dependen de factores que son dinámicos, como por ejemplo la situación económica del país, la esperanza de vida, los avances en salud, etc.

Quienes abogan por avanzar hacia un Estado de bienestar deben reflexionar si es razonable que esa preferencia personal permanezca en la esfera del Poder Ejecutivo y el Congreso, cuya materialización dependería de mayorías simples, o, por el contrario, si debe quedar plasmada en la Constitución, restringiendo de forma importante el campo deliberativo de los gobiernos de turno. Sin duda, la desventaja de la primera opción, para quienes están a favor de un Estado de bienestar, es que la materialización de dicho Estado dependería del gobierno de turno; la desventaja de la segunda opción, por otra parte, es que podría quedar establecido en la Constitución un Estado que impida avanzar hacia un Estado de bienestar. Así, la desventaja de la primera alternativa se vuelve una ventaja cuando contemplamos otras alternativas que no son de nuestro agrado, a saber, que la precaria condición de los asuntos que quedan fuera de la definición constitucional permiten que ninguna posición gobierne independientemente de las elecciones populares, que las distintas tendencias democráticas tengan la oportunidad de gobernar y definir su agenda con holgura, sin estar amarrados por la Constitución.

Asimismo, la judicialización de los derechos sociales también repercute en el estrechamiento de la esfera democrática.

Los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado el cumplimiento de las garantías que contempla la Constitución. Una de las formas de exigir el cumplimiento de estas garantías es demandando al Estado por incumplimiento de sus deberes. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en Colombia, donde miles de personas han interpuesto demandas al Estado por incumplimiento de las garantías constitucionales y los jueces han fallado a favor de los ciudadanos.

Si la razón del incumplimiento de las garantías constitucionales por parte del Estado es la falta de

recursos, entonces la judicialización de estos derechos puede llevar al Estado a la banca rota. Si éste pierde los juicios y se ve obligado a solventar las garantías establecidas en la Constitución, además de las costas e indemnizaciones que establecen los jueces, es posible que se llegue a un punto en que las arcas fiscales no sean suficientes. Por otra parte, la judicialización introduce discriminaciones que no son aceptables. En general, los grupos con mayor capital cultural son los más organizados y cuentan con mayor acceso a la información, mientras que los más desposeídos tienen mayores dificultades para acceder a información y al sistema judicial para exigir el cumplimiento de sus derechos. Así, si el Estado sólo cumple con las garantías sociales de quienes se querellan en su contra, ello podría significar que sólo un grupo de personas se vería beneficiado, mientras que el resto de los ciudadanos saldría perjudicado. Esta es una discriminación inaceptable, especialmente cuando son los grupos más desaventajados los que tienen las mayores barreras para exigir el cumplimiento de sus derechos.

Con todo, el mayor problema de la judicialización tiene relación con la vulneración del gobierno y con ello de la democracia. Los jueces y no el Poder Ejecutivo y Legislativo tendrían control sobre el presupuesto del Gobierno y en los hechos los jueces incidirían en la configuración de las políticas públicas necesarias para materializar el cumplimiento de los derechos constitucionales que ordenan al Estado cumplir.

- (c) Se afirma que estos DESC [derechos económicos, sociales y culturales] al ser justiciables lesionan seriamente el gobierno mayoritario, en la medida que dejan al margen del parlamento los principales bienes públicos que los Estados y la sociedad civil deben producir y adjudicar democráticamente (salud, vivienda, trabajo, previsión, cultura) para distribuirlos conforme a "derechos" definitivos.*
- (d) La "justiciabilidad" de los DESC atribuye una*

*verdadera función democrática a los jueces sin la responsabilidad que supone administrar y responder por el presupuesto público ante los ciudadanos, incidiendo en las prioridades públicas en relación con necesidades sociales. [...] (f) La “justiciabilidad” de estos derechos posee un importante problema: hace que los jueces se involucren para determinar el presupuesto público sobre la base de “derechos”, al margen de la democracia y de los recursos necesarios para solventarlos. Debido a la escasa legitimidad, transparencia y responsabilidad del Poder Judicial, la adjudicación en estas materias se vuelve “toma y daca”. Como es obvio, estos derechos reclaman una mayor intervención estatal que cualquier otro derecho, compiten con todos los bienes y objetivos del Estado que debe realizar, y si poseen tutela judicial constitucional implican incidencia judicial en la configuración de las políticas públicas*<sup>10</sup>.

En la actualidad, existen múltiples ejemplos de países que han caído en la judicialización de los derechos<sup>11</sup>. Tal vez el más emblemático es el caso de Colombia. La corte en Colombia en múltiples ámbitos ha ordenado al Estado costear bienes y servicios que no están contemplados en las leyes. Por ejemplo, ordenó el reembolso de los gastos de un tratamiento de salud en el extranjero, dada la gravedad de la condición de salud del paciente, la falta de recursos del paciente y el hecho de que en Colombia no se ofrece dicho tratamiento<sup>12</sup>. Asimismo, ha ordenado a las aseguradoras cubrir tratamientos o remedios que se encuentran excluidos por ley del plan obligatorio de salud<sup>13</sup>.

El Estado de Derecho y la división de poderes, que son esenciales a un régimen democrático, exigen un Poder Judicial, independiente, que vele por el cumplimiento de la Constitución y las leyes, tanto

de parte del Estado (poder ejecutivo y legislativo) como de los ciudadanos. Al estar su legitimidad fundada en la Constitución y no en la voluntad popular, se vuelve problemático cuando un órgano del Estado que no representa ninguna facción de la sociedad se involucra en asuntos que son propios del Poder Ejecutivo y Legislativo, y cuya definición debería estar en manos de la ciudadanía. El problema que surge, según Aninat, es “cómo evitar que el control judicial se transforme en un control político, transformando al Poder Judicial en el foro donde se deciden políticas públicas. Esto en atención a dos argumentos: la falta de legitimidad respecto de las cortes frente al Poder Legislativo y su falta de capacidad técnica frente al Poder Ejecutivo”<sup>14</sup>.

La judicialización de los derechos sociales conlleva una reducción de la esfera democrática, en palabras de Aninat:

*Como señala Sunstein, el activismo judicial para proteger derechos económicos, sociales y culturales puede tener el efecto de impedir o comprometer la deliberación política en sus asuntos cruciales, porque socavaría la capacidad de los ciudadanos de elegir, según sus propios intereses, el tipo de bienestar y los programas sociales que los benefician. O como dice Waldron, el involucramiento de jueces en decisiones de política pública demuestra una desconfianza hacia la democracia y hacia cómo la ciudadanía resuelve sus asuntos colectivos. Evitar que el control judicial se transforme en un control político busca precisamente resucitar la política representativa como un instrumento válido de cambio social, de la política como deliberación y elección de cambios sociales, económicos y valóricos*<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>11</sup> Argentina, Brasil, Colombia, India, Sudáfrica, etc.

<sup>12</sup> Ver Corte de Colombia, T/65/95 y SU 8/9/99.

<sup>13</sup> Ver Corte de Colombia, T 067/94, T328/98, T77/99, T636/01.

<sup>14</sup> Aninat, Isabel. Presentación en “Conferencia Internacional: Adjudicación de Controversias Ambientales”, Tercer Tribunal Ambiental (5 y 6 de noviembre, 2015). Valdivia, p. 5.

Accesible en: <http://www.tercertribunalambiental.cl/adjudicacion/>

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 5 y 6.

Además de la reducción de la esfera democrática, la ampliación de la cobertura de los derechos sociales en la Constitución acarrea otro problema: las dificultades económicas para materializar los derechos.

En primer lugar, no basta con incluir un derecho social dentro de la Constitución para que tal derecho se materialice. La materialización de los derechos sociales depende en gran parte de la situación económica del Estado. Países con un Producto Interno Bruto (PIB) bajo, con un alto porcentaje de pobreza extrema, están en difíciles condiciones de garantizar derechos sociales que aseguren una vida digna. Si comparamos las garantías sociales de los distintos países, observamos que el factor que mejor predice la materialización de los derechos sociales es la situación económica del país y no el número de derechos sociales que contempla su Constitución. De hecho, los diez países con mayor número de derechos en la Constitución son Ecuador, Serbia, Bolivia, Portugal, Cabo Verde, Venezuela, Armenia, México, Angola y Brasil, que se caracterizan, en general, por su pobreza<sup>16</sup>; mientras que Australia, Francia, Austria y Singapur, que se destacan por ser Estados de Bienestar, se encuentran dentro de los diez países con menos derechos establecidos en la Constitución<sup>17</sup>.

En Chile también tenemos experiencia en este respecto. En 2013, se aprobó una modificación a la Constitución con unanimidad, que garantizaba educación gratuita universal a partir del nivel medio menor (este nivel comprende niños a partir de los dos años de edad), pero que aún no se materia-

liza. El gobierno envió ese mismo año un proyecto de ley para cumplir con dicha garantía, que creaba una subvención por alumno. Han pasado casi cuatro años de esa modificación a la Constitución y el Estado no sólo continúa sin cumplir con esa garantía, sino que además el gobierno actual no ha hecho ningún esfuerzo por satisfacer este derecho universal que impone la Constitución.

Además, algunos de los bienes y servicios necesarios para garantizar algunos derechos sociales, como por ejemplo en el área de la salud, son elásticos y no tienen un punto final de satisfacción<sup>18</sup>. En este sentido, ningún país, por rico que sea, podría asegurar amplias garantías de derechos económicos, sociales y culturales sin depender en parte del esfuerzo individual.

Así, la expansión de los derechos sociales en la Constitución parece ser un asunto más bien retórico, estético, que responde a una declaración de intenciones, y no un asunto jurídico, donde se establece el compromiso del Estado con su ciudadanía. Por cierto, entre más extensas y ambiciosas sean las garantías que se establecen, más evidente resulta el carácter fantástico de dicha Constitución, especialmente para países subdesarrollados o en vías de desarrollo, cuyos recursos no alcanzan para financiar un Estado de bienestar como el de los países nórdicos o de Europa occidental.

Se podría argumentar que no hay nada de malo en el hecho de que nuestra carta fundamental sea una declaración de intenciones, que revele un espíritu solidario, que busca proteger a la sociedad en su conjunto de las vicisitudes de la vida. El problema, empero, reside en que si la Constitución contempla algunos derechos que son imposibles de cumplir, entonces ¿cómo obligamos al Estado a cumplir con los otros derechos, cuya materialización es funda-

<sup>16</sup> Portugal y Serbia son los países dentro de este grupo con mayor ingreso per cápita, pero pertenecen al grupo de países con menos recursos económicos de la Unión Europea.

<sup>17</sup> Ver Comparative Constitutions Project. Informing constitutional Design, en: <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>. Una regresión simple de 126 países muestra que no existe correlación entre número de derechos sociales protegidos en la Constitución y el índice de bienestar social del país (de hecho la correlación es negativa, pero cercana a cero).

<sup>18</sup> Ver Sierra, L. (editor). *Diálogos Constitucionales*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2015, p. 93.

mental para la vida en comunidad? Si el Estado puede no cumplir con un derecho garantizado en la Constitución, como por ejemplo entregar educación superior gratuita para todos, entonces, ¿qué herramientas tienen los ciudadanos para obligar al Estado a cumplir sus obligaciones, a saber, no sólo garantizar el derecho a la educación superior universal y gratuita, sino también a respetar el derecho a la vida, el derecho a la libertad de pensamiento, de libre asociación, etc.? El incumplimiento permanente por parte del Estado de los derechos constitucionales debilita y pone en riesgo el Estado de derecho, que es la base de una democracia. En este sentido, sería conveniente reemplazar la retórica de derechos por una de principios u objetivos, que orientan la política del Estado sin amarrarle las manos.

Incluir o no los derechos sociales en la Constitución no es un debate entre quienes prefieren un Estado de bienestar o uno subsidiario, sino, en el fondo, entre quienes prefieren gozar de un mayor espacio para la deliberación democrática y quienes prefieren restringirlo en una determinada dimensión. Estar en contra de incluir los derechos sociales en la Constitución no significa estar en contra de los derechos sociales *per se*. Perfectamente puede suceder que alguien, cuya opción política se identifique con una social democracia, considere que la materialización de los derechos sociales debe depender de las mayorías simples y no estar amarrada a una Constitución, que en el tiempo resulta difícil de desamarrar. Este problema se agudiza aún más en el escenario actual de crisis de representación. En esta línea, el abogado constitucionalista Correa Sutil, en su "Propuesta inicial de derechos constitucionales", afirma que,

*uno de los desafíos más serios que tiene el sistema democrático es cómo hacer que la ciudadanía se apropie, haga suyos y perciba como legítima la forma en que resolvemos nuestros asuntos colec-*

*tivos y particularmente cómo se resuelven a través de leyes. Pienso que nuestro principal problema constitucional, el principal problema de cómo nos constituimos políticamente, es que muchos entienden que ese es negocio de unos pocos, de los políticos, a quienes miran con recelo, como una "clase" diferente. Hacer que este asunto nos pertenezca a todos es el desafío*<sup>19</sup>.

Entre mayor es el ámbito que dejamos a la deliberación democrática, mayor es el espacio de libertad de acción que otorgamos a los gobiernos y con ello a nosotros mismos. Sin duda que entre más libertad nos concedamos, mayores son los grados de responsabilidad que adquirimos. Pero, ¿dónde radica entonces la dignidad del ser humano, si no es en su autonomía, libertad y responsabilidad? **PdR**

<sup>19</sup> Correa Sutil, J. "Propuesta inicial de derechos constitucionales", en: Sierra, L. (editor). *Propuestas Constitucionales*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2016, p. 22.