

## Capítulo décimo segundo

### Estado social y derechos sociales en el Anteproyecto de la Comisión Experta: un modelo de Estado en perspectiva social

Tomás JORDÁN DÍAZ

SUMARIO: I. *Antecedentes: el largo y pedregoso camino hacia una nueva Constitución.* II. *«El Estado en perspectiva social» como un modelo de Estado posible.* III. *El acuerdo de la Comisión de Expertos en materia de derechos sociales: un modelo de Estado en perspectiva social.* IV. *Conclusiones.*

407

#### I. Antecedentes: el largo y pedregoso camino hacia una nueva Constitución

La discusión constitucional chilena en 2022 y 2023 tuvo una discusión de fondo sobre el tipo de Constitución que se quería y los alcances de ella. Este punto fue evadido continuamente en los primeros años de la discusión sobre una nueva Constitución (2013-2018) pero, luego del Estallido Social y la elección de la Convención Constitucional, la pugna sobre los contenidos constitucionales se hizo presente generando tensiones que daban cuenta de la falta de acuerdos sustanciales en diversas materias, entre ellas, sobre el sistema de derechos sociales y el modelo de Estado.

El modelo de Estado y cómo los derechos sociales ejecutan tal definición estatal aterrizó en la discusión de la Comisión Experta y en el Consejo Constitucional. El derrotero seguido por ambas instancias fue diferente. Luego de las elecciones de mayo de 2023, donde el Partido Republicano, de derecha radical, obtuvo la mayoría de 22 consejeros constitucionales, la Comisión Experta entró en una fase acelerada de

acuerdos constitucionales permitiendo, por primera vez en la disputa constitucional, lograr un texto de acuerdos transversales que fue desde el Partido Comunista al Partido Republicano. El camino que recorrió el Consejo Constitucional fue en el camino inverso. De forma similar a lo ocurrido con las izquierdas en la Convención Constitucional, las derechas en el Consejo utilizaron su primacía de  $\frac{3}{5}$  (y  $\frac{2}{3}$  según el caso) para imponer su visión constitucional conservadora que fijaba la primacía, en materia de derechos sociales, de una visión individual y privada de tales derechos. Ejemplos claros fueron el artículo 16.13, letra a), sobre libertad religiosa y el derecho de los padres a elegir la educación religiosa, espiritual y moral sostenida en sus propias convicciones y de instituir proyectos educativos, teniendo derecho a mantener la integridad e identidad de sus proyectos, de acuerdo a sus propias convicciones;<sup>1</sup> y el artículo 16, N° 24, letra b) que expresó el derecho de los padres a educar por sí mismos a sus hijos(as) (*homeschool*).<sup>2</sup>

Todo lo anterior tuvo como telón de fondo un largo derrotero institucional sobre el cambio constitucional chileno, que fue objeto de desencuentros políticos y jurídicos desde su germinación.

El camino del cambio a la Constitución se desarrolló en un largo proceso de cuatro momentos. El primero, que se extiende desde el origen de la Constitución actual, su dictación, entrada en vigencia y hasta sus primeras reformas (1973-1989), caracterizado, por un lado, por la voluntad de instituir una nueva Constitución que abrogó a la de 1925, y por otro, la crítica permanente a su ilegitimidad de origen que tuvo como primera consecuencia la reforma de 1989,<sup>3</sup> considerada como una modificación mínima para permitir el estreno del régimen democrático desde 1990.

<sup>1</sup> Expresó la letra a), numeral 13, del artículo 16 del Proyecto Constitucional del Consejo Constitucional: “*Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a educar a sus hijos o pupilos, y a elegir su educación religiosa, espiritual y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Las familias tienen el derecho de instituir proyectos educativos y las comunidades educativas a conservar la integridad e identidad de su respectivo proyecto de conformidad con sus convicciones morales y religiosas*”.

<sup>2</sup> Afirmó la letra b), numeral 24, del artículo 16, del Proyecto Constitucional del Consejo Constitucional: “*Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a educar a sus hijos o pupilos, y a elegir su educación religiosa, espiritual y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Las familias tienen el derecho de instituir proyectos educativos y las comunidades educativas a conservar la integridad e identidad de su respectivo proyecto de conformidad con sus convicciones morales y religiosas*”.

<sup>3</sup> Ley de Reforma Constitucional, N° 18.825.

Desde 1990 hasta el 2005 se desarrolló el segundo momento, sostenido en la idea de reforma constitucional de carácter progresiva.<sup>4</sup> La ausencia de un acuerdo constitucional originario en 1989, como si lo tuvieron las transiciones española y brasilera, dio paso a un modelo cuya finalidad fue buscar un acuerdo constitucional con base a ciertas reformas particulares a la Constitución. Esta etapa estuvo determinada por la voluntad de un sector político reformista de cambiar ciertos aspectos de su texto (en especial la denominada democracia tutelada), y la de otro sector político de cambiar lo menos posible por medio de los supra-quórum de reforma (veto *players*). El primer y segundo momento se afirmaron en la idea de reforma constitucional por vía Congreso Nacional. Ahora bien, hay un punto que intermedia entre este segundo momento y el siguiente, y es la propuesta de nueva Constitución por el Congreso en el 2009 planteada por la candidatura presidencial del ex-presidente Frei Ruíz-Tagle.

El tercer momento transcurre desde el año 2011 hasta marzo de 2018. Durante las movilizaciones estudiantiles y medioambientales de 2011 el asunto constitucional vuelve a ocupar la agenda pública, y la mayoría de las candidaturas de la elección presidencial de 2013 proponen la necesidad de una Nueva Constitución. Este momento tiene como expresión máxima el gobierno de la ex-presidenta Bachelet, el cual propuso un proceso constituyente abierto a la ciudadanía.<sup>5</sup> El periodo se caracterizó por un proceso participativo donde más de 200 mil personas deliberaron en torno a la Constitución que querían; la propuesta inicial de un plebiscito para elegir el órgano donde se discutiría el nuevo texto (una comisión bicameral, una convención mixta o una asamblea constituyente), para luego proponer reformar el capítulo XV de la Constitución e instituir una Convención Constitucional como sede para la discusión. A ello se sumó una propuesta de texto de nueva Constitución basada en la participación pública (90 de

<sup>4</sup> Jordán Díaz, Tomás, “Porque en verdad es justo y necesario darnos una nueva Constitución”, en Jordán, Tomás y Tórtora, Hugo (coords.), *Estudios sobre Nueva Constitución*, Santiago, Editorial Metropolitana, 2014, p. 189.

<sup>5</sup> Para examinar el Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía, véase: Figueroa Rubio, Pamela y Jordán Díaz, Tomás “EL Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía. El modelo chileno de cambio constitucional”, *Revista Hemiciclo*, Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional de Chile, núm. 16, Segundo Semestre 2017, pp. 46-69; Figueroa Rubio, Pamela y Jordán Díaz, Tomás, “Convergencia Deliberativa: La participación ciudadana en el cambio constitucional, Chile 2016”, *Revista Polis*, Santiago, vol. 20, núm. 58, 2021, ver: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-65682021000100078](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682021000100078).

las prioridades ciudadanas de la etapa participativa están expresadas en el texto). En este periodo se afirmó en la idea de nueva Constitución (no reforma) y que ella fuera discutida en un órgano diferente al Congreso Nacional (Convención Constitucional).

Con el estallido social se inaugura el cuarto momento y que se extendió hasta diciembre de 2023. La movilización ciudadana puso el proceso de cambio constitucional en su estado más avanzado. El acuerdo político transversal del Congreso afirmó la idea de nueva Constitución por medio del “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución” de 15 de noviembre de 2019,<sup>6</sup> lo que dio origen al plebiscito del año 2020 y la elección de los y las integrantes de la Convención Constitucional en 2021. El rechazo a la propuesta de la Convención con fecha 4 de septiembre de 2022, dio lugar al “Acuerdo por Chile”, de 12 de diciembre de 2022,<sup>7</sup> permitiendo un nuevo proceso de cambio constitucional, sostenido en 12 Bases Constitucionales, asunto que permitió convocar a elecciones para integrar un Consejo Constitucional, previa preparación de un anteproyecto de texto elaborado por una Comisión Experta, cuya propuesta fue rechazada en diciembre de 2023.

Lo anterior se dio en un contexto donde el proceso de cambio constitucional chileno se desarrolló en democracia bajo reglas institucionales claras y no disputadas. También que la voluntad de una nueva Constitución tiene sus orígenes desde la misma entrada en vigencia del texto actual, asunto que pasó por dos macro-etapas, divididas en los cuatro momentos político-constituyente descritos. La primera es la reforma constitucional como idea de cambio, etapa que se inaugura en 1989 y se extiende hasta la candidatura de Eduardo Frei en el años 2009 y, la segunda etapa, es la idea de una nueva Constitución redactada por un órgano diferente al Congreso Nacional, inaugurada en el segundo gobierno de la ex-presidenta Bachelet y que abarcó hasta diciembre de 2023.

Es en esta segunda macro-etapa donde la disputa política-jurídica sobre el modelo de Estado y de derechos sociales que tienen a la Comisión Experta como el único punto de consenso en el cuarto momento del proceso constituyente.

<sup>6</sup> Disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo\\_por\\_la\\_Paz.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf).

<sup>7</sup> Disponible en: [https://www.bcn.cl/procesoconstitucional/detalle\\_cronograma.html?id=f\\_acuerdo-por-chile](https://www.bcn.cl/procesoconstitucional/detalle_cronograma.html?id=f_acuerdo-por-chile).

## II. «El Estado en perspectiva social» como un modelo de Estado posible<sup>8</sup>

El examen del trabajo de la Comisión Experta en materia de derechos sociales y los arreglos institucionales posibles que tuvieron lugar, tienen como trasfondo una disputa ideológica sobre el Estado social y los derechos sociales.

En breve, podemos sintetizar la disputa entre los modelos de Estado subsidiario y Estado social en su versión clásica. Las posiciones jurídicas conservadoras instituyeron el modelo de Estado subsidiario con base al artículo 1o., inciso 3o., de la Constitución chilena vigente que reconoce y ampara los grupos intermedios, como en la libertad económica establecida en el artículo 19, N° 21, del texto vigente.<sup>9</sup> Por otro lado, el modelo de Estado social se sostiene en el establecimiento y realización de los derechos sociales, ligado a una mayor intervención del Estado en la provisión de las prestaciones sociales,<sup>10</sup> asunto que impacta en la esencia del modelo subsidiario donde el motor de la sociedad recae en los privados y el rol del Estado es meramente residual o mínimo.

Con base a esa disputa, estimo que el modelo o camino posible en Chile fue y es el de un modelo de Estado en «perspectiva social», asunto que permite instituir una fórmula social de Estado, con una base en un rol preferente del Estado en materia de derechos sociales, pero reconociendo la mixtura (estatal y privada) en la provisión de los derechos sociales con miras a la corrección de las desigualdades sociales.<sup>11</sup> En este modelo, la clave es la definición y las lógicas con base a las cuales opera el Estado

<sup>8</sup> Esta propuesta tiene su origen en mi trabajo: Jordán Díaz, Tomás, “El principio de contribución constitucional y la abrogación del principio de subsidiariedad en materia de derechos sociales”, *Estudios de Derecho Público*, Santiago, XL Jornadas de Derecho Público 2010, Editorial Legalpublishong y Thomson Reuters, 2011.

<sup>9</sup> Para una síntesis del Estado subsidiario, ver: Covarrubias, Ignacio, “El principio de subsidiariedad”, en Navarro, Enrique (ed.), *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, Santiago, Editorial Conosur, 2001, p. 70; Cea, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, 2a. ed., t. I, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2008, p. 177.

<sup>10</sup> Para una defensa del modelo clásico de Estado social y su aplicación en Chile, ver: Viera, Christian, “Estado social como fórmula en la Constitución chilena”, *Revista de Derecho de la Universidad de Coquimbo*, Coquimbo, vol. 21, núm. 2, 2014.

<sup>11</sup> La idea de Estado en perspectiva social la he planteado por más de 10 años en diferentes trabajos académicos. La síntesis se puede encontrar en: Jordán Díaz, Tomás, “Estado social y proceso constituyente. Hacia un Estado en perspectiva social”, *Anuario de Derecho Público*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2021, pp. 81-100.

social que, en breve, se refiere a una lógica redistributiva, sostenida en el principio de solidaridad.

Considero que el arreglo de compromiso arribado por la Comisión Experta fue en uno de los caminos posibles dentro del abanico de posibilidades de un modelo en perspectiva social. Salir de los ambos polos de la discusión (subsidiariedad vs Estado social clásico) les confirió la capacidad de articular un acuerdo en materia de derechos sociales que, por un lado, radicara en el Estado roles rectores, normativos, de prestación, control y fiscalización y, por otro, reconociera un rol de los privados en el otorgamiento de esta categoría de derechos.

Esto es indesligable de la cláusula del modelo de Estado. El proceso constituyente de 2023 se sostuvo en 12 Bases Constitucionales,<sup>12</sup> dentro de las cuáles se estableció que Chile era como un Estado social y democrático de derecho. La fórmula social del Estado impone ciertos imperativos de significación constitucional, operando como una matriz de interpretación. Para ello, es necesario comprender que dicha definición impone una lógica redistributiva y solidaria para la ejecución de las prestaciones sociales, independiente de la naturaleza del prestador (estatal o privado).

El modelo de Estado en «perspectiva social» busca conciliar las libertades personales (incluyendo las económicas) con los elementos definitorios del Estado social. En un primer momento, tal conciliación conlleva el reconocimiento que el mercado puede operar en las diversas áreas de la vida asociada, en el cual el Estado cumple un papel de regulador de las reglas del juego y fiscalizador de los privados.

Pero, en materia de derechos sociales, el eje rector debe estar puesto en lo público. Por público me refiero a que la provisión de bienes sociales las puede otorgar el Estado o el privado, pero estos últimos sujetos a los criterios antes dichos (redistribución y solidaridad).<sup>13</sup>

Un modelo en perspectiva social requiere como elementos basales:

- (i) definir en la Constitución la fórmula social de Estado;
- (ii) establecer en la Constitución derechos sociales, su garantía y una cláusula de responsabilidad fiscal y
- (iii) habilitar a la política y en especial al legislador la decisión de la intensidad o grado de corrección de las desigualdades.

<sup>12</sup> Ver: [https://www.bcn.cl/procesoconstitucional/detalle\\_cronograma.html?id=f\\_acuerdo-por-chile](https://www.bcn.cl/procesoconstitucional/detalle_cronograma.html?id=f_acuerdo-por-chile).

<sup>13</sup> Jordán Díaz, Tomás, “Estado social y proceso constituyente. Hacia un Estado en perspectiva social”, *op. cit.*, p. 92.

La Constitución es un marco normativo general y opera como una garantía para las personas. Esto impone ciertas cuestiones. El establecimiento de la cláusula social (España, Alemania o Colombia) o un tipo de fórmula social (caso italiano); la consagración de derechos sociales como garantía normativa; la radicación de mecanismos de garantía de los derechos y la cláusula de responsabilidad fiscal que permita la conciliación entre exigibilidad y el principio de posibilidad.

La cláusula social operará como matriz interpretativa con mayor o menor intensidad según el contexto o coyuntura jurídica de aplicación. La fórmula opera, primeramente como una garantía de significación en el sentido que los Estados sociales tiene ciertos elementos componentes que, en simple, son las lógicas redistributivas y el principio de solidaridad. La interpretación del texto constitucional se debe sostener en dicha fórmula, de modo que el rol del juez(a) constitucional como el legislador democrático operen dentro de los márgenes que le fija la cláusula.

Luego, los derechos sociales deben estar establecidos en el texto constitucional. La fijación de los enunciados normativos en la Constitución opera como garantía normativa y los dota de contenido esencial, adquiriendo el carácter de indisponibles e infranqueables para el legislador, operando como un límite a él.<sup>14</sup> Esto permite diferenciar entre el contenido constitucional de los derechos sociales y su regulación legislativa. En una lógica redistributiva y solidaria, el juez(a) constitucional deben conferir un contenido mínimo que sea conciliable con la matriz social del Estado, asunto que se expande en la regulación que debe efectuar la ley.

La perspectiva social se instituye como un parámetro de comparación dispuesto en la Constitución bajo el cual deben efectuar su labor los poderes públicos, y en particular el legislador democrático. La fórmula es clara pero no rígida, confiriendo la flexibilidad necesaria para que se puedan adoptar distintas opciones legislativas en favor de las personas que se encuentran en una posición desmejorada.

Luego, la perspectiva social se sostiene en la contribución o colaboración entre Estado, comunidad y personas. Tal asunto permite, desde la Constitución social, instituir modelos legislativos mixtos en materia de

---

<sup>14</sup> Para un repaso de las posiciones sobre el contenido esencial de los derechos ver: Blanco Alvarado, Carolina, “Recordatorio a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales atendiendo el escenario de la Pandemia Covid-19 en el Estado colombiano”, *Revista Novum Jus*, Bogotá, vol. 15, núm. 1, enero-junio, 2021.

provisión de los derechos sociales. El Estado, bajo los mandatos constitucionales necesariamente tendrá un rol preferente en materia de derechos sociales, pues tiene roles de rectoría, normativos, de control y fiscalización como legislativo. En ese escenario, el legislador va configurando el equilibrio entre entidades estatales y privadas para el otorgamiento y aseguramiento de los derechos sociales. Para que opere la contribución o colaboración se requiere ejecutar el «principio de contribución constitucional», que sostiene la relación entre persona y Estado.<sup>15</sup> Este principio parte considerando la persona como núcleo del orden constitucional, donde la relación entre persona y Estado se configure de una manera flexible, democrática y pluralista. La política deliberativa determinará cuánto y de qué manera debe concurrir el rol del Estado en la sociedad para el pleno respeto y promoción de los DDFP.

La contribución va a estar determinada por la situación fáctica de los sujetos llamados a cooperar. Habrá sujetos que están en condiciones materiales de hacerlo e incluso obligados a efectuarlo (por ejemplo, el Estado). Lo que cada sujeto debe realizar (contenido de la colaboración) puede estar normativamente reglado o no, como también la intensidad o grado de ésta. Como lo hemos expresado en otro texto:

... Lo anterior significa que el contenido de la contribución puede ser un mandato amplio de contenido indeterminado (por ejemplo, tener como finalidad el Bien común) o un mandato colaborativo concreto de un contenido más definido (por ejemplo, cuando se utiliza los vocablos promover, otorgar, desarrollar o perfeccionar); donde el grado de la colaboración (intensidad) y la responsabilidad de los colaboradores puede estar pre-definido (por partes iguales o desiguales) o no estar pre-fijado, siendo necesario un proceso de determinación (darle contenido al mandato de colaborar).<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Sobre este argumento ver: “El principio de contribución y la abrogación del principio de subsidiariedad en materia de derechos fundamentales sociales”, *op. cit.*, pp. 562 y 563. En un sentido equivalente sobre el fundamento de los derechos sociales en Chile como una falla del mercado, pero desde la lógica que los derechos sociales participan en la esfera de lo público sostenidos en que el bienestar de las personas es responsabilidad de todos al cual todos los ciudadanos tienen el mismo derecho. Por todos Atria, Fernando, Larraín, “*El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*”, Santiago, Editorial Debate, 2013, pp. 179-190.

<sup>16</sup> Jordán Díaz, Tomás, “Estado social y proceso constituyente chileno. Hacia un Estado en perspectiva social”, *op. cit.*, p. 96.

Luego opera la habilitación al legislador democrático. Es la ley, con base a la deliberación democrática la que fijará el contenido específico de la contribución y formas de concurrencia del Estado/privados. El principio del pluralismo político obliga a reconocer el abanico de posibilidades legislativas. Existen diferentes grados en que, por un lado debe concurrir el Estado en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y, por otro, se articulará la cooperación privada. Tal cuestión nos permite hacer dejación del Estado subsidiario y su rol de Estado mínimo o residual, como también abrir diferentes opciones de diseño legal para ejecutar el mandato de la cláusula social.

La determinación de la intensidad estatal se liga al fundamento de los derechos sociales. Los derechos sociales tienen por objeto la realización material de las personas bajo un fundamento igualitario. Es así que el legislador debe sostener su realización con base a un parámetro de igualdad/corrección de desigualdades buscado. Los poderes públicos deben definir el nivel de corrección de desigualdades que desean corregir, de manera que, teniendo en consideración la mayor o menor intensidad de la igualdad buscada, se puede proceder a ponderar los argumentos que justifican las medidas adoptadas.

### III. El acuerdo de la Comisión de Expertos en materia de derechos sociales: un modelo de Estado en perspectiva social

El acuerdo experto es un modelo posible de un Estado en perspectiva social. Reúne sus elementos constitutivos y los despliega en el sistema de derechos sociales. Parte desde la definición del modelo social de Estado, establece derechos fundamentales sociales y su garantía, fija una regla de responsabilidad y habilita al legislador para su desarrollo, quien dispondrá de fórmulas particulares para el otorgamiento de los derechos, sean por instituciones estatales y privada, con miras a la corrección de las desigualdades sociales.

El artículo 1.2 del Anteproyecto Experto expresó:

2. *Chile se organiza en un Estado social y democrático de derecho, que reconoce derechos y libertades fundamentales y promueve el desarrollo*

progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas.<sup>17</sup>

Este inciso tuvo como antecedente la Base N° 5, de las 12 Bases Constitucionales que fundaron el proceso constitucional de 2023. Este acuerdo fue firmado el 12 de diciembre de 2022, en el cual se establecieron 12 fundamentos sobre las cuáles se debía trabajar la redacción de una nueva Constitución. Esto marcó una distancia con la Convención Constitucional cuyo texto se sostuvo en la idea de una «hoja en blanco», significando que la Convención era autónoma para adoptar las distintas instituciones constitucionales. La Base N° 5 dispuso un Estado social y democrático:

5. *Chile es un Estado social y democrático de derecho*, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales, y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas.

La Base N° 5 se sostenía en el texto de la Constitución española que fija en su artículo 1.1 “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”; pero la Comisión Experta se alejó del modelo «constitutivo» de Estado como el español y suscribió una redacción «organizacional», asunto que tuvo por objeto y efecto alejarse de los modelos tradicionales de Estado social europeos, cuya ontología es la definición como Estados sociales y democráticos, dando paso a un modelo «híbrido», en el cual el Estado de Chile no tiene una definición particular, sino que política y/o administrativamente se puede articular como un modelo social de Estado.

La intención de ello fue salvar la tensión y pugna entre el modelo social de Estado tradicional y el modelo de Estado subsidiario propio de la Constitución de 1980. En breve, la fórmula subsidiaria se define en la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) Rol N° 352/2002 c.j. 4°-7°, que definió este principio como uno de los principios rectores del orden social, donde el Estado no pueden absolver aquellas actividades que efectúan adecuadamente los particulares, ello, sin perjuicio de aquellas funciones que le corresponden al Estado por su propio carácter. El TC ha entendido que el Estado no puede perpetrar aquellas acciones que

<sup>17</sup> Disponible en: [https://www.bcn.cl/procesoconstitucional/detalle\\_cronograma.html?id=f\\_acuerdo-por-chile](https://www.bcn.cl/procesoconstitucional/detalle_cronograma.html?id=f_acuerdo-por-chile).

los particulares están en condiciones de hacer, y el Estado lleva a cabo aquellas actividades que los aquellos no estén en posibilidades. Expresa el Considerando Jurídico 4o. y 7o. de la sentencia:

4o.- Que, en dicho precepto (artículo 1o., inciso 3o.<sup>18</sup>) se consagra en la Carta Fundamental el principio de subsidiariedad como uno de los principios rectores del orden social...

7o.- Que, de acuerdo a dicho principio, al Estado no le corresponde, entonces, absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se extiende sin perjuicio, por cierto, de aquellas que, por su carácter, ha de asumir el Estado. Eso explica el reconocimiento y amparo que el artículo 1o., inciso tercero, de la Constitución, presta a los “grupos intermedios”.

El paso de la redacción “Chile es un Estado social y democrático” a “Chile se organiza en un Estado social y democrático” se ordenó como una fórmula de compromiso para, por un lado, establecer el modelo social de Estado y, por otro, pretender rescatar la definición del texto vigente de 1980. Si Chile «es» Estado social, la subsidiariedad dejaba de ser un “principio del orden social”, por eso el intento de cambio en la redacción. Esto es relevante. Para el constituyente de 1980 la subsidiariedad no sólo es un principio constitucional o un modelo de Estado, sino un principio rector de irradiación a todo el orden social, más allá de lo constitucional. Es una forma de comprender cómo se debe organizar la sociedad y tal perspectiva se dispuso en el texto constitucional como lo afirma la sentencia del Tribunal Constitucional citada. Pero, el modelo social de Estado es una definición del Estado. El Estado se «constituye» en el caso español o «es», en el caso de las 12 Bases, un modelo social. El modelo constitutivo de las 12 Bases no podía ser contradicho por los expertos, de modo que la definición organizativa es tributaria de la Base N° 5.

Este modelo es político-jurídico, instituyéndose como una forma de comprender la relación entre la persona y el Estado. La fórmula de Estado social, ya sea como constitutiva u organizativa, tiene el efecto de disponer que los elementos propios y definatorios del Estado social son los que se instituyen en el texto constitucional, pero reconociendo que las vías o caminos para ello pueden ser de diferente tipo y, entre ellas, adoptar

<sup>18</sup> Esta cita al artículo 1o. es nuestra.

modelos de provisión mixta, concurriendo agentes públicos y privados; donde el legislador es el llamado a fijar un modelo particular de desarrollo de la cláusula social.

Esto se sostiene en una razón de texto con impacto interpretativo. Se liga a la redacción completa de la 12 Bases, en especial la N° 5:

5.- Chile es un Estado social y Democrático de Derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales; *y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales*, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal; *y a través de instituciones estatales y privadas.*

Como hemos expresado en este artículo, el Estado «en perspectiva social» opera como una fórmula donde las lógicas del Estado social se asientan como primarias. El criterio redistributivo y el principio de solidaridad, fundamentos del modelo social de Estado, se ubican como rectores. Luego, los provisión de los derechos sociales podrán ser otorgados por el Estado o un una fórmula mixta con los privados. La forma e intensidad de cómo se ejecutará la ejecución de esos derechos debe tener como objeto la corrección de las desigualdades sociales, siendo el legislador democrático el llamado a fijar la fórmula concreta (ley, política o programas sociales) de ejecución del modelo social de este tipo. Esto ubica la relación entre Estado social y subsidiariedad. La subsidiariedad es tributaria de la fórmula social de Estado. Así lo sostuvo el Informe de la Comisión de Venecia en el año 2023. Para la Comisión el Estado social y democrático de derecho no es incompatible con la subsidiariedad, pero ésta es una expresión de los medios que se pueden emplear para realizar la cláusula social, no es un reemplazo o un equivalente. Expresa el Punto N° 82 del Informe de la Comisión:

82. Por lo que se refiere a la primera de estas cuestiones, la Comisión observa que, en principio, no existe incompatibilidad alguna entre el principio de subsidiariedad, tal como se incorpora expresa o implícitamente en diversos sistemas constitucionales, y el objetivo de establecer un “Estado social y democrático de Derecho”. Este último es ante todo una afirmación de los resultados que se persiguen, *mientras que la subsidiariedad es ante todo una expresión de los medios que deben emplearse*. El principio del Estado social (distinto del Estado socialista) debe leerse en armonía con los otros dos principios: el Estado de derecho y el Es-

tado democrático, y cada principio limita una posible interpretación maximalista del otro. Como queda implícito en la referencia de ambos borradores “a través de instituciones estatales y privadas”, *la subsidiariedad puede ser una herramienta legítima y eficaz* para realizar los objetivos sociales más amplios sin dejar de respetar los derechos,<sup>19</sup> libertades y deberes a los que se hace referencia en el texto. A la inversa, un “Estado social y democrático de Derecho” no implica necesariamente que las acciones dirigidas a objetivos sociales más amplios sean siempre adoptadas directamente por las instituciones del Estado en detrimento de las formas intermedias de organización social, por lo que en principio no contradice el principio de subsidiariedad. Esta interpretación de la compatibilidad de principio entre las dos ideas constitucionales se confirma en la práctica de los Estados que pueden caracterizarse razonablemente por buscar un sistema social y democrático de derecho, y que también han constitucionalizado explícitamente el principio de subsidiariedad como una dimensión de la política social (como Italia), o han dado efecto implícitamente a la subsidiariedad en su estructura constitucional y su política social (como Alemania).

Esta fórmula de compromiso fue expresada en el texto de los Expertos. El artículo 16.21, del Anteproyecto, al abordar el derecho a la protección de la salud dispone un rol preferente del Estado es este derecho, imponiéndole roles en el acceso libre e igualitario a las acciones de salud, deberes de coordinación y control, como, especialmente, “crear, preservar y coordinar una red de establecimientos de salud, de acuerdo con estándares básicos y uniformes de calidad”.

Estas acciones y tareas se pueden realizar por medio de instituciones pública y privadas, disponiendo, como hemos señalado, un modelo social de Estado, pero con provisión mixta. La letra b), de este numeral 21, expresa: “b) Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, *a través de instituciones estatales o privadas*, en la forma y condiciones que determine la ley”.

Lo mismo ocurre en materia de derecho a la educación (numeral 22) y libertad de enseñanza (numeral 23). Siguiendo el esquema de la Constitución de 1980, el texto Experto separa el derecho a la educación de la libertad de enseñanza. En el primero, dispone el objeto de la educación y el rol y deberes del Estado. Entre los deberes del Estado se reconoce el de fortalecimiento de la educación en todos los niveles y fomentar su mejora-

<sup>19</sup> Lo resaltado es nuestro.

miento continuo. Promover la educación parvularia y la obligatoriedad de las educación básica y media. Al igual que en salud, le impone al Estado el deber de “crear, sostener y coordinar una red nacional de establecimientos educacionales pluralista en todos los niveles de enseñanza.” (letra f); lo que fija un deber preferente de éste.

La libertad de enseñanza concurre como garantía de participación de los privados en el derecho a la educación, en particular, el derecho de “abrir, organizar, mantener y desarrollar establecimientos educacionales” (letra a), el derecho y deber de las familias de escoger la educación de sus hijos o pupilos (letra c) y el respeto a la autonomía de las instituciones de educación superior (letra d).

El modelo social de provisión mixta se expresa en los derechos a la protección de la salud, educación y libertad de enseñanza. La formulación se produce con base a tres elementos: i) la cláusula de Estado social, ii) la consagración de la provisión pública/privada y iii) el imperativo del Estado de crear una red de establecimiento de salud y educacionales que ejecutan lo sostenido en los puntos i y ii, pero sujeto al diseño legal con base al principio de deliberación democrática. En materia del trabajo se consagró en el numeral 25 “El derecho al trabajo decente, a su libre elección y libre contratación”. El avance hacia el modelo social se ordena al establecer el derecho al trabajo decente que extiende a las condiciones equitativas en el trabajo, seguridad y salud en el mismo, una remuneración justa, descanso y desconexión digital (letra a).

En numeral 26, del artículo 16 reguló no sólo la libertad sindical (actualmente consagrada), sino explícitamente los derechos a la negociación colectiva y a la huelga. Es uno de los derechos de mayor alcance social. Expresa este número: “26. La libertad sindical. Esta comprende el derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga”. El texto establece la sindicalización multinivel (letra b), el derecho a la huelga para la defensa de sus intereses laborales (letra c), la libertad sindical de los funcionarios públicos (letra d).

Luego, el numeral 27, establece el derecho a la seguridad social, ya sea que se otorguen por instituciones públicas o privadas (letra a). El Estado tiene un rol normativo y fiscalizador. El numero 28, consagra un nuevo derecho constitucional en el ordenamiento chileno y es el derecho a la vivienda adecuada. El Estado debe promover este derecho, por medio de instituciones públicas y privadas, a través de la satisfacción progresiva (letra

a). Como nuevo derecho social también se dispuso el derecho al agua en el numeral 29, debiendo el Estado garantizarlo para las actuales y futuras generaciones. En todos ellos es el legislador el llamado a su normación y desarrollo legislativo. En materia de garantía de los derechos, el proyecto Experto radicó un apartado de “Garantía de los derechos”. El artículo 23.3 fija el contenido esencial de los derechos y el numeral 1, del mismo artículo norma la relación entre derechos y ley, la cual puede regular, limitar y complementar los derechos fundamentales. Especial relevancia adquiere la forma de cumplimiento de ciertos derechos sociales (salud, vivienda, agua y saneamiento) en el artículo 24, cuya realización se someterán a ciertos principios de ejecución. El acuerdo en esta materia es sustancial pues busca permitir la realización efectiva de estos derechos, junto con ejecutar el principio de posibilidad de cumplimiento. Es así que confluyen el principio de progresividad, no discriminación y la responsabilidad fiscal. Junto a ello se afirma el modelo de provisión mixta reasegurando la prestación por instituciones estatales y privadas.

Establece el artículo 24 que los derechos de salud, vivienda, agua y saneamiento se ejecutarán conforme a: a) El desarrollo progresivo para lograr la plena efectividad de estos derechos; b) El aseguramiento de un nivel adecuado de protección para cada derecho; c) La no discriminación o diferenciación arbitraria; d) La remoción de obstáculos para asegurar condiciones efectivas de igualdad; e) El empleo del máximo de recursos disponibles, con responsabilidad fiscal; f) La satisfacción a través de instituciones estatales y privadas, según corresponda. Estos mandatos deberán ser desarrollados por el legislados y las normas infra-legales en su caso, no pudiendo los jueces(as) definir o diseñar políticas públicas (art. 25).

Sobre el mecanismo de cumplimiento, el Acuerdo Experto se extiende a varias cuestiones. Primeramente, les confiere contenido esencial a los derechos sociales. Luego, les confiere tutela a tales derechos, pero en ello, diferencia según sean libertades o derechos prestacionales. Para la exigibilidad de las prestaciones sociales vinculadas al ejercicio de los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación establecidos en el artículo 16; el accionar debe ser «ilegal», es decir, antijurídico, operando más bien como un contencioso administrativo, asunto que no reconoce la jurisprudencia constitucional del recurso de protección que ha afirmado que los actos legales pueden, igualmente, vulnerar los derechos sociales de las personas. En cambio, las libertades

pueden ser infraccionadas por actos ilegales o arbitrarios, ampliando el ámbito de tutela.

Como se expresó, la responsabilidad fiscal concurre como un elemento del sistema de derechos sociales. El reconocimiento de Chile como un Estado social, de acuerdo al artículo 1.2, requiere la sujeción al principio de responsabilidad fiscal. Este principio se concretiza en el artículo 24, letra e) antes examinado que impone que para la realización de los derechos sociales se empleen los máximos recursos disponible, con responsabilidad fiscal.

De esta manera el sistema de derechos sociales elaborado por la Comisión Experta considera la fijación del enunciado normativo del derecho, el rol del Estado, la facultad de los privados de participar en las prestaciones de los derechos sociales y la habilitación al legislador para su desarrollo particular.

#### IV. Conclusiones

A modo de corolario podemos afirmar:

- (i) El proceso constituyente chileno entre 2022 y 2023 tuvo una discusión constitucional de fondo que fue la pugna por el modelo de Estado que se instituiría en el nuevo texto constitucional. La tensión se dio entre el actual modelo de Estado subsidiario y el modelo social clásico o tradicional.
- (ii) Como camino de compromiso, pero con base al modelo social de Estado, se dispone el modelo de Estado en «perspectiva social», fórmula que tiene como elementos componentes el establecimiento de la cláusula de Estado social, de los derechos sociales, sus garantías y una norma de responsabilidad fiscal y la habilitación al legislador democrático para determinar el grado e intensidad de la corrección de las desigualdades sociales, como el rol del Estado y los privados para el otorgamiento de las prestaciones sociales.
- (iii) El acuerdo alcanzado por la Comisión Experta en el año 2023 sobre el sistema de derechos sociales se ordena como un tipo de Estado en perspectiva social sostenida en la fórmula social de Estado. El acuerdo considera la fijación del enunciado normativo del derecho, el rol del Estado, la facultad de los privados de participar en las prestaciones de los derechos sociales y la habilitación al legislador para su desarrollo particular.