

# Estado Social de Derecho y sobrecarga constitucional

NICOLÁS MASSMANN BOZZOLO\*

## I. Introducción

Antes que todo ¿qué entendemos por sobrecarga constitucional? Este es, seguramente, el primer asunto en el que debemos reparar antes de continuar. Sin embargo, la respuesta no es sencilla. Por de pronto, más que en una definición, la respuesta está en otra pregunta: ¿qué debe contener una Constitución?, o quizás, ¿existe un criterio que permita, cual filtro, determinar las materias propias de una Constitución?

Las Constituciones no son modelos teóricos y asépticos doctrinalmente<sup>1</sup>, que pueden ser injertados de un Estado a otro, indistintamente. Aunque es verdad que el constitucionalismo tiene un tiempo y un lugar precisos de origen, la forma en que se manifiesta en cada país, es siempre diferente. Son incontables las variables que influyen a la hora de redactar una Constitución: historia, costumbres y tradiciones, idiosincrasia, etc. Y por tanto, lo que para unos está de sobra, para otros es necesario<sup>2</sup>.

Si lo anterior es cierto, y así lo creemos, se podría pensar que carece de sentido hablar de una “sobrecarga constitucional”, ya que todo quedaría relativizado al análisis particular de cada país y de su Constitución. Sin embargo, a mi modo de ver, esto no es correcto, porque, aunque es verdad que el constitucionalismo admite múltiples manifestaciones, actualmente son varias las Constituciones que, paradójicamente, contienen elementos no constitucionales. Habitualmente es el caso, de aquellas que consagran un Estado Social o Democrático de Derecho, o sencillamente ambos.

## II. Precisiones metodológicas

Podría pensarse que al hablar de sobrecarga nos estamos refiriendo a extensión. Aunque es cierto que la excesiva extensión de una Constitución suele ir unida a la regulación superflua de determinadas materias, no necesariamente debe ser así. Tampoco lo es respecto de las Constituciones breves, ya que perfectamente podrían, en sus pocas disposiciones, codificar temas ajenos por completo al terreno constitucional. La Constitución boliviana, a pesar de contar con 235 artículos y bastantes disposiciones transitorias, no parece contener asuntos que la excedan, en cambio, Constituciones como la italiana, con 139 artículos (lo que no deja de ser bastante), son ciertamente Cartas “sobrecargadas”.

Tampoco puede decirse que exista una auténtica sobrecarga en las Constituciones que consagran un Estado federal. Ellas, “a diferencia de las de los estados unitarios, siempre y por principio serán más largas, incluso aunque se parta de un criterio restrictivo, puesto que a las materias mínimas (...), habrá que

\* Estudiante, Universidad de los Andes

<sup>1</sup> De hecho, la sola corriente constitucionalizadora responde a un molde ideológico, que es el liberalismo.

<sup>2</sup> Cfr. Pereira Menaut, Antonio Carlos, *Teoría Constitucional*, Santiago, Conosur, 1998, p. 34.

añadir, necesariamente, las normas que se refieran a la federación y a los estados miembros, más las normas que aseguren la supremacía del poder central en caso de grave conflicto, etcétera”.<sup>3</sup> Por el momento, haremos caso omiso de la muy breve Constitución de Estados Unidos, por ser excepcional por donde se le mire<sup>4</sup>.

### III. Sobrecarga y Estado Social o Democrático de Derecho

Existe una profunda vinculación entre esta concepción del Estado y de la Constitución con la sobrecarga de disposiciones en esta última. Como sabemos, dicha formulación constitucional responde a un interés por la intervención global del Estado. Se le pide un papel activo, una participación protagónica en la vida de la personas. Estas exigencias se materializan a través de prestaciones que el Estado se compromete a entregar a los particulares con el fin de alcanzar la mayor igualdad material posible<sup>5</sup>. La intervención del Estado en todos los ámbitos produce la sensación de que nada es posible sin su colaboración. “De esta manera el hombre moderno no solamente vive en el Estado, sino del Estado. La pérdida del espacio vital dominado y de las reservas existenciales que éste conlleva, entregan al individuo en manos del Estado”<sup>6</sup>.

La igualdad material pasa a ser prerrequisito o condición *sine qua non* para el ejercicio de la libertad personal. En este sentido, la idea clásica de “libertad de...”, es reemplazada por la de “libertad para...”. La primera supone una igualdad en el inicio, con un rol eminentemente abstensivo del Estado, mientras que la segunda una igualdad en los resultados producto de la participación que al Estado le cabe en la creación de la igualdad. Sólo entonces la persona gozaría de la libertad asegurada en el texto constitucional.

Para ello es necesario que el Estado cuente con amplias facultades interventoras, especialmente en materias económicas. “Por esta razón – señala Wolfgang Abendroth-, un programa social, que siguiendo la orientación de la Ley Fundamental quiera llevar a la práctica el Estado de Derecho democrático y social, debe estar concebido teniendo como última meta la transformación global de la sociedad, y sustituir con una economía planificada en interés de toda la sociedad la aparente economía de mercado limitada – en realidad de naturaleza oligopólica- ya que no puede hablarse de concurrencia económica”<sup>7</sup>

En este contexto, el papel que le cabe a la Constitución es el de contener un catálogo de derechos sociales y prestacionales a los que todos quienes se encuentren en una determinada condición podrán acceder. No se trata de derechos garantizados a las personas sin excepción, sino sólo a un segmento, etnia, clase o grupo etario<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Pereira Menaut, p. 39

<sup>4</sup> Con motivo de la dictación de la denominada “ley seca”, se agregó a la Constitución una enmienda, la número 18, que dispone: “Sección primera. Un año después de la ratificación de este artículo, quedarán prohibidos la manufactura, la venta, el transporte, la importación y la exportación de licores intoxicantes para ser usados como bebidas dentro de los Estados Unidos y de todo el territorio sometido a su jurisdicción”. Podría cuestionarse la necesidad real de elevar a rango constitucional una disposición así.

<sup>5</sup> Cfr. Martínez Estay, José Ignacio, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1997, p. 90

<sup>6</sup> Forsthoft, Ernst, *Problemas constitucionales del Estado Social*, El Estado Social, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p.50.

<sup>7</sup> Abendroth, Wolfgang, *El Estado de Derecho democrático y social*, El Estado Social, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p.40-41.

<sup>8</sup> Martínez Estay, p 90.

Para evitar confusiones es que preferimos dar una definición de qué entendemos por derechos sociales. Son consagraciones constitucionales que buscan “hacer efectiva la igualdad solamente formal del constitucionalismo clásico y, en general, mejorar las condiciones materiales de vida de la sociedad”<sup>99</sup>. Como se ve, su objeto primordial es el de hacer un llamado al Estado a intervenir y no un mandato a “no hacer”. Su carecer social no les viene tanto de su compromiso con los valores sociales nobles cuanto por el grado de intervención del Estado en la sociedad.

### *1) La experiencia latinoamericana*

El Estado Social y Democrático de Derecho ha tenido gran acogida en algunos países latinoamericanos. En general, comparten este rasgo Cartas fundamentales muy recientes (la mayoría son de los noventa) y bastante extensas (Brasil, 245; Colombia, 380; la de República de Honduras, y Perú, 206; y Venezuela, 350).

La Constitución de Brasil, Estado Democrático de Derecho (art. 1), consagra un amplio listado de derechos sociales (34 en total y de toda naturaleza) entre los que se incluyen el derecho al seguro de desempleo, a un salario mínimo fijado por ley, a la remuneración del trabajo nocturno superior a la del diurno, a la licencia de paternidad, etc. Colombia también se declara como Estado Social de Derecho en su primer artículo, y dedica dos capítulos a derechos sociales, económicos y culturales (título II, capítulo 2), y a derechos colectivos y del ambiente (título II, capítulo 3) destacándose el derecho a una vivienda digna, y el derecho al deporte y a la recreación. En igual sentido, la Constitución hondureña señala en el artículo 1º: “Honduras es un Estado de derecho, soberano, constituido como república libre, democrática e independiente para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social». Dedicó, a continuación capítulos completos a derechos sociales, de los niños, a la cultura y educación, al seguro social, al trabajo y a la vivienda (Capítulos III, IV, V, VI, VII, VIII y IX, todos del Título 2º). Por su parte, la casi nueva Carta venezolana dispone que «Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia». Sorprende que en su largo listado de derechos sea la palabra Estado la que más veces se repite. A modo de ejemplo me permito citar los siguientes artículos: 82: “Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos”; y 111: “Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción. La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia. Su enseñanza es obligatoria en todos los niveles de la educación pública y privada hasta el ciclo diversificado, con las excepciones que establezca la ley. El Estado garantizará la atención integral de los y las deportistas sin discriminación alguna, así como el apoyo al deporte de alta competencia y la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y del privado, de conformidad con la ley. La ley establecerá incentivos y estímulos a las personas, instituciones y comunidades que promuevan a los y las atletas y desarrollen o financien planes, programas y actividades deportivas en el país”.

## 2) *El caso europeo*

En Europa, los ejemplos son más abundantes. Allí nació el constitucionalismo social y democrático después de la Gran Guerra, y por cuestiones de índole ideológica todavía se mantiene en muchos de sus países.

Así, “La República portuguesa es un Estado de Derecho, basado en la soberanía popular, en el respeto y la garantía de los derechos y libertades fundamentales y en el pluralismo de expresión y de organización política democrática (...)”, apunta el artículo 2º de la Carta de dicho país. A continuación dedica 67 artículos a declarar derechos, libertades y prestaciones del Estado en favor de las personas.<sup>10</sup> España e Italia también adoptan el Estado Social de Derecho con proclamaciones bastante similares. Dice la primera: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (art. 1.1); por su parte, la italiana afirma que “Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país” (art. 3.2)<sup>11</sup>. También lo hace Alemania: “La República Federal Alemana es un Estado Federal, democrático y social” (art. 20)<sup>12</sup>.

Por tratarse de derechos que se traducen en prestaciones concretas, su realización y respeto (si cabe utilizar esta palabra) reclama la existencia de otros presupuestos. Sintéticamente podemos decir que son los siguientes:

a) Que la economía del país permita realizar dichas prestaciones. Ya anticipamos que el Estado Social está dotado de amplias facultades interventoras en materia económica, con el objeto de controlar la obtención de los derechos garantizados. Sin embargo, esto no es suficiente. “El Estado, como cualquier agente económico, no puede sustraerse al problema básico sobre el que se estructura la ciencia económica: la escasez de los recursos”<sup>13</sup>.

De poco y nada sirven los largos catálogos de derechos y prestaciones consagradas en las Constituciones si en la práctica no son susceptibles de aplicación, por haber factores ajenos a la Carta fundamental que lo impiden. Konrad Hesse, en frase sintética, resume el problema: “Si la Constitución no tiene en cuenta la realidad y lo posible, no sólo carecerá de carácter jurídico, sino que tampoco alcanzará eficacia política”<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Martínez Estay, José Ignacio, *Los derechos sociales*, en Pereira Manaut, Antonio Carlos, *Teoría Constitucional*, Santiago, Conosur, 1998.

<sup>10</sup> El Título III se denomina “De los derechos y deberes económicos, sociales y culturales”. Citamos como ejemplo de sobrecarga su artículo 70: 1. Los jóvenes, sobre todo los trabajadores, gozarán de protección especial para hacer efectivos sus derechos económicos, sociales y culturales (...); 2. La política de la juventud deberá tener por objetivos prioritarios el desarrollo de la personalidad de los jóvenes, el gusto por la creación libre y el sentido de servicio a la comunidad.

<sup>11</sup> Recientemente se ha propuesto incorporar en el artículo cuarto de la Constitución Chilena de 1980 la consagración del Estado Social y Democrático de Derecho. Ver capítulo VII de este trabajo.

<sup>12</sup> El caso de la Ley Fundamental de Bonn se aparta del resto ya que no obstante consagrar un Estado social y democrático de Derecho, no contiene un catálogo de derechos sociales y prestacionales amplio.

<sup>13</sup> Martínez Estay, pp. 103-104.

<sup>14</sup> Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, citado por Martínez Estay, p.105.

Si, por lo demás, su realización depende de las circunstancias económicas del país, la exigibilidad por parte de los legitimados activos a tales derechos, estaría sujeta a dicho evento. Esto llevaría a que fuesen los tribunales de justicia, finalmente, quienes declararían cuándo la economía está en condiciones de satisfacer los derechos asegurados. Y me produce serias dudas imponerle a los jueces la carga de hacer pronósticos y declaraciones económicas.

b) Por no ser directamente aplicables, necesitan de un desarrollo normativo previo que haga posible su materialización. La dogmática constitucional más moderna tiende a reconocerle a la Constitución el carácter de norma. Esto significa que goza de una aplicación directa en el mundo del Derecho, de modo que no sólo está por sobre todo (supremacía constitucional), sino en todo. Esto lleva a que no sea necesario, en estricto rigor, desarrollar normativamente sus preceptos para que sean aplicables<sup>15</sup>.

Pero nadie está obligado a lo imposible. Y como los derechos sociales son en su esencia prestaciones más que abstenciones o respetos a la persona, requieren de un desarrollo ulterior. El cuándo, cómo, por quién, desde cuándo y hasta cuándo, son temas que necesariamente debe zanjar una autoridad inferior. Por esto es que Löwenstein dice de ellos, que “no son derechos en sentido jurídico, ya que no pueden ser exigidos judicialmente del Estado, antes de que no hayan sido institucionalizados por una acción estatal”<sup>16</sup>. Es lo que Pereira Menaut ha denominado el “carácter absoluto”<sup>17</sup> de los derechos constitucionales clásicos, del que carecen los derechos sociales y prestacionales.

Los derechos sociales, puede decirse, son siempre “garantizados con arreglo a las leyes”. Su contenido resulta de la ley y de su injerencia<sup>18</sup>. Su materialización queda en manos del legislador, quien termina por hacer las veces de poder constituyente.

c) Una opinión política dominante<sup>19</sup>. Se puede decir que parte importante de la materialización de estos derechos corre a las par con las “modas” políticas que se encuentren vigentes. Como se trata de prestaciones, asistencias de las que el Estado provee a ciertos grupos, su cumplimiento pasa antes por los dividendos políticos que dichas prestaciones puedan aportar.

Este ineludible componente político es capturado por Ernst Forsthoff, cuando trata de los problemas constitucionales del Estado Social: “Quien recibe ayuda del Estado se siente dependiendo de él y está inclinado a plegarsele. En consecuencia, la intensidad del dominio del Estado es incomparablemente mayor de los que parece (...). Con la aparición del Estado social, la relación del Estado con los súbditos se ha modificado en otro aspecto. El ciudadano posee intereses en el Estado, de intensidad y modo variable”<sup>20</sup>.

Como se ve, la presencia de estos derechos dentro del catálogo de garantías constitucionales no constituye de suyo una garantía en favor de la personas. Son varias las restricciones que deben sortear antes de ser cumplidas. Por esto dice Carl Schmitt que “todo derecho a prestaciones ajenas es limitado”<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> Un interesante tema que ha comenzado a ser investigado es el de la inconstitucionalidad por omisión, situación que se daría en el evento de no aplicarse un mandato constitucional, por considerarse todavía no desarrollado, asunto que atentaría contra el principio normativo de la carta fundamental.

<sup>16</sup> Löwenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, segunda edición, 1986, p.401.

<sup>17</sup> Cfr. Pereira Manant, Antonio Carlos, *Teoría Constitucional*, Editorial Conosur, 1998, p. 371.

<sup>18</sup> Cfr. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1982, p. 171.

<sup>19</sup> Martínez Estay, p. 107.

<sup>20</sup> Forsthoff, p. 55.

<sup>21</sup> Schmitt, p. 174

Y cuando las limitaciones son muchas, al punto de hacer irrealizables los derechos consagrados, se puede terminar por desprestigiar una Constitución, o restarle credibilidad para cuando más lo demande.

#### IV. El problema de fondo: cuánto le podemos pedir a la Constitución

No creo que esté de más recordar que las cosas son lo que son y no lo que queremos que sean. Esta idea cobra especial importancia en el mundo del Derecho. Porque, que el Derecho sea el instrumento por excelencia para regular las relaciones sociales, y que por ello esté presente en casi todas las circunstancias de la vida, no hace de él el único protagonista. No lo es todo ni lo puede todo. Tampoco la Constitución es una herramienta que lo pueda todo. Aunque es cierto que con el tiempo sus funciones han ido variando, pues en su inicio sólo se buscaba con ella frenar el poder y hoy día algunos le atribuyen el carácter de cúspide del Derecho, nunca se puede llegar al extremos de pedirle más de lo que puede dar.

El Estado Social, en su fórmula pura, le pide demasiado a la Constitución. Ni bueno ni malo, demasiado. Sus exigencias sobrepasan los límites del Derecho. Los largos catálogos de derechos sociales son programas no normas. Quizás puedan colaborar a orientar la dirección de un gobierno poco solidario, pero nunca serán derechos adquiridos de los particulares. Desde una perspectiva judicial, los derechos sociales no son justiciables. Es decir, no pueden ser directamente alegados ante los tribunales en su contenido material. En cambio, sí es posible pedir a la jurisdicción el amparo de la vida frente a sus atentados, de la libertad ante las restricciones de ésta, de la igualdad ante la arbitrariedad o de la propiedad ante la usurpación ilegal.

Una Constitución seria debe contener mandatos, prohibiciones, restricciones y principios que informen la actuación concreta del Estado y sus órganos. Por el contrario, no deben consistir sólo en programas de gobierno o aspiraciones nobles, pero que en el plano del Derecho tienen muy poco que decir. De allí que, como advertimos, los derechos sociales, en sus diversas especies, tienen un carácter más político que jurídico. En consecuencia, más que ante los tribunales, deben reclamarse a los políticos y autoridades.

Pero las Constituciones breves no están necesariamente libres de una sobrecarga de disposiciones, como decíamos al comienzo del trabajo. Tampoco se trata de establecer un criterio rígido para determinar cuándo una Constitución contiene lo que debería contener. No estamos del todo de acuerdo con Wheare, para quien, una Constitución debe contar con “lo mínimo, y este mínimo traducirse en normas legales”<sup>22</sup>. Cada Ley Fundamental es distinta del resto, por lo que no caben aquí generalizaciones, lo que no implica sostener algunos principios matrices para determinar cuándo el contenido de una Constitución se aviene con la realidad y por tanto es adecuada su carga normativa.

En primer término, la historia. Cada país tiene su propia historia y circunstancias, las que deben ser tomadas en cuenta a la hora de enjuiciar su Constitución. Por ello es que no constituyen sobrecarga, en principio, las referencias a la protección especial de los pueblos indígenas en el caso de Brasil, Colombia y Bolivia; como tampoco lo fue, en su momento, la proscripción que establecía el artículo 8° de la Constitución chilena, tomado del 21 número 2 de la Ley Fundamental de Bonn.

Por otra parte, también es relevante tener en cuenta el pasado reciente de un país. Caso paradigmático es para muchos el artículo 19 número 24, sobre el derecho de propiedad, en nuestra Constitución.

---

<sup>22</sup> Wheare, Kenneth, *Las Constituciones modernas*, Barcelona, Labor, 1971, p. 38.

Su extremado detalle procedimental, junto con la consagración de la propiedad exclusiva del Estado sobre las minas y sus derivados, así como sobre las aguas, dan cuenta de una reacción a una situación histórica reciente, en la que dichas materias fueron especialmente afectadas.

Pero a su vez, la forma de Estado juega un papel importante aquí. Como ya dijimos, por naturaleza, una Constitución federal tiende a ser más extensa que la de un Estado unitario. Principalmente, porque debe establecer un listado de materias de competencias que corresponderán a la Federación, a los Estados miembros o a ambos (competencia concurrente). Caso aparte nos presenta el proyecto de Constitución Europea presentado el 20 de junio de este año, en el Consejo Europeo reunido en Tesalónica. Por su peculiaridad y novedad (al punto que algunos señalan que se trata de una Constitución federal), emitir un juicio de sobrecarga es al menos temerario<sup>23</sup>.

No creemos que se justifique elevar a categoría constitucional materias que por circunstancias contingentes y esencialmente temporales, perturban la situación de una nación. Estimamos por ello adecuado que se haya rechazado en las recientes discusiones del Senado, la posibilidad de consagrar como ilícito constitucional el narcotráfico<sup>24</sup>.

## V. Estatismo y sobrecarga

Probablemente no es muy adecuado hablar de una «Constitución del Estado». Primero, porque desde un punto de vista de la teoría política es perfectamente concebible una Constitución para una Corona<sup>25</sup>, u otro sistema de organización de la comunidad política, como la Federación o Unión. Por otro lado, la Constitución nace del poder constituyente y no del Estado. Además, porque la Constitución es antes que nada una norma a favor de las personas y sus derechos inalienables.

En síntesis, lo propio de una Constitución es demarcar el campo de actuación del Estado, imponiendo límites externos en su texto<sup>26</sup> y condiciones de actuación conforme al principio de vinculación positiva de la legalidad<sup>27</sup>. En nuestra Carta se enuncia del siguiente modo: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes” (Artículo 7 inciso 2).

La Constitución pone freno al poder del Estado. Esto en su sentido clásico y original. Sin embargo, con la llegada del Estado Social este cometido ha perdido en parte su vigencia. Por un lado se le pide al Estado que actúe otorgando prestaciones sociales, pero por otro, dentro del mismo documento, se le pide abstención. Puede decirse que el Estado Social es el que actúa, mientras que el Estado de Derecho es el

<sup>23</sup> Con todo, en su parte segunda, destinada a consagrar derechos protegidos por la Constitución, hay ciertos indicios de sobrecarga. Entre ellos llaman la atención: la libertad de las artes y ciencias, derechos del menor, de las personas mayores y de los discapacitados, protección al consumidor, etc.

<sup>24</sup> Cfr. Sesión 5ª Ordinaria del Senado de Chile, 17 de junio de 2003.

<sup>25</sup> Pereira Menaut, Antonio Carlos, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 29.

<sup>26</sup> En este sentido, el inciso 2 del artículo 5 pone una barrera inexpugnable al ejercicio de la soberanía, pues ella “reconoce como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

<sup>27</sup> Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo, bases fundamentales*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica, 1996, p. 27. “En este caso, como se advierte, el Derecho ya no es límite de su actuación (del Estado/ Administración), como ocurre con la persona natural, sino es la condición de sus existencia, de su ser y de su obrar”.

que pone coto a la actuación. Pero como advierte Ernst Forsthoff, «El Estado de Derecho y el Estado Social no son compatibles en el plano constitucional (...)»<sup>28</sup>.

Por principio, el Estado Social y Democrático es interventor. En algunos países la manifestación es mayor, en cambio en otros no es tan intensa. El grado de intervención, en todo caso, depende de cuánto le mande la Constitución intervenir. Si lo dota de amplias facultades para influir en cuestiones económicas, la tendencia natural es que pronto ocupe el Estado amplias espacios del mundo económico. Por el contrario, si lo que se le pide es más preciso o delimitado, algún límite existirá para demarcar la acción expansiva del Estado. Con todo, la afirmación principal sigue en pie, aunque con pequeños matices circunstanciales que no afectan el punto de fondo: el llamado que la Constitución hace, como principio informativo del orden institucional, al Estado para que intervenga en la vida de las personas.

## VI. Una alternativa al Estado Social y a la sobrecarga constitucional: El Estado subsidiario

En lo que llevamos avanzado queda al menos un punto claro: el Estado Social le pide mucho a la Constitución, la sobrexige. Pero pedirle al Estado que actúe o que asuma un planteamiento dinámico, tendiente a crear condiciones sociales justas y equitativas, no es materia exclusiva del Estado Social. Tanto o más puede hacer el Estado desde una concepción subsidiaria. Y entendemos por Estado subsidiario aquel que está al servicio de las personas, que promueve el bien común, pues no lo crea él y sólo él. Se trata de un Estado que contribuye a crear condiciones sociales acordes con su fin de bien común, y que, por último, pero no por ello menos relevante, se mueve con pleno y acabado respeto a los derechos de las personas y de los cuerpos sociales que dan forma a la sociedad. Como se ve, el Estado subsidiario, se aparta de la clásica distinción entre Estado liberal y Estado social. Podríamos decir que es un Estado «sui generis», que tiene un género propio.

La distinción mencionada se manifiesta principalmente en que algunos prefieren un Estado pequeño, sin derecho a voz ni voto, un Estado, en el sentido clásico, plenamente liberal. Mientras que para otros éste debe ocupar mayores espacios en la sociedad, influir más, planificar más, estar más presente en el día a día de las personas. En cambio, el Estado subsidiario no es ni grande ni pequeño. Es como las circunstancias lo ameriten ser. Debe abstenerse, pero también actuar, respondiendo en ambos casos a un mandato y no a una simple inclinación discrecional o caprichosa.

El Estado subsidiario evita sobrecargar la Constitución de normas prestacionales y de catálogos de derechos sociales. En este sentido, el mandato a su actuación no viene dado por derechos preestablecidos en favor de las personas, sino por condiciones que, verificadas, conducen a que el Estado actúe. A diferencia del Estado Social, cuya actuación depende del respeto a la ley, y por tanto, de lo que la Administración vea en ella, el subsidiario depende de los jueces: ellos resuelven el punto medio de actuación estatal.

En otras palabras, el Estado subsidiario tiene resortes y límites de acción predeterminados, pero no acotados en la norma. Tiene obligaciones que lo hacen moverse y que podrían llevarse a sede judicial en caso de no respetarse<sup>29</sup>. Tiene también fronteras, principalmente dadas por las garantías fundamentales

---

<sup>28</sup> Forsthoff, p. 45.

<sup>29</sup> En doctrina se ha denominado vicio de inconstitucionalidad por omisión, que por efecto del carácter obligatorio de los preceptos de la Constitución (art. 6º inciso 2) y del derecho de acción (art. 19 n.3, inciso 1), es posible denunciarlo judicialmente, y mandar a la Administración que actúe.



aseguradas en la misma Constitución, o bien aquellos derechos considerados consustanciales al hombre (artículo 5°).

La Constitución chilena de 1980 manda al Estado configurarse según el modelo subsidiario. Expresamente se consagra en el artículo primero, es decir, como primera base de la institucionalidad, en los incisos 3 y 4, además del 5. A la hora de entrar a ver el significado de esta consagración es preciso advertir que los calificativos utilizados por el constituyente para este efecto son de vital importancia, pues son ellos los que en gran parte determinan el alcance del precepto en cuestión.

La persona es anterior al Estado y éste se encuentra a su servicio. Este orden de prelación ontológica es la base sobre la que se funda el Estado subsidiario, que en la Constitución se expresa del modo que sigue: «El Estado está al servicio de la persona humana». Todo lo que el Estado y sus órganos realicen, debe, por tanto, basarse en este principio de servicialidad<sup>30</sup>. La amplitud de este servicio no se agota en la acción del Estado, sino que también supone abstención cuando corresponda.

El Estado tiene un fin específico fuera del cual sus actos adolecen de un «desvío de poder»<sup>31</sup>. Este fin es el bien común, bien que no depende de los números ni de las encuestas. Es un bien objetivo que comprende el bien de todos y cada uno de los habitantes del país. El Estado, por tanto, no puede hacer distinciones antojadizas bajo el pretexto del bien común o beneficiar sin fundamento a sectores de la población con cargo de los que «tienen más». Pero además, su fin de bien común se encuentra acotado por la misión de promoverlo, que significa poner los medios para que se logre. En esta labor de promoción, el Estado debe recurrir a las sociedades menores, pues no es función exclusiva suya la de alcanzar el bien común. Esto sólo es posible mediando una actuación conjunta entre el Estado, los cuerpos intermedios y los particulares.

Respondiendo al mandato que la Constitución le hace, el Estado debe conducir la promoción del bien común por cauces determinados expresamente: «Debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, (...)». En primer término, su labor es de contribución, es decir, de coparticipación. De modo que tácitamente se establece un mandato a otros cuerpos de la nación para que complementen la creación de estas condiciones sociales. En este contexto, se entiende el deber del Estado de exigir la colaboración de algunos sectores del país para la creación de circunstancias que permitan alcanzar el bien común. Esto marca una clara diferencia con el Estado Social, que como vimos tiene el monopolio de esta misión.

La Constitución habla de «mayor realización posible», queriendo expresar que nunca será posible una absoluta realización de la persona, por muchos esfuerzos que se utilicen por lograrlo. Con esto se adopta una visión realista del fin al que está llamado el Estado, y es que la plena realización espiritual y material, está sujeta a un marco de «posibilidad», condicionado por innumerables factores que no vienen

<sup>30</sup> Cfr. Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo, bases fundamentales*, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica, 1996, p. 45 y ss.

<sup>31</sup> Cfr. Vedel, Georges, *El principio de legalidad*, fragmento traducido al español por Eduardo Soto Kloss de Droit Administratif, París, 1964.

al caso detallar. El Estado no lo puede todo, ni tampoco la Constitución. Y pedirle lo contrario al Estado mediante mandatos expresos en la Carta fundamental, es lo que evita el constituyente de 1980.<sup>32</sup>

Como cierre al inciso cuarto se contiene lo que puede denominarse la cara inversa de la subsidiariedad. Si en todo lo anterior se mandaba al Estado a actuar, siempre con matices y de formas determinadas, ahora se le pone un tope, un límite a sus actos. En efecto, la promoción del bien común que consiste en la contribución a la creación de las condiciones sociales ya vistas, debe hacerse «con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece»<sup>33</sup>.

El Estado, cuando es reclamada su intervención, tiene al mismo tiempo un freno en los derechos fundamentales de las personas. En caso que llegue a afectarlos mediante algún acto suyo (ley o acto administrativo, en el mayor de los casos), deberá declararse la nulidad del referido acto, puesto que excede una competencia dada por la misma Constitución: el respeto a los derechos que la Carta establece (aún cuando no estén expresamente consagrados y sea el juez quien finalmente resuelva si se trata o no de un derecho emanado de la naturaleza humana, según lo dispone el artículo 5 inciso 2)

En este marco debemos encuadrar el alcance del inciso 3, por cuanto impone por una parte un deber de reconocimiento, y por otra un deber de garantía a los denominados “grupos intermedios”. La restricción emana del respeto que debe guardar el Estado al derecho de libre asociación y autodeterminación de las sociedades menores, las que pueden gobernarse y organizarse autónomamente. A lo anterior debemos agregar que, como ya se vio, la promoción del bien común reclama la participación de estos cuerpos, pues en una visión subsidiaria, no es sólo el Estado quien tiene la misión de procurar dicho bien.

## VII. Consideraciones finales

Las reflexiones que hasta el momento hemos hecho nos deben llevar a algunas conclusiones, las que paso a plantear del modo más sintético posible.

1. La Constitución es una norma de directa aplicación y en consecuencia obliga. Sus preceptos están llamados a ser cumplidos y obedecidos sin necesidad de mediación normativa alguna. Pero ni el Derecho ni la Constitución pueden dar soluciones a asuntos que son de naturaleza política, como los derechos sociales en un Estado Social. Y es que ni siquiera la política lo puede todo, pues está condicionada por la economía, la moral, entre otras disciplinas. En fin, se trata de tener Constituciones realistas, que no le pidan al Estado más de lo que puede dar. Por ende, no le pidamos todo a la Constitución.
2. La Ley Fundamental está llamada a proteger a las personas frente al Estado. Esta es su principal misión. Las personas son el centro y razón de ser de una Constitución. En cambio, el Estado excepcionalmente es sujeto activo de sus preceptos. Por regla general, ante él van dirigidas las normas

<sup>32</sup> Una interesante discusión se suscitó acerca de este punto en la sesiones 45 y 46 de CENC. Quien hizo mayor hincapié sobre esta idea fue Jaime Guzmán, para quien “El Derecho no puede desconocer las limitaciones que las posibilidades existentes imponen a su plenitud, ni pierde por ellos su validez. No se puede sostener en un momento dado que no se estén desarrollando plenamente todos los seres humanos de una comunidad, ese Estado no está cumpliendo con su finalidad y que el Gobierno que lo encarna es ilegítimo”.

<sup>33</sup> Cfr. artículo 5° inciso segundo: «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana». Este límite debe entenderse como complementario al modo en que el Estado subsidiario actúa.

constitucionales. Sin embargo, la lógica desarrollada por el Estado Social es distinta. Él es el centro en la Constitución, pues es él quien tiene la misión exclusiva de sacar adelante el cuerpo social. Este llamado se materializa en prestaciones y derechos sociales de distinto tipo, que en último término, son la carta blanca que tiene el Estado para intervenir.

3. Finalmente, la reñida votación en el Senado (18 a favor y 18 en contra) del pasado 11 de junio, para modificar el artículo cuarto de la Constitución, e introducir el Estado Social y Democrático de Derecho en nuestro sistema, nos debe conducir a reflexionar acerca del tipo de Estado que queremos en Chile. Por ende, también qué tipo de Constitución. Por nuestra parte, hemos optado por el Estado subsidiario, pues a nuestro juicio constituye una verdadera garantía a la libertad de las personas. Este debe actuar cuando los particulares no pueden o no quieren, pero por otra parte debe abstenerse en caso de que los particulares puedan llevar de forma "adecuada"<sup>34</sup> una cierta actividad. En consecuencia, la Constitución que lo consagra no tiene por qué contener todo lo que sus órganos deben ejecutar, sino los principios esenciales de actuación.

### Referencias bibliográficas

ABENDROTH, WOLFGANG, *El Estado de Derecho democrático y social*, Madrid, El Estado Social, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

FORSTHOFF, ERNST, *Problemas constitucionales del Estado Social*, Madrid, El Estado Social, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

LÖWENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, segunda edición, 1986.

MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Barcelona, Editorial Cedecs, 1997.

PEREIRA MENAUT, ANTONIO CARLOS, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Madrid, Publicaciones Universidad Complutense, 1992.

PEREIRA MENAUT, ANTONIO CARLOS, *Teoría Constitucional*, Santiago, Editorial Conosur, 1998.

SCHMITT, CARL, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1982

SOTO KLOSS, EDUARDO, *Derecho Administrativo, bases fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica, 1996.

VEDEL, GEORGES, *El principio de legalidad*, fragmento traducido al español por Eduardo Soto Kloss de Droit Administratif, París, 1964.

WHEARE, KENNETH, *Las Constituciones modernas*, Nueva colección Labor.

ACTAS DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN.

<sup>34</sup> Me detengo en este término, ya que lo estimo importante para entender la subsidiariedad. Lo adecuado supone que no basta con que los cuerpos sociales quieran llevar adelante una determinada actividad; deben también contar con los medios que se lo permitan hacer eficazmente. Caso contrario, el Estado podría legítimamente entrar a actuar en subsidio de dicha ineficacia.