

## LOS DERECHOS SOCIALES Y LA LIBERTAD: UN ANÁLISIS PROBLEMÁTICO

### SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS AND LIBERTY: A PROBLEMATIC ANALYSIS\*

*Rodrigo Andrés Poyanco Bugeño*\*\*

*“Hemos decidido derribar, en un grado cada vez mayor,  
las barreras que impiden que las personas desarrollen  
sus facultades y alcancen lo que justamente merecen.  
Estamos firmemente decididos a construir un estado social  
que debe ser y será modelo de perfección  
en todas las esferas de la vida...”. Adolf Hitler<sup>1</sup>.*

#### *Resumen*

En este artículo abordaremos las críticas que se formulan a la libertad política o clásica del derecho constitucional liberal y las contrastaremos con el concepto de “libertad fáctica o real”, funcional a los derechos sociales, que asegura un mínimo de condiciones materiales de subsistencia. Estudiaremos hasta qué punto el juez constitucional puede intervenir de manera directa en estas cuestiones y cuáles son las consecuencias de minusvalorar los postulados del constitucionalismo clásico.

Palabras claves: derechos sociales; libertad positiva; derecho constitucional.

---

\* Trabajo realizado en el marco de los estudios conducentes al grado de doctor en derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, bajo la dirección del profesor Antonio Carlos Pereira Menaut.

\*\* Profesor de la Universidad de Los Andes, Chile. Abogado y Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 22 de junio de 2016 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2016. Correo electrónico: rodrigopoyanco@gmail.com.

<sup>1</sup> Discurso a los trabajadores de la fábrica Rheinmetall-Borsig. Berlín, 10 de diciembre de 1940.

## *Abstract*

In this article, we will address legal doctrine's criticism against the relationship between classical liberal constitutionalism, social justice, and positive liberty. We will try to determine to what extent a constitutional judge can intervene directly in these issues and what are the consequences of underestimating the assumptions of classic constitutionalism.

Keywords: positive rights; positive liberty; constitutional law.

## *1. Introducción*

Una de las más poderosas y citadas justificaciones de la necesidad de justiciar los derechos sociales de forma directa por el juez constitucional reside en la idea de que las libertades negativas y la igualdad ante el derecho y el poder político –garantías típicas del constitucionalismo clásico o liberal, representado en la figura del estado de derecho<sup>2</sup>–, no resultan funcionales en la práctica si no existen, al mismo tiempo, un mínimo de precondiciones materiales que permitan a los ciudadanos una libertad “fáctica” o “real”, que les otorgue la posibilidad de ejercer aquellos derechos de forma adecuada.

El segundo supuesto de esta perspectiva, consecuencia del anterior, es que ese conjunto de precondiciones materiales debe ser satisfecho primariamente por el Estado o, cada vez más a menudo, a medida que se extiende la idea de efecto horizontal de los derechos sociales, por otros particulares en mejor situación material para otorgar esa ayuda<sup>3</sup>. En este trabajo nos limitaremos al primer supuesto.

Nuestro objetivo es, en primer término, cuestionar hasta qué punto puede utilizarse el derecho constitucional, a través de su aplicación directa por el juez constitucional, como herramienta para intervenir en cuestiones de justicia social, como lo es, a nuestro juicio, la arriba expuesta, eliminando la

---

<sup>2</sup> En el mundo del Common Law una expresión semejante – aunque no equivalente— es la de *Rule of Law* o “imperio del derecho”. Se trata de una diferencia significativa: las expresiones de “estado de derecho” o “estado social” imponen la idea de que los derechos dependen de la autolimitación del Estado, mientras que la idea de Rule of Law enfatiza la autonomía del derecho y de “los derechos” frente al poder político. Ver al respecto Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Rule of Law o Estado de derecho*, pp. 38-39.

<sup>3</sup> Supuesto acogido, por ejemplo, en las sentencias roles N°s 976, 1218, 1273, 1287 y 1770, del Tribunal Constitucional de Chile. Ver análisis en detalle en José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, pp. 149-150.

consideración previa de una serie de factores cuyo contenido y significado parecen difíciles de precisar con herramientas propiamente jurídicas.

En segundo lugar, nos referiremos también, al final de este trabajo, al peligro que implica subestimar la finalidad autónoma de los derechos civiles y políticos y su importancia para el constitucionalismo.

Antes de continuar, aclaremos desde ya que, con “justiciabilidad directa de los derechos sociales” aludiremos a la posibilidad de que sea el juez, y no el legislador, quien tome las decisiones de fondo en cuanto al reconocimiento y adjudicación directa de esos derechos<sup>4</sup>. En otras palabras, nos referiremos a un juez que no se limita a adjudicar derechos sociales, ya desarrollados a nivel legal o reglamentario, sino que, directamente, legisla al respecto, creando y regulando uno o más beneficios sociales e ignorando la normativa de los poderes político-representativos<sup>5</sup>.

## 2. *La crítica a la libertad formal, política, clásica o liberal en la doctrina*

Como es sabido, el que hoy conocemos como constitucionalismo liberal tuvo como objetivo principal limitar el poder político, consagrando un conjunto de derechos consustanciales a la naturaleza humana, destinados a proclamar la libertad e igualdad esencial de todos los hombres frente a aquél. Tanto estos derechos, como aquellos que aparecen durante el siglo XIX con la expansión de la democracia y las libertades, supusieron un importante avance en la dignificación de la persona<sup>6</sup>.

Sin embargo, dadas las condiciones sociales y económicas que se imponen en el mismo siglo XIX –nos referimos fundamentalmente al triunfo de la burguesía, como clase social dominante, y el auge del capitalismo liberal–, los derechos y garantías que otorgaba el constitucionalismo clásico terminaron teniendo un importante efecto colateral, cual es la limitación del poder estatal, ya no sólo en favor de la generalidad de las

---

<sup>4</sup> Nos referimos a los derechos sociales prestacionales, es decir, los que implican transferencia de dinero o bienes desde el Estado a las personas, con el objeto de mejorar su calidad material de vida. Ver al respecto José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, pp. 126-134 y Luis PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, p. 15.

<sup>5</sup> Esto porque, desde luego, la aplicación judicial de derechos sociales emanados de legislación o reglamentación administrativa es cuestión inobjetable. Frank B. CROSS, “The Error of Positive Rights”, p. 861.

<sup>6</sup> José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, pp. 24 y ss.

personas, sino de la mantención de condiciones sociales y económicas abusivas respecto de las capas menos favorecidas de la población. Éstas, privadas de medios económicos, no pudieron tampoco utilizar las garantías constitucionales clásicas como herramientas para cambiar su desfavorable situación política y social<sup>7</sup>.

A partir de esto, es usual que en la doctrina se critique lo que se considera como un abuso del constitucionalismo liberal, que resultó en el empobrecimiento de las masas y, sobre todo, en la pérdida de sentido de las mencionadas igualdades y libertades para quien sufre hambre, frío y enfermedades. Ese abuso es señalado como la causa de origen del cambio del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social.

Loewenstein presenta este enfoque cuando afirma que las libertades humanas, pensadas contra las intervenciones del Estado, terminaron sirviendo en la época del constitucionalismo liberal a los intereses de la clase media burguesa, convirtiéndose en “abstracciones sin valor para las masas [...]” El autor puntualiza que “[e]n realidad, las clases plutocráticas dominaban el proceso del poder”<sup>8</sup>.

Böckenförde, por su parte, se refiere al Estado de Derecho formal que dominó en Alemania hasta el final de la República de Weimar, caracterizado por la creación de garantías formales y procedimentales para asegurar la libertad legal y la propiedad. Se trata de un estado “burgués”, que confirma la distribución de bienes en vez de transformarla, que abre camino a los fines de lucro. Ello, al mismo tiempo que, a través de sus formas y procedimientos, impide la intervención directa sobre la propiedad con fines de redistribución social<sup>9</sup>. El movimiento histórico que se puso en marcha con ello condujo, necesariamente, no sólo a la desigualdad social basada en la posesión, sino que, con su estabilización y agudización, llevó también al antagonismo clasista de la sociedad y con ello “a una nueva falta de libertad, ahora social, sobre la base de la igualdad jurídica”<sup>10</sup>.

Para Grossi, en tanto, uno de los objetivos del proceso político que termina con la Revolución Francesa es la conquista del Estado, como herramienta para controlar el terreno económico. El modelo teórico del liberalismo iusnaturalista –la igualdad teórica y abstracta entre todos los hombres– se reduce, para este autor, a

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>8</sup> Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, pp. 398–399.

<sup>9</sup> Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, pp. 31-35.

<sup>10</sup> *Ibid.*

“[...] un catálogo que es convincente por su hablar sonoro de libertad, de igualdad, de derechos y –¿por qué no?– de felicidad (término ingenuo que recurre a menudo en las ‘cartas’ del siglo XVIII), pero que no puede consolar al indigente del cuarto estado, que ni siquiera es rozado, en la miseria de su vida cotidiana, por un despilfarro de decoraciones irrelevantes –cuando no grotescas– para el que se enfrenta al hambre [...]”<sup>11</sup>.

Incluso en América Latina existían fuertes voces contra la situación provocada por el capitalismo del siglo XIX, como se aprecia del siguiente comentario del jurista chileno Valentín Letelier:

“¿Qué es lo que necesitan los grandes para explotar a los chicos, los fuertes a los débiles, los empresarios a los obreros, los hacendados a los inquilinos, los ricos a los pobres? Sólo una cosa: libertad, o sea la garantía de que el Estado no intervendrá en la lucha por la existencia para alterar el resultado final en favor de los desvalidos. Eso es lo que el sistema de libre mercado da a los más poderosos”<sup>12</sup>.

Ya en épocas más recientes, la comprensión de la libertad fáctica como requisito de la libertad jurídica frente al poder político aparece también en las ideas detrás de la conocida política del Presidente Roosevelt, conocida como *New Deal*. Manifestaba dicho mandatario en 1944 que

“Esta República tuvo sus inicios y creció hasta su presente desarrollo bajo la protección de ciertos derechos políticos inalienables [...]. Ellos fueron nuestros derechos a la vida y la libertad. En tanto nuestra nación ha crecido en tamaño y estatura y nuestra economía industrial se ha expandido, esos derechos políticos han probado ser inadecuados para asegurar nuestra igualdad en la consecución de la felicidad. Hemos llegado a una comprensión clara del hecho de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. Los hombres necesitados no son hombres libres. La gente que está hambrienta y sin trabajo es el material del que están hechas las dictaduras”<sup>13</sup>.

Una perspectiva semejante es la que se refiere a la interdependencia entre los derechos civiles y políticos, y los derechos sociales, económicos y culturales, mantenida por Abramovic y Courtis, y que se basa, parcialmente, en la idea de que los derechos sociales son necesarios para el ejercicio de los derechos civiles<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Paolo GROSSI, *Europa y el derecho*, pp. 101-104.

<sup>12</sup> Valentín LETELIER, “Los Pobres”, p. 143.

<sup>13</sup> Franklin D. ROOSEVELT, “State of the Union Address”, p. 7.

<sup>14</sup> Aunque estos autores aluden más bien al argumento de que los derechos civiles implican, tal como los derechos sociales, acciones estatales que permitan llevarlos a cabo.

### 3. *La necesidad de la intervención del Estado para superar la falta de libertad fáctica*

Expuesto lo anterior, los autores explican o justifican el paso, desde el Estado de derecho al Estado social, en la necesidad de que sea la entidad política estatal la que asegure un mínimo de condiciones materiales que corrijan las constricciones materiales provocadas por el liberalismo extremo. Antes de seguir adelante, sin embargo, estimamos necesario examinar los factores que, en nuestra perspectiva, explican a su vez la forma específica que adopta el combate a la pobreza en la tradición europeo-continental.

#### A) *LA IDEA DE SOLIDARIDAD EN LA CULTURA EUROPEA*

Desde luego, cabe observar la presencia de un factor de orden cultural, que explica la naturalidad con la cual la doctrina concernida en el tema concluye que es el poder público el que debe asumir estas obligaciones. Nos referimos a la presencia de la idea de solidaridad en el patrimonio histórico y cultural de Europa, idea que constituye el sustrato sobre el que se desarrolla la idea del constitucionalismo social.

Casper estima en este sentido que, frente al desarrollo histórico norteamericano, una de las más prominentes características de Europa es la temprana emergencia del Estado Social en aquella. Lo anterior redundaba en que, mientras que en el constitucionalismo norteamericano prima el lenguaje de los derechos, y el concepto de Estado tiene una significación escasa, en el pensamiento constitucional europeo, en cambio, el Estado y sus deberes hacia el ciudadano son tan importantes como los derechos de éste. Esta deriva se presenta, de manera transversal, tanto en las tendencias autoritarias como en las democráticas del pensamiento político constitucional europeo, desde finales del siglo XVIII<sup>15</sup>. Es así como junto con la constitucionalización del Estado Social y la intensa regulación de algunos aspectos sociales, en Europa las cuestiones de orden social fueron traducidas, progresivamente, en cuestiones constitucionales, mediante la formulación de principios ordenadores sustantivos<sup>16</sup>.

Pisarello, por su parte, afirma que, antes de las revoluciones sociales del siglo XIX, existía en Europa “una rica prehistoria” de políticas insti-

---

Sin embargo, nos basamos en la nota al pie n° 25, de las pp. 28 y 29 de su libro *Los derechos sociales como derechos exigibles*, citado en la bibliografía de este artículo.

<sup>15</sup> Gerhard CASPER, “Changing Concepts of Constitutionalism: 18th to 20th Century”, p. 312.

<sup>16</sup> *Ibid.*

tucionales dirigidas a resolver situaciones de pobreza y exclusión social, “aunque no necesariamente estatales”. Expresiones de esto serían por ejemplo, en el Medioevo, las leyes de pobres, los socorros a los desfavorecidos y los talleres de reeducación para el trabajo. Se trataría de ayudas que, a diferencia de lo que acontecerá con el constitucionalismo social, estaban configuradas no como derechos, sino como expresiones de caridad, sujetas a la discrecionalidad de las autoridades públicas<sup>17</sup>.

Stolleis, en tanto, sostiene que todas las formas de protección social que se conocen y practican contemporáneamente, pueden ser asignadas a etapas históricas específicas. Algunas de estas instituciones se remontan a la Edad Media temprana; otras –como los hospitales urbanos, fundaciones caritativas, o proyectos de vivienda social– pueden ser asignadas a la época de las ciudades emergentes, a los inicios del comercio, y la formación de las primeras grandes fortunas en los siglos xv y xvi. Otras son el producto de la influencia de poderes sociales tales como las iglesias de la época moderna y, sobre todo, el Estado territorial temprano-moderno, que implementó un nuevo concepto de “trabajo”, combatió la “ociosidad”, y creó centros penitenciarios y casas de trabajo<sup>18</sup>.

Recordemos además que, en términos de legislación preocupada del tema de la pobreza, ya en el siglo xvi se encuentran manifestaciones de lo que se ha conocido como “leyes de pobres” o *Poor Laws*, que fueron establecidas por la reina Isabel en 1601, y que fijaban un impuesto permanente a propietarios y arrendatarios de tierras que era recaudado por las parroquias, la cual debía disponer de las medidas necesarias para socorrer a mendigos y vagabundos, y cuidar de ancianos y enfermos<sup>19</sup>.

De cualquier manera, lo cierto es que la mentalidad europeo continental se muestra mucho más favorable a la inclusión de deberes positivos a cargo del Estado, y en favor de los ciudadanos. El sustrato cultural evidenciado en las anteriores citas explicaría, a nuestro juicio, la “naturalidad” con la que el constitucionalista europeo continental –a diferencia de su par norteamericano– ha estimado al Estado Social y a los derechos sociales no sólo como un deber moral o político del Estado, sino como parte integrante del constitucionalismo contemporáneo y, por tanto, como un deber jurídico constitucional de aquel.

<sup>17</sup> Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, 20 y ss.

<sup>18</sup> Michael STOLLEIS, *Origins of the German welfare state*, p. 24.

<sup>19</sup> Un resumen de la historia de esas leyes en Alexis DE TOCQUEVILLE, *Democracia y pobreza*, p. 62.

B) *EL PAPEL DEL ESTADO COMO DEFENSOR  
DE LOS MENOS FAVORECIDOS*

Sin embargo, con el correr del tiempo la preocupación por los pobres en nuestra cultura asumió un cariz específico, cuando se le entendió como una responsabilidad primaria ya no de la sociedad, sino del Estado, que es lo que origina la idea del Estado social de derecho.

En un análisis comparado del derecho norteamericano con el derecho constitucional europeo, Currie alude al irónico comentario de Anatole France, en 1894, respecto de una ley que prohibía tanto a los ricos como a los pobres el dormir bajo los puentes, como representativa de una creciente convicción de que los gobiernos deberían comenzar a adoptar más medidas afirmativas para beneficiar al pueblo. El autor recuerda además las palabras de Montesquieu, quien argumentaba en *El Espíritu de las Leyes* que el Estado “debía a todos los ciudadanos”, entre otras cosas, alimentación, vestido y la oportunidad de una vida saludable. Finalmente, también son citadas las palabras del filósofo inglés Thomas Hill Green, quien negaba enfáticamente que la libertad consistiese sólo en la ausencia de restricciones legales, insistiendo en cambio que la libertad era “el poder positivo o la capacidad de hacer o disfrutar algo”, de manera que las acciones gubernamentales afirmativas eran esenciales a la libertad<sup>20</sup>.

Las críticas señaladas no sólo se producían en Europa. En Chile, Letelier, a continuación del texto antes citado, afirma:

“¿Y qué es lo que necesitan los desvalidos para no sucumbir en esa contienda despiadada: donde el egoísmo prevalece contra la caridad, la inteligencia contra el corazón, la fuerza contra el derecho? Sólo protección, o sea, la garantía de que el Estado igualará las condiciones de los combatientes dando armas a los débiles para luchar con los fuertes. Eso es lo que el individualismo niega a los desvalidos”<sup>21</sup>.

Poco a poco, estas ideas dieron un cariz específico a la cultura europea de asistencia social<sup>22</sup>. Así, por ejemplo, para Moderne, el constitucionalismo social implica *una vinculación social del Estado* que comprende la obligación de éste de atender a las necesidades de sus ciudadanos. Ello supone la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la economía en su conjunto, de la cual depende a su vez el financiamiento de las necesidades sociales. A diferencia de la ideología del Estado liberal, el

<sup>20</sup> David P. CURRIE “Positive and Negative Constitutional Rights”, pp. 867-868.

<sup>21</sup> LETELIER, *op. cit.*

<sup>22</sup> Por extensión, con “cultura europea” nos referimos a su área de influencia, en la que ciertamente se encuentra Latinoamérica.

constitucionalismo social se proclama intervencionista. No puede confiarse en la justicia inherente a las relaciones interindividuales; el nuevo Estado social debe adoptar un papel activo en la regulación de la economía<sup>23</sup>.

Glendon afirma, en tanto, que las diferencias entre los modelos norteamericano y europeo son manifestaciones legales de actitudes culturales divergentes y profundamente arraigadas hacia el Estado y sus funciones. La idea de un gobierno subyacente a los “derechos positivos” en las Constituciones europeas tiene una historia compleja que representa en parte una transposición, al Estado moderno, de la noción feudal que un soberano debía cierta protección a sus dependientes a cambio de su servicio y lealtad. Más cerca, refleja los programas de los principales partidos políticos europeos, un gran grupo animado por el pensamiento social cristiano y otro, por principios socialistas o socialdemócratas<sup>24</sup>.

Ello sería la razón de por qué, según sostiene Glendon, los constitucionalistas continentales posteriores a la segunda guerra mundial, de todas las tendencias políticas, suplieron las tradicionales libertades negativas con ciertas obligaciones o derechos sociales y económicos afirmativos. Agrega la autora que mientras los políticos estadounidenses de izquierda y derecha profesan similar desconfianza a la intervención estatal en cuestiones sociales –amén de la ausencia de garantías positivas en la Constitución norteamericana–,

“[l]os principales partidos conservadores europeos, por ejemplo, aceptan el subsidio de crianza de familias y la financiación de la salud, el empleo y el seguro de vejez, en niveles que para la mayoría de los estadounidenses resultarían apenas creíbles”<sup>25</sup>.

Además, la autora recuerda la estructura inusual del Estado de bienestar norteamericano, que, mucho más que en otros lugares, deja las pensiones, seguros y otros beneficios a la organización privada, principalmente a través de los lugares de trabajo, y no directamente a través del sector público<sup>26</sup>.

En resumen, Loewenstein también hace notar este giro señalando que, si en el individualismo clásico, el Estado era el enemigo contra el que había que defender las zonas protegidas de la autonomía privada,

---

<sup>23</sup> Franck MODERNE, “¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea?”, p. 504.

<sup>24</sup> Mary Ann GLENDON, “Rights in Twentieth-Century Constitutions, pp. 524-525. Ver también, de la misma autora, “El Lenguaje de los Derechos” p. 121.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *Ibid.*

bajo la nueva filosofía social el Estado se ha convertido en el amigo que está obligado a satisfacer las necesidades colectivas de la comunidad. El colectivismo ha dejado de ser el monopolio de la doctrina socialista y ha dejado también de ser incompatible con el individualismo<sup>27</sup>. De esta manera se generaliza un nuevo concepto, el Estado Social de derecho, que se caracteriza, de acuerdo a Martínez Estay, por una intervención del Estado en la economía, enfoque que reemplaza al abstencionismo propio del Estado liberal<sup>28</sup>.

#### *4. La aparente simplificación del problema social y su consecuente reducción a un tema jurídico*

Como ya hemos dicho en otra oportunidad<sup>29</sup>, el razonamiento jurídico se caracteriza y diferencia de la Política precisamente por su carácter reduccionista, por lo que no es difícil que, consciente o inconscientemente, un juez o autor de nuestra disciplina jibarize un problema de la envergadura de la pobreza y lo justo social, a dos términos enfrentados, ignorando una serie de matices que resultan esenciales en estas cuestiones.

Así las cosas, no es extraño que una parte de la doctrina partidaria de la justiciabilidad directa de los derechos sociales estime que el problema de lo social se encuentra perfectamente claro, incluso en términos jurídicos. Dado que la verdadera libertad depende de ciertos mínimos materiales, el asunto de la pobreza y la justicia social se reduce a la elección entre dos extremos: por una parte, las necesidades de una persona o un grupo, llevados al estrado judicial; y por la otra, un Estado que, obligado a ello, se niega a satisfacer dichas demandas, sea por razones presupuestarias o de otro orden. Así planteada la cuestión, sólo se ajustaría a derecho aquel comportamiento estatal que consiente en atender dichas demandas, entendidas como derechos humanos o fundamentales –es decir, como prerrogativas innegociables– de la persona. Y si el Estado no lo hace, será compelido a ello con la fuerza del derecho. Desde luego, la posibilidad de aplicar otras alternativas de solución, o de permitir intervención, en el combate contra la pobreza, de entidades distintas del Estado, está fuera de la ecuación.

---

<sup>27</sup> Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 400.

<sup>28</sup> José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, pp. 27 y ss.

<sup>29</sup> Rodrigo A. POYANCO BUGUEÑO, “Los jueces constitucionales la política y la deferencia judicial”, pp. 67-101.

Obsérvese, por ejemplo, la clásica formulación de Alexy respecto de la justiciabilidad de los derechos sociales, quien en un muy citado párrafo declara que:

“El argumento principal a favor de los derechos sociales fundamentales es un argumento de la libertad. Su punto de partida son dos tesis. La primera es: la libertad jurídica para hacer u omitir algo, sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor [...]”<sup>30</sup>.

En el mismo lugar, este influyente autor alude a la necesidad de la actuación estatal. Es lo que denomina como la “segunda tesis” que fundamenta los derechos sociales:

“[...] bajo las condiciones de la sociedad industrial moderna, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un ‘ámbito vital dominado por ellos’, sino que depende esencialmente de actividades estatales. También, con la reserva de algunas especificaciones, es posible estar de acuerdo con esta tesis”<sup>31</sup>.

En estas condiciones, no es extraño que en la doctrina concernida abunden las opiniones que impulsan una juridificación completa de estos temas, con el objeto de extraerlos del debate político y consagrar así, a través de los jueces constitucionales, un determinado entendimiento de esta cuestión<sup>32</sup>. Así, por ejemplo, en el derecho constitucional brasileño, uno de los que registra más activismo judicial en esta materia, Piovesan y Stanziola Vieira concluyen que la Constitución de ese país de 1988 –que reconoce como fundamentales a los derechos sociales enumerados en su artículo 6º– acabó por extender las tareas del Estado, incorporando fines económicos sociales positivamente vinculantes de naturaleza jurídica. Agregan que

“[l]a política, en definitiva, dejó de ser concebida como un dominio jurídicamente libre y constitucionalmente desvinculado, una vez que sus dominios pasaron a sufrir límites e imposiciones de acción, por medio de un proyecto material constitucional de orden vinculante. Surgió esto, una verdadera configuración normativa de la actividad política”<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 446–447.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Desde luego, desde el enfoque propuesto en este trabajo, la definición de esta cuestión por los poderes político-representativos, a través de procedimientos democráticos y dictando la normativa pertinente, no nos merece objeción alguna.

<sup>33</sup> Flavia PIOVESAN y Renato STANZIOLA VIEIRA, “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas”, p. 132.

En el mismo sentido, Abramovich y Courtis señalan que, aun en un contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones sociales supone una *autolimitación* de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria<sup>34</sup>.

A nivel del derecho internacional de los derechos sociales, Kartashkin señala que, si bien la regulación internacional de los derechos económicos, sociales y culturales no apunta a una estandarización de la legislación o un determinado sistema político o social entre diferentes países, sí los estándares internacionales establecerían un contenido mínimo de los derechos sociales y objetivos de bienestar a ser logrado por los estados, *cualquiera sea su sistema o circunstancias*, aun si –como es el caso del Pacto PIDESC– la plena realización de los derechos es prevista como el resultado del desarrollo progresivo de políticas nacionales, legislación y acción práctica<sup>35</sup>.

El mismo entendimiento parece haber sido acogido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, quien afirma, en los numerales 13 y el 14 de su Observación General N° 3, que la obligación estatal de atender las demandas sociales implicadas en los derechos sociales contenidos en el PIDESC persiste *incluso en el caso de que el estado respectivo carezca de recursos para atender las demandas sociales de su población*. En tal supuesto, la solución es la imposición de una obligación internacional de los demás Estados, que están en condiciones de ayudar a los demás, mediante mecanismos de cooperación internacional<sup>36</sup>.

De esta manera, en definitiva, los Estados seguirían obligados a satisfacer un núcleo de derechos sociales –en la forma y modo en que son entendidos por la doctrina respectiva–, como obligación jurídica fundamental, cualquiera sea la orientación política que adopte dicha sociedad, y cualesquiera sean las circunstancias que usualmente influyen en otras políticas sociales y económicas. Esa obligación subsistiría, incluso ante las situaciones más adversas, incluyendo crisis económicas.

Sin embargo, la libertad fáctica, tal como el resto de elementos y conceptos que componen la idea general de lo que denominaremos “lo justo social” (Estado social, derechos sociales, igualdad efectiva, libertad efectiva, etc.) presenta aspectos filosóficos, políticos e incluso morales –en suma, extrajurídicos–, que también debieran ser considerados, y que

---

<sup>34</sup> Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 36–37.

<sup>35</sup> Vladimir KARTASHKIN, “Economic, Social and Cultural Rights”, p. 113.

<sup>36</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, “Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, 1990)”.

parecen difíciles de esclarecer, al menos recurriendo sólo a herramientas de interpretación jurídica<sup>37</sup>.

### 5. La libertad fáctica como concepto controvertido y la pobreza como un fenómeno social complejo

Como puede desprenderse de lo que señalan Waldron<sup>38</sup> y Pereira Menaut<sup>39</sup>, la discrepancia y la parcialidad parecen caracteres esenciales de lo político. Ya Aristóteles consideraba que la comunidad política no puede ser una unidad —es decir, una comunidad sin pluralidad de intereses y aspiraciones—, pues la unidad forzada convertiría a la ciudad en una familia y a ésta en una persona sola, destruyendo la ciudad.

“Lo que se ha considerado como el mayor bien en las ciudades en realidad las destruye. Sin duda, el bien de cada cosa es aquello que la preserva”<sup>40</sup>.

Y, en materia de regímenes políticos, Platón advierte que el pluralismo es la consecuencia más visible de la democracia.

“[P]ienso que los hombres que se desarrollen en este régimen político serán de toda variedad, más que en cualquier otro [...] Además, bien-

---

<sup>37</sup> Por el contrario, muchos autores intentan demostrar que los problemas que nosotros estimamos como indeterminados presentan, por el contrario, un contenido de naturaleza jurídica que está perfectamente claro. Además del libro de los autores Abramovich & Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, citado en este trabajo, véase una buena compilación de doctrina y jurisprudencia en el trabajo del profesor Humberto NOGUERIRA ALCALÁ, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 7, N° 2, 2009, pp. 143-205.

<sup>38</sup> WALDRON señala que las leyes son el producto de un complejo proceso deliberativo que toma en serio el desacuerdo, y tienen pretensión de autoridad sin intentar ocultar, por ello, la controversia y la división que envuelve su aplicación. Una asamblea legislativa tiene la función de representar las principales facciones de una sociedad y la de elaborar leyes tomando en serio las diferencias entre ellas, en lugar de pretender minimizarlas o negar su existencia. Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, pp. 18-36.

<sup>39</sup> A diferencia de lo que pasa con el derecho de origen jurisdiccional, dice este autor, la Política, aunque sea altruista, persigue sus metas con criterios partidistas que no todos los afectados comparten, ni es posible que compartan al cien por ciento. El derecho, aunque pueda no tener la misma altura de miras, necesariamente ha de impartirse con imparcialidad, o dejará de ser derecho. En Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Doce Tesis sobre la Política*, p. 47.

<sup>40</sup> ARISTÓTELES, *Política*, 1261a-1261b.

aventurado amigo, este régimen es muy apropiado para indagar dentro de él una organización política [...] [p]orque cuenta con todo género de constituciones, debido a la libertad; y es posible que quien quiera organizar un Estado, como nosotros acabamos de hacer, deba dirigirse a un Estado democrático, y allí, como si hubiese llegado a un bazar de constituciones, escoger el tipo que más le agrade, y, una vez escogido, proceder a su Fundación<sup>41</sup>.

Por el contrario, Berlin evidencia que, cuando se está de acuerdo en los fines, los únicos problemas que quedan son los de los medios, y éstos no son políticos, sino técnicos; es decir, capaces de ser resueltos por los expertos o por las máquinas, al igual que las discusiones que se producen entre los ingenieros o los médicos<sup>42</sup>.

En este contexto, pareciera que muchos juristas asumen que el tema de la pobreza y la justicia social son asuntos zanjados, desde hace mucho, en un sentido determinado. De lo que se trataría entonces es, simplemente, de demostrar cómo el derecho debe asegurar el cumplimiento de ese determinado modelo de justicia social.

Sin embargo, desde que, a nuestro juicio, existe una separación clarísima entre los campos del Derecho y la Política<sup>43</sup>, creemos que tanto la propia idea de libertad fáctica, en particular, como el fenómeno de la pobreza, en general, parecen ser justamente parte de aquellos problemas sociales complejos y multicausales que admiten y provocan discusión y polémica no sólo jurídica, sino también política, en cuanto a su causas y efectos.

A continuación nos limitaremos a mencionar algunos de aquellos factores que, al menos desde nuestro punto de vista, plantean cuestiones que no pueden ser determinadas y resueltas por el juez, en tanto juez<sup>44</sup>.

#### A) LA LIBERTAD FÁCTICA COMO UN PROBLEMA IDEOLÓGICO

A nuestro juicio, una de las cuestiones más discutidas es qué significa realmente la libertad fáctica, asunto que no parece ser pacífico entre la

---

<sup>41</sup> PLATÓN, *Diálogos*, 557 c-d.

<sup>42</sup> Isaiah BERLIN, *Cuatro ensayos sobre libertad*, pp. 187-188.

<sup>43</sup> Asunto desarrollado en más detalle en nuestro artículo citado anteriormente (ver nota al pie N° 36, *supra*).

<sup>44</sup> El autor es apenas un jurista, y en tal calidad escribe este artículo, por lo que no pretendemos competir en este ámbito con los que estimamos verdaderos especialistas en estas materias (fundamentalmente, sociólogos, economistas y cientistas políticos). Sólo queremos enumerar, de forma en absoluto exhaustiva, factores que a nuestro juicio muestran lo complejo del problema en examen, al menos desde la perspectiva del simple razonamiento jurídico.

propia doctrina jurídica, las demás ciencias sociales que se ocupan del tema y *–last but not least–* entre los ideólogos que han planteado sus opiniones al respecto.

Para limitarnos a esto último, recordemos la clásica formulación de Berlin respecto de los distintos sentidos de la palabra libertad. Allí, Berlin se refiere a uno de los aspectos de la libertad política, en los siguientes términos.

“[n]ormalmente se dice que soy libre en la medida en que ningún hombre ni grupo de hombres interfieren en mi actividad. En este aspecto, la libertad política es, simplemente, el espacio en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Si otros me impiden hacer algo que antes podía hacer, entonces soy en esa medida menos libre; pero si ese espacio es recortado por otros hombres más allá de lo admisible, entonces puede decirse que estoy siendo coaccionado o hasta esclavizado [...] La coacción implica la interferencia deliberada de otros seres humanos dentro de un espacio en el que, si ésta no se diera, yo actuaría. Sólo se carece de libertad política cuando son seres humanos los que me impiden alcanzar un fin. La impotencia para alcanzar un fin no indica falta de libertad política<sup>45</sup>.

Sin embargo, a diferencia del sentido anterior, en otro significado la libertad puede relacionarse con las ideas de autorrealización y desarrollo personal. Berlin se refiere al supuesto en el cual la incapacidad para conseguir una determinada cosa se atribuye a la acción o mala voluntad de otros seres humanos. Para llegar a esa conclusión, sostiene ese autor, hay primero que haber adherido a una determinada teoría social o económica:

“[...] Sólo porque creo que mi incapacidad de conseguir una determinada cosa se debe al hecho de que otros seres humanos han actuado de tal manera que a mí, a diferencia de lo que pasa con otros, se me impide tener suficiente dinero para poder pagarla, es por lo que me considero víctima de coacción u opresión. *En otras palabras, este uso del término depende de una especial teoría social y económica acerca de las causas de mi pobreza o debilidad.* Si mi falta de medios materiales se debe a mi falta de capacidad mental o física, diré que me han quitado la libertad (y no hablaré meramente de pobreza) sólo en el caso de que acepte esta teoría [...]”<sup>46</sup>.

Como puede verse, el autor alude directamente a cómo el sentido de libertad puede cambiar cuando se adhiere o no a una determinada

<sup>45</sup> Isaiah BERLIN, *Dos conceptos...*, *op. cit.*, pp. 191-192.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp. 192-193.

teoría social y económica. Por eso es que, a partir de la formulación del referido autor, sostiene Heywood que, al igualarse con la capacidad de los seres humanos de actuar y realizarse a sí, esta concepción de la libertad mismos –es decir, en el lenguaje ocupado en nuestro artículo, la libertad “fáctica”– se ocupa más de la distribución de recursos materiales o económicos y se vincula al bienestar. La noción de libertad positiva por tanto

“comprende una amplia serie de teorías y principios cuyas consecuencias políticas son distintas y a veces contradictorias. En efecto, la libertad puede ser positiva por cuanto está a favor del poder efectivo, la autorrealización, el autodomínio o autonomía o la filosofía moral o “interior”<sup>47</sup>.

En consecuencia, parece existir más de un enfoque y más de una solución al problema de la falta de requisitos materiales mínimos –es decir, la pobreza–, o al menos así lo piensa, de manera completamente legítima, un significativo número de personas. En el mismo sentido, Rosenkrantz se refiere a lo que denomina la “objeción epistémica” a la justiciabilidad de los derechos sociales:

“Como cuestión de hecho, nosotros no coincidimos en lo que requiere la justicia distributiva. Nuestras sociedades están caracterizadas por el pluralismo no sólo acerca de las concepciones del bien sino también acerca de las exigencias de lo correcto. Ninguna teoría de la justicia distributiva ha ganado suficiente apoyo en las democracias constitucionales modernas. No hay ninguna distribución de recursos que se haya convertido en una verdad política incontestable. Consecuentemente, desde el punto de vista colectivo y político, no sabemos qué es lo que es de cada uno en el contexto de una cooperación justa entre individuos que participan de la empresa de la vida social [...]”<sup>48</sup>.

A mayor abundamiento, citemos al respecto una muy conocida afirmación del jurista chileno Fernando Atria, quien ejemplifica con el derecho a la educación, consagrado en el art. 19 N° 10 de la Constitución chilena de 1980<sup>49</sup>, el hecho de que personas de diferentes sensibilidades

<sup>47</sup> Andrew HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, p. 296.

<sup>48</sup> C.F ROSENKRANTZ, “La pobreza, la ley y la constitución”, pp. 8-9.

<sup>49</sup> Art. 19 n°. 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

ideológicas elegirían concretizar, de forma muy distinta, una misma norma sobre un derecho social. Señala:

“Yo no creo que el artículo [antes referido] sea “indeterminado”: él exige un sistema público de educación no sólo mínimamente decente, sino aproximadamente igual en calidad al sistema privado. Otros chilenos piensan (también sin ver mayor “indeterminación” en el artículo 19 N° 10) lo contrario”<sup>50</sup>.

A partir de lo anterior, el autor concluye que:

[...] [E]s incorrecto entender que lo problemático de los derechos sociales, en esta lectura, sea su “indeterminación” [...]. No se trata de que esos derechos sean, a diferencia de los de primera generación, “indeterminados” en cuanto a su contenido. Se trata de que una norma que constitucionaliza un derecho social no contiene decisión política alguna que pueda ser entendida y aplicada por un juez en tanto juez [...] La tesis defendida aquí [...] es que no es una forma de razonamiento jurídico, sino político [...]”<sup>51</sup>.

Cabe agregar que incluso las propias y tradicionales opciones “izquierda-derecha”, que son las que se han disputado la solución al tema en examen durante el siglo xx, parecen estar quedando atrás. En el mismo ejemplo de la educación, Heywood da cuenta de cómo desde la década de los ‘80 del siglo xx, la alternativa socialismo-liberalismo empezó a quedar superada por nuevos desarrollos. Manifiesta este autor que

[...] [La] preocupación por la erosión del compromiso cívico a causa de la importancia que se concede a los derechos antes que a las obligaciones ha atraído un apoyo creciente y más amplio desde el decenio de 1980. Lo

---

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.

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

<sup>50</sup> Fernando ATRIA, “Réplica. Derecho y Política a propósito de los derechos sociales”, pp. 151-152.

<sup>51</sup> *Ibid.*

han adoptado los pensadores comunitaristas y ha alentado a los políticos de la llamada “tercera vía” a adoptar una agenda hecha de “derechos y responsabilidades”. Por este motivo se han sustituido las subvenciones de la educación superior con un sistema de préstamos a estudiantes que ahora se emplea en un número creciente de países, incluidos los Estados Unidos, Australia y el Reino Unido. [La] implantación de costes de docencia también demuestra el deseo de fortalecer las obligaciones civiles. Los estudiantes tienen el deber de pagar por su educación; no se limitan a tener el derecho de acceso a ella [...]”<sup>52</sup>.

Podría incluso darse el caso de que el cuestionamiento alcance a la propia procedencia de considerar el tema de la pobreza como un tema político<sup>53</sup>, o de elevar los deberes del Estado frente a la desigualdad social, a un problema de derecho constitucional.

Así por ejemplo, limitándonos a un autor clásico en nuestra disciplina, Tocqueville<sup>54</sup> criticaba el sometimiento del combate a la pobreza a un régimen de derechos, por cuanto privaba al asistencialismo de sus virtudes morales, pero mantenía la limosna:

“[...] El rico, a quien, sin consultarle, la ley despoja de una parte de su superfluo, no ve en el pobre más que a un ávido extraño llamado por el legislador a compartir sus bienes. El pobre, de su parte, no siente gratitud alguna ante una buena acción que no puede serle refutada, y que por otro lado no podría satisfacer; y es que la limosna pública, que asegura la existencia, no la vuelve más feliz o más cómoda de lo que lo haría la limosna individual; la asistencia legal en absoluto impide, pues,

---

<sup>52</sup> Andrew HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, p. 244.

<sup>53</sup> Recordemos que importantes pensadores de la corriente liberal del constitucionalismo clásico eran indiferentes o directamente refractarios a la idea de tratar la pobreza en un marco jurídico. Así, por ejemplo, TOCQUEVILLE se oponía a la integración del tema social en un régimen de derechos, pues de esa manera, estimaba, se profundizaría el antagonismo entre ricos y pobres, se mantendría la limosna –y, en definitiva, la desigualdad–, pero ahora a cargo del Estado, y se perderían de esta forma todas las virtudes asociadas la asistencia privada, en particular la voluntariedad y la gratitud. Ver al respecto Alexis de TOCQUEVILLE, *Democracia y pobreza*, pp. 68-69. En tanto, David CURRIE, al referirse a la ausencia de derechos positivos en la Constitución norteamericana, señala que no obstante sus numerosas virtudes, James MADISON y sus amigos “sólo difícilmente podrían ser descritos como socialdemócratas modernos” en *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, citado en la bibliografía, pp. 15-16). Finalmente, recordemos también a autores contemporáneos, juristas y economistas, que son frecuentemente citados en estas cuestiones, y que sostienen diversas perspectivas sobre el tema de la justicia social: RAWLS, NOZICK, HAYEK, SEN, y, últimamente, PIKETTY.

<sup>54</sup> Recordemos también a otros autores contemporáneos, juristas y economistas, que son frecuentemente citados en estas cuestiones, y que sostienen diversas perspectivas sobre el tema de la justicia social: RAWLS, NOZICK, HAYEK, SEN y, últimamente, PIKETTY.

que siga habiendo en la sociedad pobres y ricos, que aquéllos lancen a su alrededor miradas llenas de odio y de temor, que éstos no piensen en sus males con desesperación y envidia. Lejos de tender a unir en un mismo pueblo a estas dos naciones rivales que existen desde el comienzo del mundo y que se llaman ricos y pobres, quiebra el único vínculo que podía establecerse entre ellas, alinea a cada una bajo su propio pabellón, las cuenta y, poniéndolas frente a frente, las prepara para el combate”<sup>55</sup>.

En cuanto a lo segundo, recuérdese al efecto la conocida formulación de Fortshoff, para quien el Estado liberal de derecho y el Estado social son dos componentes concretos de la vida política alemana, pero que se han desarrollado en planos diferentes de las formas jurídicas. Por ello la pregunta que intenta responder este autor es si es posible la fusión de los elementos social y liberal en la unidad de una Constitución. Posteriormente este autor concluye que el Estado de Derecho y el Estado social son, en el sentido intencional, completamente diversos, por no decir antagónicos. El Estado de Derecho tiene sus propias instituciones, formas y conceptos referidos a la libertad. El Estado social, consecuente en su realización práctica, establece también sus propias instituciones, formas y nociones que han de estar configuradas de modo sustancialmente distinto<sup>56</sup>.

Los aspectos mencionados nos muestran que estamos ante una cuestión poliédrica y compleja. Evidentemente, un análisis a fondo de estas tendencias y sus contrarias, así como su pertinencia o utilidad para resolver el tema de la pobreza, escapa por completo a las posibilidades del autor y de un trabajo como éste. Simplemente, nos limitamos a evidenciar dicha complejidad. Asumida ésta, la cuestión es si cualquiera de las visiones que inciden en este asunto puede ser escogida o excluida del debate público a golpe de sentencias judiciales.

B) ¿EL ESTADO COMO ENTE ENCARGADO  
DE LA LUCHA CONTRA LA POBREZA?

Como vimos antes, cierto es que la tendencia cultural de nuestra tradición cultural europeo-continental ha entregado a la sociedad la preocupación por sus miembros más débiles. Sin embargo, “sociedad” no es lo mismo que “Estado”.

<sup>55</sup> Alexis DE TOCQUEVILLE, *Democracia y pobreza*, pp. 68-69.

<sup>56</sup> Ernst FORSTHOFF, “Concepto y Esencia del Estado social de Derecho”, pp. 80-86. ABENDROTH, crítico de esta idea, reconoce que, en definitiva, la mayoría de la doctrina alemana terminó por inclinarse ante esta formulación respecto de los efectos de la cláusula del Estado social en la Ley Fundamental alemana de 1949 (art. 20.1). En Wolfgang ABENDROTH, “El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político”, pp. 28-30.

Desde un punto de vista contemporáneo, una de las justificaciones más influyentes a la labor del estado en el combate de la pobreza es la teoría de la “procura existencial”, de origen alemán. El concepto de la “procura existencial” fue acuñado por Forsthoff en un trabajo publicado en 1938 con el título *Die Verwaltung als Leistungsträger*, relativo a una serie de bienes necesarios para una existencia humana plena. Con él se pretende designar una función estatal esencial en un Estado social de derecho; una función, ante todo, de la Administración, que es quien debe suministrar tales prestaciones, pero también del legislador, obligado a elaborar la regulación correspondiente<sup>57</sup>.

En términos generales, a partir de esa teoría, se sostiene que la supervivencia de las personas en las sociedades modernas es tarea del estado, como resultado de la pérdida de un supuesto “espacio vital dominado”, pre-social, que era lo que antes de nuestras actuales formas de organización política, habría garantizado la subsistencia de las personas. Al no contar con esa fuente de sustento, el individuo depende para su diario vivir de la actividad estatal.

Así por ejemplo, Hesse sostiene que la libertad de los ciudadanos bajo las relaciones actuales no estriba sólo en una liberación de la intervención estatal, sino que depende mucho más de una serie de condiciones que no están a disposición del individuo. Hoy día la dotación y el mantenimiento de tales condiciones constituye una clara tarea del Estado, que ha llegado a ser quien planifica, guía y configura, esto es, el Estado de la procura existencial y del aseguramiento social. [...] Si se observa la libertad tanto desde el punto de vista del Estado como desde el de los poderes sociales, la libertad que garantizan los derechos fundamentales no puede entenderse como una esfera del individuo libre de la influencia estatal, que el Estado simplemente haya de respetar. La procura *por* el Estado de la efectividad de los derechos fundamentales deviene presupuesto de que llegue a haber una real libertad. El Estado ya no aparece sólo como el enemigo potencial de la libertad, sino que tiene que ser también su defensor y protector<sup>58</sup>.

Sin embargo, aunque asumiéramos el supuesto teórico de la procura existencial<sup>59</sup> y su consecuencia, esto es, la obligación primaria del Estado

---

<sup>57</sup> Hartmut MAURER, *Derecho administrativo alemán*, p. 8. De ahí se derivan conceptos tales como el mínimo vital o *Dasein*. En Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Sistema político y constitucional de Alemania*, p. 35. Para un desarrollo del concepto en la literatura jurídica española, véase el clásico de Manuel GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, pp. 26 y ss.

<sup>58</sup> Konrad HESSE, “Capítulo III. Significado de los derechos Fundamentales”, pp. 94-95.

<sup>59</sup> Excluyendo, desde luego, la situación de las personas en estado de indigencia, cabría preguntarse, parafraseando a TOCQUEVILLE, si un “orgullosa barón de la Edad Media”

en este campo, estimamos que un entendimiento demasiado rígido de esta cuestión podría excluir la necesidad de considerar matices que relativizan bastante las conclusiones que emanan de estos postulados.

Es así como pocas veces parece repararse en que, muy probablemente, la primacía del Estado en estas cuestiones es el resultado de la eliminación, por el propio Estado, de otras entidades sociales que hasta antes de la aparición de aquél, en la época moderna, enfrentaban el tema de la pobreza de manera complementaria o incluso, en determinados casos, de forma más eficiente que el propio poder político.

Consideremos, al respecto, que Grossi señala como nota característica de la Edad Media la ausencia de una vocación totalizadora en dicho poder –que por el contrario será, precisamente, la característica del Estado moderno–, lo que permitió no sólo la existencia de un verdadero pluralismo jurídico, esto es, en primer término

“la posibilidad de convivencia de distintos ordenamientos jurídicos producidos por grupos sociales que actúan en un territorio sujeto a la misma autoridad política”,

sino también, la existencia de un pluralismo social. La precariedad de la vida en la Edad Media y el carácter incompleto del poder político abrieron paso a la asociatividad y al triunfo de los cuerpos intermedios, atendida la insuficiencia del sujeto individual para procurar su subsistencia. Así, proliferan en esa etapa histórica asociaciones intermedias –grupos pluri-familiares, corporaciones de naturaleza religiosa, asistencia, profesional, micropolítica–, formaciones comunitarias

“que se proponen como sustitutos de una fuerza general superior ausente o carente, y como organizaciones necesarias en una realidad política sin cohesión y por lo tanto incapaz de mantener la paz social; el ofrecerse por parte de estas sociedades intermedias como nichos que le permiten al individuo sobrevivir y disfrutar de un mínimo de presencia social”.

La realidad sociopolítica medieval se presenta como una comunidad compleja y muy fragmentada, una sociedad de sociedades, con una estructura de larga duración y

---

–o aún un monarca–, con sus cotos de caza y numerosas personas sujetas a su autoridad, gozaban de mejores condiciones de salud, vivienda, educación y cultura que algunos de los más modestos habitantes promedio de nuestras superpobladas urbes del siglo XXI (de Alexis DE TOCQUEVILLE, *Democracia y pobreza*, pp. 54-55, haciendo la misma comparación entre los habitantes acomodados de su época y los nobles de dicha etapa histórica).

“que se demostraría aún viva, a pesar de la existencia de estructuras políticas auténticamente estatales, hasta el final del Antiguo Régimen, en el umbral de la Revolución Francesa”<sup>60</sup>.

Sin embargo, la revolución de 1789 tiene enormes consecuencias en la organización social del Antiguo Régimen, al eliminar y reemplazar la compleja sociedad estamentaria medieval por una estructura simple y compacta, “rigurosa e inescindiblemente unitaria”, lo que Grossi denomina “la hoz de la igualdad”. Se borran de golpe las estratificaciones y diferenciaciones seculares, y se realiza un paisaje jurídico radicalmente nuevo, marcado “por dos rasgos que invertirán el orden del Antiguo Régimen: homogeneidad y simplicidad”. De ahora en adelante, lo que existe es

“un pueblo compuesto de sujetos perfectamente iguales en el plano del derecho [...] sujetos individuales [...] concebidos y realizados como sujetos solitarios dentro de una única macro-comunidad nacional, y libres de las micro-comunidades (religiosas, sociales, profesionales)—ya suprimidas definitivamente— del Antiguo Régimen”<sup>61</sup>.

El autor concluye que

“[...] De esta manera, si se nos permite la expresión, la superficie del reino (y luego, de la República) de Francia se hace completamente lisa, para que el poder se proyecte en ella sin obstáculos: no hay formaciones sociales que puedan atenuar su homogeneidad, con excepción de la familia natural, y tampoco debe haber particularismos jurídicos que puedan fragmentar su unidad. Dicho de otra manera: –unidad perfecta de la nación, y unidad perfecta del derecho”<sup>62</sup>.

En el mismo sentido, D’ors señala que

“[e]l liberalismo, enarbolando la bandera de la libertad individual contra las ataduras tradicionales de la sociedad, fue disolviendo todos aquellos grupos sociales naturales que, de un modo u otro, agrupan orgánicamente a las personas, y dejó así, frente a frente [...] al individuo desarmado contra el poder creciente y absorbente del Estado, ya que aquellos grupos naturales disueltos por el liberalismo como presuntas trabas de la libertad

<sup>60</sup> Paolo GROSSI, *Europa y el derecho*, pp. 19-24 y 32-33.

<sup>61</sup> El autor recuerda la famosa ley *Le Chapelier* –así llamada por el nombre de su proponente– promulgada en junio de 1791, que proclamaba el *anéantissement*, la aniquilación, la absoluta cancelación de toda estructura corporativa. *Ibid.*, pp. 114-116.

<sup>62</sup> *Ibid.*, pp. 115-116.

eran precisamente los que, limitando la omnipotencia de un único poder político, podían defender al individuo contra la prepotencia estatal, y garantizar la libertad social [...]”<sup>63</sup>.

Finalmente, Böckenförde alude también a la influencia mutua que tuvieron la exacerbación del capitalismo y la supresión de los antiguos vínculos feudal-estamentales y corporativos, en la aparición de la desigualdad entre los individuos<sup>64</sup>.

Lo anterior debe servirnos para relativizar el supuesto de que es el Estado –y sólo el Estado– el que debe salvar al individuo de la menesterosidad y que, por tanto, es la entidad que debe asumir de forma excluyente determinadas funciones de asistencia social. Hasta cierto punto llevada al extremo esta idea podría dificultar seriamente una participación de la sociedad en materias de ayuda y asistencia social.

En ese sentido, Montoro Romero estima al término *Estado de Bienestar* como confuso y engañoso porque es reduccionista: limita la existencia del Bienestar a la única acción del Gobierno o del Estado, de manera que no existe Bienestar fuera de esa acción o intervención [...] La asociación *Estado y Bienestar* tiene una clara legitimidad histórica, es cierto [...]”. Este autor llega a postular que

“cuestiones características del Bienestar, como pueden ser la pobreza, el desempleo, la educación o la salud, no surgieron como tales de forma socialmente espontánea, de manera que el Estado se las encontró en su camino y decidió actuar sobre ellas. Formaron parte constituyente del mismo proceso de formación del Estado moderno y, en definitiva, del Estado de Bienestar. [...] Con otras palabras, el Estado no encontró enfrente a la sociedad civil y decidió actuar sobre ella, sino que la subsumió en buena parte en su mismo proceso de conformación [...]. En este largo proceso, el Estado se ha apropiado del Bienestar hasta hacerlo consustancial a sí mismo, hasta impedir ver la posibilidad de Bienestar sin la presencia (total o parcial) del Estado”<sup>65</sup>.

En sentido similar, Rosanvallon sugiere que no es el capitalismo, con sus contradicciones y la lucha de clases que le acompaña, el que da la clave del Estado-providencia, sino la propia evolución del Estado-nación moderno que, de asegurar la vida y propiedad de las personas –de acuerdo

<sup>63</sup> Álvaro D’ORS, “La Libertad”, p. 216.

<sup>64</sup> Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, pp. 31-35.

<sup>65</sup> Ricardo MONTORO ROMERO, “La Reforma del Estado de Bienestar: Derechos, Deberes e Igualdad de Oportunidades”, p. 11.

a la formulación clásica de Locke y Hobbes–, pasa a asegurar la propia existencia de sus súbditos, gracias a la influencia del movimiento democrático e igualitario. El autor concluye que

“[s]in duda, ambas formas de organización [el “estado protector” y el “estado benefactor”] se apoyan en las mismas instituciones: pero ello se debe a que se fundamentan en una misma concepción del individuo y de sus relaciones con el Estado”<sup>66</sup>.

Lo anterior tiene una importancia no menor, desde que un entendimiento rígido de los deberes y potestades del Estado en materia social excluyen la posibilidad de permitir que la sociedad –como término alternativo a los extremos “estado” e “individuo”– pueda efectuar un aporte no menor a la cuestión de la asistencia social.

De ahí la importancia del principio de subsidiariedad, con el que, de acuerdo a D’ors, se alude no “a las irreales pretensiones del primer liberalismo”, sino de la defensa de los grupos menores, de los grupos naturales intermedios entre el individuo, teóricamente defendido por el liberalismo, y el Estado, eficazmente encumbrado por el socialismo”<sup>67</sup>.

Lo anterior resulta particularmente significativo en ordenamientos constitucionales como el chileno, donde el principio de subsidiariedad está claramente consagrado en la constitución de 1980<sup>68</sup>. En nuestra opinión, ese principio de subsidiariedad es una potente base para fundar y consolidar un sistema en donde la sociedad pueda asumir –como de

---

<sup>66</sup> Pierre ROSANVALLON, *La crisis del Estado Providencia*, pp. 37-40. El autor menciona, respecto de Francia, los informes del Comité de Mendicidad de la Convención Constituyente, establecido por LA Rochefoucauld Liancourt en 1790, que preconizaban un programa que buscaba a la vez multiplicar la masa de propietarios, por medio del trabajo y sobre todo de la venta de propiedades nacionales, y poner en marcha mecanismos de asistencia pública para indigentes. Alude también al informe BARRERÉ del 11 de mayo de 1794, según el cual:

“En una República bien ordenada, cada ciudadano tiene alguna propiedad, la dignidad no se ve corrompida por la limosna; la aristocracia no puede usar el disfraz de la caridad pública para exigir una servidumbre, la palabra mendigo es desconocida, y la República se basta para ejecutar la gran ley de la beneficencia universal, por medio de regulaciones sabias y de una economía razonada. Sí, hablo de sus derechos porque, en una democracia que se organiza, todo tiene que tender a elevar a cada ciudadano por encima de las primeras necesidades, por medio del trabajo si no se trata de un inválido; de la educación si se trata de un niño, y del auxilio social si se trata de un anciano o un inválido. No olvidemos que el ciudadano de una República no puede dar un paso sin pisar su territorio, su propiedad”.

<sup>67</sup> Álvaro D’ORS, “La libertad”, pp. 216-219.

<sup>68</sup> Art. 1°, inciso 3° de nuestra Constitución.

hecho ha asumido, en Chile— importantes tareas de beneficencia y ayuda social, cubriendo aquellos sectores que el Estado no ha considerado o no puede abarcar<sup>69</sup>. A nivel internacional, en tanto, Glendon propone un complemento entre el sistema de bienestar norteamericano y el sistema de bienestar europeo, para superar las debilidades de cada uno: en el primero, el descuido por los miembros más débiles de la sociedad; en el segundo, la sobrecarga fiscal y, a largo plazo, la insostenibilidad presupuestaria del régimen<sup>70</sup>.

Con lo expuesto esperamos dejar claro que no queremos hacer apologías o filípicas a favor o en contra de la intervención de la sociedad o del Estado en materia de bienestar social. Simplemente, queremos evidenciar lo complejo del tema y nuestras dudas de que a través de una determinada teoría de la interpretación jurídica un juez constitucional en particular, y los juristas en general, puedan reemplazar y, en definitiva, eliminar el papel de la discusión democrática respecto de cuál es el mejor sistema que debe adoptar la sociedad, en un momento determinado, para enfrentar lo social.

---

<sup>69</sup> Por esto consideramos un gravísimo error el utilizar al principio de subsidiariedad como arma arrojadiza, reduciendo su utilidad a un argumento partisano, sea para justificar el libre mercado y una visión economicista de la sociedad, sea para estimular la ocupación de lo social por el Estado. El principio de subsidiariedad nace específicamente para librar a la sociedad tanto del liberalismo extremo, como del socialismo estatista. Ver al respecto Alejandro SAN FRANCISCO REYES, “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”, pp. 527–548.

<sup>70</sup> Mary Ann GLENDON, “Rights in Twentieth-Century Constitutions”, pp. 520-521. La posibilidad de que parte del sistema de bienestar de un país esté en manos privadas, como ocurre en EE.UU., es un supuesto aceptado y estudiado por los especialistas en el tema, como un tipo de Estado de bienestar. De hecho, HEYWOOD señala que el término estado de bienestar puede aludir tanto a una tarea predominante o exclusiva y excluyente del Estado en la provisión de prestaciones sociales (sentido clásico del término), como a las políticas e instituciones que proporcionan prestaciones de esa naturaleza. Sin embargo, en este segundo sentido, un país como EE.UU. también se considera un “Estado de bienestar”. En Andrew HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, pp. 342-343. Por otra parte, un clásico en esta materia, ESPING-ANDERSEN, Gøsta, *The three worlds of welfare capitalism*, señala a EE.UU. como parte de uno de los tres sistemas de bienestar que detecta a nivel mundial. Incluso la OCDE considera que, cuando se considera el papel de las prestaciones sociales privadas y el impacto del sistema tributario, los niveles de gasto social se vuelven similares en todos los países de la OCDE, y mientras que Francia sigue siendo el país de mayor gasto social, *los Estados Unidos se mueve en la clasificación a la segunda posición*. OCDE, “Social spending is falling in some countries, but in many others it remains at historically high levels”, 2014, p. 1. Traducción y destacado nuestro.

## 6. *La propiedad de utilizar al derecho y a su operador, el juez, para solucionar los problemas sociales*<sup>71</sup>

De aquí nuestras prevenciones frente a las teorías de exigibilidad directa de los derechos sociales. Nuestros cuestionamientos y observaciones respecto de los problemas del constitucionalismo social no se refieren a la pertinencia o no de las ideas de libertad o igualdad positiva. Tampoco a la necesidad de igualar o no las condiciones de vida de los ciudadanos menos favorecidos. Asimismo, tampoco queremos pronunciarnos sobre la elección de los sistemas e ideologías que reconocen o niegan la necesidad de justicia social, o al papel que debe reservarse al Estado y a la sociedad en estas cuestiones.

Nuestras suspicacias, por el contrario, se dirigen a la cuestión de

- a) si son *los juristas* –y no los políticos– los encargados de determinar si ha de reconocerse o no la libertad fáctica como un problema político, y en qué sentido y medida;
- b) *si puede el derecho, en particular el derecho constitucional*, aplicado de forma directa, imponer una determinada forma de lidiar con lo social; y
- c) si todo ello ha de ser tarea del juez constitucional, a golpe de sentencias.

Si, como sostenemos aquí, la pobreza y lo justo social son temas complejos y debatibles, y en consecuencia, necesitamos un análisis complejo para un problema complejo, parece difícil aceptar como correcta la idea de que el derecho sea utilizado para imponer, de forma directa, una determinada forma de lidiar contra la pobreza. No es el jurista el que debe elegir si han de atenderse o no determinadas demandas sociales. No es el juez constitucional el que debe determinar si ha de involucrarse o no al Estado, y en qué medida, en el combate contra la pobreza. No es la doctrina jurídica la que debe determinar cuál es el sistema político que atienda de mejor o peor manera las necesidades sociales en el campo de la justicia social. Todo ello es labor de la Política. Lo contrario no es ni más ni menos que utilizar al juez, consciente o inconscientemente, como

---

<sup>71</sup> Basada en nuestras ideas expuestas en: No se nos escapa que, precisamente por este problema, las doctrinas sobre los derechos sociales intentan demostrar que los problemas que nosotros estimaremos como indeterminados presentan, por el contrario, un contenido de naturaleza jurídica que está perfectamente claro. Al respecto, nos remitimos a nuestro trabajo del año 2013 “Los Jueces Constitucionales, la Política y la Deferencia Judicial”, publicado en el N° 2 de esta Revista, pp. 67-101, en relación a la incidencia de las teorías de interpretación judicial en el crecimiento del fenómeno del activismo judicial en general.

agente de determinadas opciones político sociales –no jurídicas–, sin pasar por el proceso democrático.

El respaldo jurisprudencial más notorio a nuestra posición deriva precisamente del Tribunal Constitucional cuya jurisprudencia ha acogido las ideas de libertad fáctica y procura existencial. El *Bundesverfassungsgericht*, que en la sentencia *Numerus Clausus*, de 1972<sup>72</sup> reconoció la necesidad de presupuestos materiales mínimos para el ejercicio de los derechos civiles y políticos<sup>73</sup>, y que en la sentencia *Hartz IV*<sup>74</sup>, de 2010, junto a lo anterior, declaró como derecho subjetivo de origen constitucional el derecho a un mínimo vital, ha sido clarísimo en señalar que el principio del estado social del art. 20.1 de la Ley Fundamental de 1949, aunque con un importante valor interpretativo, no produce efectos directos<sup>75</sup>; que la exigencia de los derechos sociales está sujeta a la “reserva de lo posible”<sup>76</sup>; y, finalmente,

<sup>72</sup> BVerfGE 33, 303.

<sup>73</sup> De acuerdo a la transcripción de SCHAWABE, en lo que interesa a este trabajo, el tribunal señala que “[...] la libertad de ejercer una profesión se realiza actualmente –sin perjuicio de las reglas especiales del servicio público que se encuentran en el Art. 33 de la Ley Fundamental [...]– de manera prevalente en el ámbito del derecho laboral y de las profesiones privadas, y se orienta básicamente a la protección de la personalidad, la autodeterminación de la vida y a garantizar la libertad frente a la coerción o las prohibiciones relacionadas con la elección y ejercicio de una profesión. Por el contrario, la libre elección de la educación tiene por naturaleza como objetivo el libre acceso a las instituciones; la libertad, sin el presupuesto efectivo de poder ejercerla, carecería de valor. Por esta razón, el proyecto de una ley marco para las universidades, parte del derecho que tiene todo alemán de poder ingresar a la universidad que elija, cuando está en capacidad de certificar las calificaciones requeridas para ese estudio...”. Tribunal Constitucional Federal Alemán, *Numerus Clausus*, BVerfGE 33, 303. (De acuerdo a la transcripción al castellano de Jürgen SCHWABE, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen SCHWABE*, p. 353. Destacado nuestro). En tanto, asimismo, en *Hartz IV* también se encuentra, a nuestro juicio, una afirmación semejante en relación al mínimo vital, cuando el tribunal constitucional alemán señala que el derecho fundamental a la garantía de un mínimo de subsistencia [...] asegura a cada persona en necesidad de asistencia, los prerrequisitos materiales que resultan indispensables para su existencia física y por un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. *Standard Benefit (“Hartz IV legislation”)* (Headnotes, §1. Traducción y destacado nuestro)

<sup>74</sup> BVerfGE 125, 175.

<sup>75</sup> Véanse al respecto Javier PÉREZ ROYO, “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social”, p. 166; Pierre BON, “La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo”, p. 50; Hartmut MAURER, *Derecho administrativo alemán*, p. 8; Wolfgang ABENDROTH, “El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político”, pp. 28-30; y Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Sistema político y constitucional de Alemania*, p. 34

<sup>76</sup> El concepto de la “reserva de lo posible” aparece en la sentencia *Numerus Clausus*, formulado en las siguientes palabras: “En tanto que los derechos de participación tampoco se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran, sin embargo, bajo la reserva de lo posible en el sentido de lo que el particular puede exigir en forma

que la configuración de los derechos sociales, incluyendo el derecho al mínimo vital, corresponde al legislador, y no al juez<sup>77</sup>. En otras palabras, el tribunal constitucional alemán defiende el tema de lo justo social al proceso político legislativo.

Por el contrario, la muestra más expresiva de los errores de judicializar estas materias, se advierte en la jurisprudencia de países como Brasil, Colombia e incluso Chile<sup>78</sup>. Aunque una decisión activista no necesariamente equivale a una decisión errada<sup>79</sup>, la litigación de derechos sociales en estos países de América Latina ha mostrado efectos nefastos en términos presupuestarios y sociales. Al reducir los litigios de derechos sociales a una cuestión que debe dirimirse entre dos intereses contrapuestos –por un lado, el estado y sus alegaciones presupuestarias; por otro, el interesado y sus necesidades sociales–, la litigación basada en el discurso de los “de-

---

razonable de la sociedad. Esto lo ha valorado el legislador en primer término como una responsabilidad propia, cuando para la elaboración de su presupuesto tiene que atender también a otros intereses sociales y cuando de acuerdo con la prescripción expresa del Art. 109, párrafo 2 de la Ley Fundamental tiene que tener en cuenta los requisitos del equilibrio económico [...]”. Parágrafo I.I, 2. (De acuerdo a la traducción contenida en Jürgen SCHWABE, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, pp. 354-355).

<sup>77</sup> En el caso de la sentencia *Hartz IV*, el párrafo de la sentencia más claro al respecto es, a nuestro juicio, el N° 138, según el cual, si bien el beneficio del mínimo de subsistencia ha sido fundamentalmente establecido en la Constitución, su alcance en términos del tipo de necesidades a satisfacer, y los medios necesarios para ello, no pueden ser derivados directamente de la Carta Fundamental. Esos factores dependen de los puntos de vista de la sociedad acerca de lo que es necesario para una existencia que se encuentre en línea con la dignidad humana, de las circunstancias concretas de las personas en necesidad de asistencia, y, finalmente, de las respectivas circunstancias económicas y técnicas de la sociedad. La evaluación respecto de qué es lo que es necesario aquí corresponde a la legislatura parlamentaria. Ella se encuentra obligada a dar forma concreta a los beneficios reclamados, tanto en los supuestos de hecho como en las consecuencias legales. La legislatura tiene margen de apreciación en determinar el alcance y contenido de los beneficios necesarios para asegurar el sustento individual, aunque ese margen será más estrecho en la evaluación de lo necesario para la existencia física, y más amplio cuando se trata del alcance y la posibilidad de participar en la vida social. Sentencia *Standard Benefit (“Hartz IV legislation”)*, § 138.

<sup>78</sup> En Chile, las sentencias roles N°s. 976, 1218, 1273, 1287 y 1770, del Tribunal Constitucional chileno, relativas al derecho a la salud y al derecho a la seguridad social, han favorecido al 16% más rico de la población chilena, que es el que puede utilizar el sistema privado de seguros de salud vigente en Chile (el sistema de ISAPRES). El porcentaje de usuarios del sistema de salud citado puede encontrarse en LARRAÍN, L., “Financiamiento del Sistema de Salud, Análisis de las Propuestas. Superintendencia de Salud. Propuestas de la Comisión Presidencial de Salud: Un análisis desde las Universidades y Centros de Estudios, Santiago de Chile”. y UNGER, J.-P., PAEPE, P. de, SOLIMANO CANTUARIAS, G., & ARTEAGA HERRERA, O., *Chile’s Neoliberal Health Reform: An Assessment and a Critique*, doi:10.1371/journal.pmed.0050079.

<sup>79</sup> K. D. KMIEC, “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, p. 1473.

rechos sociales” ha favorecido de forma masiva a las capas medias y altas de la población, que son las que tienen el capital material y cultural para litigar. El dinero que paga las sentencias que les favorecen, en tanto, sale de los presupuestos destinados a pagar las políticas públicas que estaban destinadas a atender las necesidades de la clase más desfavorecidas<sup>80</sup>.

Sin embargo, los problemas de reputar a la libertad fáctica como requisito necesario para la libertad política, no terminan aquí.

### 7. *El preocupante oscurecimiento del sentido libertario del constitucionalismo.*

Como hemos visto, parte importante en la justificación de los derechos sociales se encuentra en las revisadas críticas a la igualdad y libertad clásicas o formales, por considerarlas una especie de garantías de papel respecto de las personas económicamente vulnerables. Heywood resume esta idea de la siguiente manera:

“Los partidarios de la igualdad de resultados, tanto en el sentido moderado como en el radical, argumentan habitualmente que se trata de la forma más importante de la igualdad puesto que, sin ella, todas las demás formas de igualdad son una farsa. Los derechos jurídicos y civiles, por ejemplo, son de escaso beneficio a los ciudadanos que no tienen un empleo seguro, un salario decente, un techo sobre su cabeza, etc.<sup>81</sup>.”

Sin embargo, una cosa es reconocer las insuficiencias de la libertad e igualdad formales en términos prácticos –justamente, el tipo de reflexión que está a la base del nacimiento del Estado social, y que busca complementar aquellas con los derechos de segunda generación<sup>82</sup>–, y otra muy distinta es ignorar el valor de las garantías constitucionales clásicas para la libertad política de las personas, y, en definitiva, para la existencia del propio constitucionalismo.

En este sentido, aunque estamos convencidos de que una inmensa mayoría de los estudiosos dedicados a estos temas tienen claro el peligro

<sup>80</sup> En el caso brasileño, véase, por ejemplo, Octavio MOTTA FERRAZ, “Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”, pp. 1643–1668. En el caso colombiano, véase Oscar PARRA VERA, “Derecho a la salud: elementos preliminares para una aproximación comparada”, pp. 85-145.

<sup>81</sup> Andrew HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, pp. 330-331.

<sup>82</sup> Que es lo que se explica en José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, p. 26.

ya no sólo de criticar, sino de minusvalorar el contenido del constitucionalismo liberal, quisiéramos hacer notar algunas cuestiones en beneficio de la preservación del sentido original de nuestra disciplina.

Así por ejemplo, no deja de llamar la atención el que muchos de los hitos que se presentan como ejemplos preclaros de constitucionalismo social han sido, en realidad, ejemplos *catastróficos*, desde el punto de vista no ya sólo del liberalismo del siglo XIX, sino incluso desde el punto de vista del constitucionalismo de la segunda postguerra del siglo XX.

Conocida es, por ejemplo, la tendencia antiliberal de Bismarck, quien creó en Alemania, en la década de los '80 del siglo XIX, el primer Estado de bienestar moderno, que incluía un sistema de seguros médicos y de accidente, subsidio de enfermedad y pensiones.

“Desde el principio de su gobierno Bismarck se tuvo que enfrentar a la fuerza creciente del partido socialdemócrata. Primero llevó a cabo una vigorosa política de represión, prohibiendo el partido en 1878, expropiando sus periódicos y encarcelando a sus líderes. Para compensar la represión, decidió desarrollar una política social activa. «Los señores demócratas –escribió en sus memorias– tocaron la flauta en vano una vez que el pueblo se dio cuenta de que su bienestar estaba entre las preocupaciones de los príncipes”<sup>83</sup>.

Por otro lado, todas aquellas reformas sociales fueron precedidas de profundas medidas no sólo antisocialistas, sino antiliberales, como son las promulgadas en 1878 que suprimen, entre otras cosas, los derechos de reunión y de asociación<sup>84</sup>.

En cuanto a las Constituciones de comienzos del siglo XX que abrieron el camino de lo que hoy día conocemos como el constitucionalismo social, debe recordarse que la Constitución mexicana de 1917 amparó una dictadura de partido único durante más de 70 años<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Pierre ROSANVALLON, *La crisis del Estado Providencia*, pp. 145-146. En el mismo sentido, Andrew HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, p. 345, quien critica que las razones históricas primeras del bienestar social, lejos de responder a los principios de justicia e igualdad, tuvieron relación con el interés de las grandes potencias de la época de construir una economía próspera y ejércitos poderosos, así como alejar a las masas del socialismo. Sin embargo, se trataba de un bienestar paternalista, que “[...] se ocupa de mitigar la necesidad material, pero solamente hasta el punto en que las masas trabajadoras dejan de plantear una amenaza para la minoría próspera. Además esta forma del bienestar es enteramente compatible con la supervivencia de la jerarquía”.

<sup>84</sup> Alonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, “El estado social”, p. 145.

<sup>85</sup> “Yo no creo que se pueda exonerar a México de esa tradición de dictaduras latinoamericanas. Creo que el caso de México, cuya democratización actual soy el primero en aplaudir, como todos los que creemos en la democracia, encaja en esa tradición con

Por su parte, la Ley Fundamental alemana de 1949 carece de derechos sociales, entre otras razones, precisamente por la desastrosa experiencia constitucional de Weimar<sup>86</sup>. La dilución de los compromisos constitucionales sociales en normas programáticas<sup>87</sup>, la sucesión de reivindicaciones de grupos diversos y contrapuestos que, consagradas como derechos, no lograron dar un rumbo claro a la acción estatal<sup>88</sup> y, en definitiva, la incapacidad de la constitución de Weimar para permitir el funcionamiento del sistema político y detener el ascenso de los nazis al poder<sup>89</sup>, son causas directas de la opción del constituyente alemán de 1949 en este aspecto.

Finalmente, respecto de la Constitución española de 1931, y sin perjuicio de su fracaso en términos políticos, Araujo constata la introducción de medidas que no sólo se limitaron a proclamar la separación Iglesia-Estado, sino que fueron directamente en contra del derecho constitucional de libertad de conciencia, en su aspecto de libertad religiosa, politizando esta cuestión y agregando un factor más a lo que después concluiría en la cruenta guerra civil española<sup>90</sup>.

Por otro lado, debe advertirse la perfecta compatibilidad de generosos regímenes estatales de bienestar con dictaduras y aun regímenes totalita-

---

un matiz que es más bien el de un agravante [...] México es la dictadura perfecta. La dictadura perfecta no es el comunismo. No es la URSS. No es Fidel Castro. La dictadura perfecta es México [...] Tiene las características de la dictadura: la permanencia, no de un hombre, pero sí de un partido. Y de un partido que es inamovible". VARGAS LLOSA, "México es la dictadura perfecta. Españoles, y latinoamericanos intervienen en la polémica sobre el compromiso y la libertad".

<sup>86</sup> Aunque ABENDROTH sostiene que ello fue producto de la presión de las fuerzas aliadas de ocupación. Véase Wolfgang ABENDROTH, "El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político", pp. 27-29. En contra, David P. CURRIE, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, pp. 9-10.

<sup>87</sup> Wolfgang ABENDROTH, "El Estado...", *op. cit.*, p. 19, y Ernst FORSTHOFF, "Concepto y Esencia del Estado social de Derecho", p. 75.

<sup>88</sup> Reinhard RÜRUP, "Génesis y Fundamentos de la Constitución de Weimar", pp. 154-155.

<sup>89</sup> *Ibid.* pp. 126-127.

<sup>90</sup> El autor señala que si bien, dentro de ciertos límites, la declaración de aconfesionalidad del Estado, la no discriminación por razón de credo religioso, la libertad de cultos, la enseñanza laica y el divorcio vincular eran razonables, "aunque pudieran provocar una profunda conmoción en amplios estratos de la sociedad española", la Carta española incluyó otras normas "inspiradas en el rencor y la revancha" (dando lugar a un "laicismo negativo"). Entre esas medidas se encontraban, de acuerdo al autor, la disolución de la Compañía de Jesús, la supresión del presupuesto del clero, la prohibición de ejercer la enseñanza a las órdenes religiosas, el draconiano régimen económico y fiscal que se les impuso, y la "amplia y amenazante" posibilidad de nacionalizar sus bienes. Joan Oliver ARAUJO, "La Constitución Republicana de 1931", pp. 111-112.

rios de diverso signo<sup>91</sup>. En ese sentido, Fernández-Miranda Campoamor recuerda las acciones de bienestar estatal de regímenes conservadores, autoritarios, reaccionarios y, aun, claramente fascistas, como ocurrió con las políticas sociales de Mussolini, de Salazar o de Franco e, incluso, las del propio Hitler<sup>92</sup>.

Pisarello, por su parte, reconoce igualmente que las dictaduras fascistas y nacional-socialistas que siguieron a las experiencias republicanas de comienzos del siglo XX no renunciaron al lenguaje de las políticas sociales y de los derechos de los trabajadores. Muchas de las “leyes fundamentales” dictadas por estos regímenes –desde la Carta del Lavoro fascista hasta el Fuero del Trabajo franquista o la corporativa Constitución portuguesa de 1933– contemplaron la puesta en marcha de políticas sociales ambiciosas, pero racistas y discriminatorias, que sólo beneficiaban a los partidarios del régimen y venían acompañadas de una abierta negación de los derechos civiles, políticos y sindicales del resto de la población<sup>93</sup>.

Bonavides señala, por su parte que

“la Alemania nazista, la Italia fascista, la España franquista, el Portugal salazarista fueron [...] Estados sociales. De la misma forma, Estado social la Inglaterra de Churchill y Attlee; los Estados Unidos, en parte, desde Roosevelt; Francia, con la Cuarta República, principalmente; y el Brasil, desde la Revolución del 30... Todo esto evidencia que el Estado social se compadece con regímenes políticos antagónicos, como son la democracia, el fascismo y el nacional-socialismo. Y asimismo, en cierto sentido, fuera del orden capitalista, con el bolchevismo”<sup>94</sup>.

En tanto, Cranston estima que la inclusión de los derechos sociales en la DUDH representó una considerable victoria de los países socialistas en su momento, pues les permitió exhibir el cumplimiento de “derechos humanos” al tiempo que negaban a sus poblaciones los derechos civiles y políticos clásicos<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> Aunque, por supuesto, la experiencia de la China contemporánea plantea la misma paradoja respecto del peor neoliberalismo, lo que debe ser una alerta para aquellos que piensan que la libertad económica y la apertura a los mercados son, por sí mismos, factores catalizadores de la libertad política.

<sup>92</sup> Alonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, “El Estado Social”, p. 145. Al respecto, véase también ALY, Götz, *Hitler's beneficiaries, Plunder, race war, and the Nazi welfare state*, New York, Metropolitan, 2006, libro en el cual se sostiene que la adhesión del pueblo alemán a la dictadura hitleriana se explica no tanto por la represión política como por el generoso estado de bienestar que el régimen nazi ofreció a cambio.

<sup>93</sup> Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, p. 28.

<sup>94</sup> Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 545-546.

<sup>95</sup> Maurice CRANSTON, *What are human rights?*, p. 54.

Por lo anterior, estimamos de suma relevancia no confundir los conceptos, ni devaluar el valor del constitucionalismo liberal. Libertad real, fáctica o positiva, y libertad negativa son cosas distintas, y así han de ser consideradas y tratadas, en beneficio de un correcto entendimiento del constitucionalismo. Presentar, en cambio, ambos conceptos como inescindibles y convertir la libertad material en un contenido de importancia “igual o mayor” a la libertad negativa, constituye *una peligrosa deriva hacia la consagración de un contenido de fondo superior a la libertad política*.

En este sentido, Berlin advierte que, en nuestra época, el ascenso de la retórica de la libertad “positiva”, por lo menos en su versión deformada, es mucho más manifiesta, y continúa haciendo su papel histórico de excusa para el despotismo, en nombre de una mayor libertad (tanto en las sociedades capitalistas como en las anticapitalistas). La libertad “positiva”, concebida como respuesta a la pregunta “por quien he de ser gobernado”, es un fin universal válido. Agrega este autor que,

“Por las razones o causas que sean, la idea de libertad ‘negativa’ (concebida como respuesta a la pregunta ‘en qué medida he de ser gobernado’), por muy desastrosas que hayan sido las consecuencias de sus formas desenfrenadas, no ha sido retorcida en la historia por sus teóricos con tanta frecuencia y eficacia, ni ha sido convertida en algo tan oscuramente metafísico y socialmente siniestro, como su idea paralela de libertad ‘positiva’. La primera puede transformarse en su contrario y seguir explotando las favorables asociaciones que llevan consigo sus inocentes orígenes. La segunda ha sido considerada mucho más frecuentemente tal como era, para bien o para mal; en los últimos cien años no han dejado de recalcarse sus implicaciones, que son más desastrosas. De aquí que a mí me parezca más necesario sacar a relucir las aberraciones de la libertad positiva que las de su hermana la libertad negativa”<sup>96</sup>.

Es por eso que Böckenförde recuerda que no es correcto infravalorar las garantías jurídico formales y los procedimientos regulados propios del Estado de Derecho en su sentido formal; dichas garantías y los procedimientos formales, señala este autor, son precisamente lo que ampara y protege la libertad individual y social, en tanto son un medio de defensa frente a los ataques que se dirigen directamente contra individuos y grupos sociales en nombre de contenidos materiales, o de supuestos valores, establecidos o interiorizados como algo absoluto; “se revelan, pues, como instituciones de la libertad, que tiene poco que ver con el formalismo o incluso el positivismo”. Agrega que

<sup>96</sup> Isaiah BERLIN, *Cuatro ensayos sobre libertad*, pp. 48-49.

“la supresión de la libertad en los regímenes totalitarios no comienza nunca con un respeto escrupuloso a las garantías formales y los procedimientos, sino más bien con su quebrantamiento en nombre de un derecho material y pre-positivo superior, ya sea este el de la “religión verdadera”,

el de la “comunidad popular de miembros de la misma especie” o el del “proletariado [...]”<sup>97</sup>.

En un sentido similar, ahora en el derecho norteamericano, recuérdese una conocida formulación del juez Posner en el asunto *Jackson v. City of Joliet*. Allí, afirma éste que

“Los hombres que escribieron el *Bill of Rights* no estaban preocupados de que el gobierno hiciera por el pueblo demasiado poco, sino de que *hiciera demasiado*. La enmienda XIV, adoptada en 1868 en plena vigencia del pensamiento de *laissez faire*, apuntaba a la protección del pueblo norteamericano de la opresión del Estado, no al aseguramiento de servicios gubernamentales básicos. Por supuesto, incluso en la era del *laissez faire*, sólo los anarquistas pensaban que el Estado no debía proporcionar el tipo de servicios de protección que se trata en este caso. Pero nadie pensó en las garantías constitucionales federales o el recurso de agravio federal [*federal tort remedies*] como medios para espolear a los Estados a proporcionar los servicios que cualquiera pudiese demandar”<sup>98</sup>.

En otras palabras, agregamos nosotros, el constitucionalismo desaparece no cuando faltan garantías sociales o sistemas de bienestar. El constitucionalismo desaparece cuando desaparecen los derechos civiles y políticos. Por ello, Canosa Usera sostiene que

“La grandeza mayor del Estado social consiste precisamente en armonizar [...] fines potencialmente antagónicos, ya que no cabe invocar el principio democrático y el principio social contra la libertad. Por eso las políticas sociales del Estado para satisfacer las exigencias constitucionales de justicia social, encuentran su límite, impreciso pero insoslayable, en respetar, en lo esencial, el ámbito de las libertades negativas de estirpe liberal. En definitiva, el Estado social no puede dejar de ser Estado de Derecho porque si así fuera ya no sería en rigor Estado constitucional”<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, p. 42.

<sup>98</sup> Corte de Apelaciones de los EE.UU., 7° Circuito, 1983, *Jackson v. City of Joliet*, 23 de agosto, párrafo 8. *Cursivas nuestras*.

<sup>99</sup> Raúl CANOSA USERA, “Epílogo. Una reivindicación del Estado de Derecho”, p. 174.

## 8. Conclusiones

La concepción de libertad fáctica, así como en general las cuestiones relativas a la justicia social, lejos de representar cuestiones de sentido unívoco, son problemas complejos y de profundas connotaciones ideológicas. Por ello, cabe duda de si el juez constitucional tiene la competencia y capacidades suficientes para actuar de forma directa en este campo, efectuando elecciones de orden ideológico que ignoren, en la práctica, las decisiones que se tomen al respecto, en el marco del juego democrático, por los poderes político representativos.

En consecuencia, el derecho constitucional debería mantener una relativa neutralidad frente a las distintas posturas ideológicas que intentan enfrentar el tema de lo justo social, sea frente a la necesidad de otorgar o no esa ayuda, sea respecto de quien debe otorgarla. Las opciones legítimamente adoptadas por la comunidad política, en el juego democrático, dentro de los límites de lo constitucional, no debiera ser objeto de cuestionamiento jurídico. Las sociedades no pueden ser obligadas a seguir un determinado camino ideológico a través de la utilización partisana de nuestra disciplina. Son los gobiernos y las sociedades las que determinan libremente el cómo y cuándo han de afrontarse los problemas que aquejan a cada comunidad política.

Si ello es así, es necesario resguardar el papel que corresponde a la Política en la determinación de estas cuestiones. El legado del derecho constitucional clásico, de acuerdo a su historia, es tan simple como trascendente: el poder debe ser limitado; esa limitación se hace necesaria cualquiera sea el titular de dicho poder —en la democracia, la mayoría del pueblo— y el juez está a cargo de cuidar ese aparataje, en beneficio de la libertad y derechos de las personas. Estos fines no pueden ser minusvalorados en nombre de la justicia social o del combate a la pobreza, por urgentes que sean estos objetivos. Lo contrario desnaturalizaría la esencia del derecho constitucional y podría poner en riesgo la misma libertad política de las personas que los teóricos de los derechos sociales dicen defender.

## Bibliografía

- ABENDROTH, Wolfgang, "El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político", en Wolfgang ABENDROTH, Ernst FORSTHOFF, & Karl DOEHRING (Eds.). *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Estudios Sociales, 1986, pp. 9-42.

- ABRAMOVICH, Víctor, y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, Serie Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2002.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Serie El Derecho y la justicia, 2007.
- ARAUJO, Joan O., “La Constitución Republicana de 1931”, en *Dereito*, Vol. 6, N° 1, 1997, pp. 107-119.
- ARISTÓTELES, *Política*, Buenos Aires, Losada, Serie Colección Griegos y Latinos, 2005, Vol. 1.
- ATRIA, Fernando, “Réplica. Derecho y Política a propósito de los derechos sociales”, en *Discusiones: derechos sociales*, Vol. IV, Alicante, España, 2004, pp. 145-176. Disponible en: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15574>. Consultada el 28 de diciembre de 2013.
- BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducción de Belén Urrutia, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, Serie Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2000.
- BON, Pierre, “La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 11, 1992, p.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed., Sao Paulo, Malheiros, 2004.
- CANOSA USERA, Raúl, “Epílogo. Una reivindicación del Estado de Derecho”, en Raúl CANOSA USERA & Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (Eds.), *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*, 2ª ed., Madrid, Reus, Colección de derecho constitucional, 2014, p. 165-175.
- CASPER, Gerhard, “Changing Concepts of Constitutionalism: 18th to 20th Century”, en *The Supreme Court Review*, Vol. 1989, 1989, pp. 311-332, doi: 10.2307/3109639
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párrafo 1 del artículo 2 del Pacto* 1-13. 1990.
- CRANSTON, Maurice, *What are human rights?* New York, Taplinger Pub. Co., 1973.
- CROSS, Frank B., “The Error of Positive Rights”, en *UCLA Law Review*, Vol. 48, 2001, pp. 857-924.
- CURRIE, David P., “Positive and Negative Constitutional Rights”, en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 53, N° 3, 1986, pp. 864-890, doi:10.2307/1599586
- CURRIE, David P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.
- D’ORS, Álvaro, “La libertad”, en: *Ensayos de teoría política*, Vol. 74, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, pp. 201-222.

- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alonso, "El Estado Social", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 23, N° 69, 2003, pp. 139-180.
- FORSTHOFF, Ernst, "Concepto y Esencia del Estado social de Derecho", en Wolfgang ABENDROTH, Ernst FORSTHOFF, & Karl DOEHRING (Eds.), *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Estudios Sociales, 1986, pp. 69-107.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 3ª ed., Madrid, Alianza, Serie Alianza universidad, 1977, Vol. 196.
- GLENDON, Mary A., "Rights in Twentieth-Century Constitutions", en *The University of Chicago Law Review*, N° 59, 1992, pp. 519-538.
- GLENDON, Mary A., "El Lenguaje de los Derechos", en *Revista Estudios Públicos*, N° 70, 1998, pp. 77-150.
- GROSSI, Paolo, *Europa y el derecho*, Barcelona, Crítica, Serie La construcción de Europa, 2008.
- HESSE, Konrad, "Capítulo III": Significado de los derechos Fundamentales, en Ernst BENDA, Werner MAIHOFER, H. VOGEL, Konrad HESSE, & HEYDE (Eds.), *Manual de derecho constitucional*, Traducción de Antonio López Pina, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 83-115.
- HEYWOOD, Andrew, *Introducción a la teoría política*, Valencia, Tirant lo Blanch, Serie Ciencia política, 2010, Vol. 32.
- KARTASHKIN, Vladimir, "Economic, Social and Cultural Rights", en Karel VASAK & Philip ALSTON (Eds.), *The International dimensions of human rights* Westport, Conn, Paris, France, Greenwood Press; Unesco, 1982, pp. 111-133.
- KMIEC, K. D., "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", en *California Law Review*, Vol. 92, N° 5, 2004, pp. 1441-1477.
- LETÉLIER, Valentín, "Los Pobres", *Anales de la Universidad de Chile*, 1896, pp. 137-144, doi:10.5354/0717-8883.1957.18979
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, 2ª ed., traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976, reimpresión 1986, Serie Ariel Derecho.
- MARTÍNEZ ESTAY, José I., *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Barcelona, Cedecs, 1997, Vol. 1.
- MARTÍNEZ ESTAY, José I., "Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena", *Estudios Constitucionales*, Vol. 8, N° 2, 2010, pp. 125-166, doi: 10.4067/S0718-52002010000200006
- MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*, traducción de Mª José Bobes Sanchez et al., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie doctrina jurídica /Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, Vol. 637.
- MODERNE, Franck, "¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea?", en Miguel CARBONELL (Ed.), *Derechos fundamentales y estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 1ª ed.,

- México, D.F, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina jurídica, Vol. 96, 2002, pp. 493–527.
- MONTORO ROMERO, Ricardo, “La Reforma del Estado de Bienestar: Derechos, Deberes e Igualdad de Oportunidades”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 79, 1997, pp. 9-41.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Rule of law o Estado de derecho*, Madrid, Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales, Serie Prudentia iuris, 2003.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Sistema político y constitucional de Alemania: Una introducción* (1ª ed.), Santiago de Compostela, España, Tórculo Ediciones, 2003.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Doce Tesis sobre la Política*, México D.F, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, Vol. 1.
- PÉREZ ROYO, Javier, “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 4, N° 10, 1984, pp. 157-181.
- PIOVESAN, Flavia, & STANZIOLA VIEIRA, Renato, “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas”, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, N° 15, 2006, pp. 128-146.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, Serie Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho.
- POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo A. , “Los jueces constitucionales la política y la deferencia judicial”, en *Derecho Público Iberoamericano*, N° 2, Santiago, 2013, pp. 67-101.
- PLATÓN, *Diálogos*, 1ª ed., Madrid, Editorial Gredos, 1981-1988 (Reimpresión), Serie Biblioteca clásica Gredos.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel CARBONELL, Juan A. CRUZ PARCERO, & Rodolfo VÁSQUEZ (Eds.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Doctrina jurídica, Vol. 28, 2000, pp. 15-65.
- ROOSEVELT, F. D., “State of the Union Address (First Principles)”, 1944. Disponible en: [https://thf\\_media.s3.amazonaws.com/2011/pdf/FP\\_PS27.pdf](https://thf_media.s3.amazonaws.com/2011/pdf/FP_PS27.pdf). Consultada el 29 de julio de 2014.
- ROSANVALLON, Pierre, *La crisis del Estado Providencia*, 1ª ed., traducción de Alejandro Estruch ManiÓN, Madrid, Civitas, Serie Biblioteca Civitas Economía y Empresa. Colección Economía. Estudios y monografías, 1995.
- ROSENKRANTZ, C., *La pobreza, la ley y la constitución* (SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers núm. 15). Disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=yels\\_sela](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=yels_sela). Consultada el 13 de enero de 2014.
- RÜRUP, Reinhard, “Génesis y Fundamentos de la Constitución de Weimar”, en J. J. CARRERAS ARES (Ed.), *El Estado alemán (1870-1992)*, Madrid, Marcial Pons, 1992, Ayer, Vol. 5, pp. 125-158.

- SCHWABE, Jürgen (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, México, D.F., Konrad Adenauer Stiftung, Serie Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2009. Disponible en: [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_16817-1522-4-30.pdf?090716233852](http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-1522-4-30.pdf?090716233852). Consultada el 22 de diciembre de 2013.
- STOLLEIS, Michael, *Origins of the German welfare state: Social policy in Germany to 1945*, Berlin, New York, Springer, Serie German social policy, 2013, Vol. 2.
- TOCQUEVILLE, Alexis d., *Democracia y pobreza: Memorias sobre el pauperismo*, Madrid, Trotta, Serie Clásicos de la cultura, 2003, Vol. 21.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Serie Colección Filosofía y Derecho, 2005.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional alemán:

- 1972, *BVerfGE* 33, 303 (*Numerus Clausus*)
- 2010, *BVerfGE* 125, 175 (*Hartz IV*)

Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Séptimo Circuito, 1983, *Jackson v City of Joliet*, No. 715 F.2d 1200 (7th Cir 1983), 23 de agosto de 1983.