Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 13 Julio - Diciembre, 2020 • Pág. 39 - 50

EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA IGUALDAD COMO CONDICIÓN DE LA LIBERTAD. UN ESTUDIO DEL CASO CHILENO

THE PROBLEM OF SOCIAL RIGHTS: EQUALITY AS A CONDITION OF FREEDOM. A STUDY OF THE CHILEAN CASE

***Alfonso Henríquez Ramírez*[1]**

Presentado: 17 de junio de 2020; Aceptado: 02 de julio de 2020.

RESUMEN

Sostendremos que el ordenamiento chileno se caracteriza por tomar partido por un modelo institucional que se fundamenta en una cierta concepción de la libertad, y que ve con desconfianza, cualquier intento por avanzar hacia una distribución más igualitaria de los bienes y los derechos. A continuación, probaremos que esta visión es problemática, puesto que genera importantes desigualdades en el goce de las garantías fundamentales, y en las posibilidades que tienen las personas para poder desarrollar libremente sus planes de vida. En este sentido, sostendremos la tesis relativa a que la libertad debe entenderse de una forma más robusta, esto como capacidad para la autonomía. Esta propuesta permite dar cuenta del hecho que la igualdad en realidad no constituye un principio que lesione la libertad, sino que, por el contrario, representa uno de sus presupuestos.

Palabras clave: Derechos sociales, igualdad, libertad, principio de focalización, Chile.

ABSTRACT

We will argue that the Chilean system is characterized by taking sides with an institutional model that is based on a certain conception of freedom, that sees with suspicion, any attempt to move towards a more egalitarian distribution of goods and rights. Next, we will prove that this vision is problematic, since it generates important inequalities in the enjoyment of fundamental guarantees, and in the possibilities that people have to freely develop their life plans. We will finish the work, supporting the thesis that freedom should be understood in a more robust way, this as a capacity for autonomy. This proposal allows us to account for the fact that equality does not really constitute a principle that harms freedom, but, on the contrary, represents one of its budgets.

Keywords: Social rights, equality, freedom, principle of targeting Chile.

1.- INTRODUCCIÓN.

En el contexto del constitucionalismo chileno, los derechos sociales y los derechos civiles clásicos, parecen encarnar valores que son presentados como incompatibles y contradictorios. Bajo este esquema de razonamiento, la igualdad y la libertad constituyen principios que se excluyen mu-

1 Doctor en Derecho. Profesor Departamento Historia y Filosofía del Derecho, Universidad de Concepción, Chile. El autor agradece a la Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo de la Universidad de Concepción, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, el financiamiento otorgado para llevar a cabo esta investigación. Contacto: alfhenriquez@gmail.com.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

tuamente, de modo que no es posible asegurar, por ejemplo, la libertad contractual, sin sacrificar al mismo tiempo, la igualdad material.

En lo que sigue, vamos a intentar demostrar que esta visión de los derechos sociales parte de algunos presupuestos que, en nuestra opinión, son altamente cuestionables. Para ello, nos detendremos en dos aspectos que consideramos clave, a saber, en el concepto de libertad que subyace al conjunto del sistema, y en el modelo de distribución de los derechos sociales que se derivan de éste. A continuación, veremos que este modelo no resulta plausible. Para ello, argumentaremos en primer lugar, que el Estado juega un rol relevante en la promoción de la libertad. En segundo término, nos centraremos en los problemas que supone para la tesis en análisis, el concepto aristotélico de "acto mixto". Por último, defenderemos que el enfoque que ha desarrollado Amartya Sen, a propósito del llamado *capability approach,* constituye una herramienta muy útil para los efectos de poder comprender porque el concepto de libertad sobre el cual se construye nuestro marco institucional, debe ser rechazado. A este respecto, propondremos que la libertad, se puede comprender mejor como capacidad para la autonomía, y que, entendida así, puede constituir una buena razón, para avanzar hacia un esquema más universal e igualitario de provisión de los derechos sociales del que tenemos en nuestro país. Finalizaremos el presente trabajo, explicando de qué forma estas ideas podrían orientar la actual discusión constitucional.

2.- UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

Para comprender correctamente el problema que constituye nuestro objeto de estudio, vamos a destacar algunos aspectos que resultan cruciales relativos al pensamiento político de Jaime Guzmán, quien fue uno de los principales artífices del modelo constitucional chileno.

De acuerdo con Guzmán (1965), el hombre fue creado a imagen y semejanza de Dios. Por esta razón, la persona humana tiene prioridad ontológica y de finalidad frente a la sociedad y al Estado, el cual, en atención a este hecho, se constituye **únicamente** para asegurar el bien común. En este sentido, la administración representa un ser accidental o relacional, dado que deriva su existencia de la necesidad de socialización que tienen los hombres, el único ser que propiamente puede decirse que presenta una dimensión sustancial. Bajo este esquema, el bien común, se caracteriza por tener una dimensión fundamentalmente individual, antes que social, de forma que es entendido como el conjunto de condiciones que le permiten a todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional, poder alcanzar su máximo desarrollo personal. Como explica Cristi (2011), esta idea le permite a Guzmán abandonar la ontología social comunitarista del primer gremialismo y adherir por entero al conservadurismo neoliberal.

En efecto, para el autor comentado, el estatismo es el principal peligro que se cierne sobre la comunidad, de forma que, para conjurarlo, propone instalar en su lugar la idea de Estado subsidiario. El concepto de subsidiaridad, al menos en la forma en como lo entiende Guzmán, alude al hecho que el Estado, en tanto constituye un ser accidental, debe ocupar un lugar de segundo orden no solo respecto del hombre en cuanto tal, sino que también respeto de las familias, los municipios, los gremios, y de todas las sociedades intermedias. Estas ideas se van a plasmar en la Declaración de Principios del Gobierno de Chile (1974), la cual, en lo que a nosotros nos interesa, señala expresamente lo siguiente:

> "Aplicado este principio al Estado, debemos concluir que a él le corresponde asumir directamente sólo aquellas funciones que las sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir adecuadamente, (…) Respecto al resto de las funciones sociales, sólo puede entrar a ejercerlas directamente cuando las sociedades

ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 13 Julio - Diciembre, 2020 • Pág. 39 - 50

> intermedias que de suyo estarían en condiciones de asumirlas convenientemente, por negligencia o fallas no lo hacen, después de que el Estado haya adoptado las medidas para colaborar a que esas deficiencias sean superadas. En este caso, el Estado actúa en subsidio, por razón de bien común.
>
> El respeto al principio de subsidiariedad representa la clave de la vigencia de una sociedad auténticamente libertaria. Casi podría decirse que es el barómetro principal para medir el grado de libertad de una estructura social. Por oposición a él, cuanto mayor sea el estatismo que afecte a una sociedad, menos será su efectiva libertad, por extendido que sea el ejercicio ciudadano de los derechos políticos". (p. 4)

Como vemos, en el proyecto político de la dictadura, resulta claro que los derechos sociales no tienen cabida. La razón de ello estriba en que representan posiciones de derecho fundamental que atentan o son contrarias al principio de libertad, dado que su reconocimiento obliga al Estado a tener que jugar un rol particularmente activo a fin de garantizar ciertas prestaciones básicas para todos. Debido a lo anterior, y al encarnar principios mutuamente excluyentes, una misma Constitución no pueda reconocer, sobre una base axiológica y normativa similar, derechos de libertad y derechos de prestación. En consecuencia, y tal como comenta Cristi (2011):

> "el individualismo que desarrolla Guzmán a partir del reconocimiento de la prioridad ontológica de los individuos, le permite reorientar el principio de subsidiaridad hacia la minimización solidaria que le corresponde al Estado, y también sostener una visión individualista del bien común y de la propiedad privada". (p. 224)

En la siguiente sección, analizaremos con detalle los presupuestos que sustentan esta tesis.

3.- DE LA LIBERTAD COMO COACCIÓN AL PRINCIPIO DE FOCALIZACIÓN.

El modelo institucional chileno se estructura en base a la idea relativa a que la libertad equivale únicamente a la ausencia de coacción, es decir a la presión autoritaria que una persona ejerce sobre otra (Hayek, 1991). De acuerdo con esta forma de entender dicho principio, una persona no es libre, cuando se encuentra sujeta a la voluntad arbitraria de otra, y por ello, cuando no es capaz de actuar de acuerdo con sus propias decisiones o elegir su propio destino (De la Nuez, 2010). Bajo este esquema, la libertad constituye una forma de cualificación de la acción, de manera que el centro de la cuestión va a gravitar entorno a la interrogante acerca del grado en el que resulta legítimo que las personas estén libres del gobierno coactivo en una gama sustancial de decisiones y actividades (Bobbio, 2014).

El punto interesante estriba, en que esta manera de comprender la libertad, conduce a un modelo de provisión de los derechos sociales, fundado en el principio de focalización. En efecto, este principio se caracteriza por el predominio de la asistencia focalizada y por la inexistencia o escasa relevancia de transferencias universales y programas de seguro social (Atria, 2013). En este sistema, tal como sostiene Esping-Andersen (1990):

> "las reglas que fijan los derechos son en consecuencia estrictas y están a menudo asociadas con estigmas; los beneficios son típicamente modestos. A su vez, el Estado fomenta al mercado, ya pasivamente –garantizando solo un mínimo- o activamente –subsidiando esquemas privados de bienestar". (p. 26)

En otras palabras, este principio prescribe que se debe beneficiar a los menos aventajados, no porque esto les vaya a permitir reducir los niveles de desigualdad, sino simplemente porque estos sujetos, por ejemplo, no tienen cubiertas sus necesidades mínimas (Parfit, 1997). Esto implica

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

que a medida que subamos en la curva de bienestar, se reducirá el valor moral de la demanda por mejorar la situación de aquellos que ya no se encuentran en la peor situación, y que por tanto, sus problemas, pasarán a ser irrelevantes.

Ahora bien, tal como explica Atria (2013), el principal efecto que ha traído aparejado el principio de focalización, ha sido el de privatizar la desigualdad, pero curiosamente y al mismo tiempo, el de tornar a la pobreza, en un problema políticamente relevante. Esto tiene sentido, si nos percatamos de un aspecto interesante del problema, a saber, que nuestra tradición constitucional, ha asumido históricamente una visión contractualista de los derechos. En efecto, esta tesis parte de la base que las personas cooperan unas otras para obtener ciertos beneficios que sin esa cooperación no podrían obtener. En este esquema, tal como sostiene con acierto Nussbaum (2007), no existe espacio para el altruismo o la benevolencia, puesto que las partes del contrato actúan impulsadas por el hecho que sus propios objetivos se verán mejor satisfechos, si todos renuncian al poder a favor de la ley y de la autoridad debidamente constituida.

En lo que respecta a nuestro problema de investigación, el contractualismo supondrá que, en un Estado estructurado de este modo, la única posibilidad de fundar un esquema de provisión de derechos sociales, pasará por demostrar que las partes del contrato estarán mejor, si abandonan el estado de naturaleza, que si permanecen en él. Sin embargo, como en este modelo las personas actúan motivadas por alcanzar acuerdos racionales, en el sentido de acuerdos que los beneficien, los derechos sociales no serán pensados como posiciones que manifiesten un cierto ideal de igualdad, sino que se presentarán como una protección en contra de la pobreza, lo cual impedirá estructurar servicios sociales universales, y favorecerá, tal como ha ocurrido en Chile, la implementación y ejecución de políticas de asistencia focalizada (Atria, 2014).

En este sentido, el pensamiento de Hayek resulta muy ilustrativo. En efecto, este autor distingue entre la libertad liberal y la libertad socialista. La primera busca hacer uso de la fuerza espontánea de la sociedad sin recurrir a la coerción, mientras que la segunda, aspira a una distribución igualitaria de la riqueza (Hayek, 2011). El problema radica en que al buscar la igualdad, la administración elije por el sujeto, de modo que este ya no será libre, con lo cual se avanzará hacia la destrucción del Estado de Derecho al violarse uno de sus presupuestos, la libertad. El efecto es que cualquier intento redistributivo, carecerá de justificación moral y jurídica.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, Hayek (2011) no se opone del todo a que el Estado garantice ciertos servicios sociales mínimos. A este respecto, sostiene que no existe ningún impedimento, desde el punto de vista del respeto al principio de libertad, para que el Estado garantice un nivel básico de alimento, albergue, vestido, o incluso un sueldo mínimo (Hayek, 2011).

Sin embargo, este esquema de provisión difiere sustancialmente de la búsqueda por asegurar un determinado nivel de vida o una misma posición para todos. A este respecto, afirma los siguiente:

> “veremos ahora que esta distinción coincide ampliamente con la diferencia entre la seguridad que puede procurase a todos, fuera y como suplemento del sistema de mercado, y la seguridad que solo puede darse a algunos y sólo mediante el control o la abolición del mercado” (Hayek, 2011, p. 195).

A partir de lo anterior, Hayek concluye que si bien una sociedad puede garantizar ciertas prestaciones básicas, estas solo funcionarán como un complemento o un sustituto de las acciones que los particulares lleven a cabo libremente en el mercado, y por ende, fungirán como un mecanismo cuya única función pasará por asegurar un mínimo de salud, educación o vivienda, a quienes no

ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 13 Julio - Diciembre, 2020 • Pág. 39 - 50

puedan procurárselas por sí misma en el contexto de un sistema que reconoce una amplia libertad contractual (De la Nuez, 2010).

Por tanto, el fundamento moral que subyace al principio de focalización, es el de corregir y paliar las deficiencias del mercado, y justificar, respecto de quienes pertenezcan a los sectores menos aventajados, su sujeción al derecho y al poder (Atria, 2014). La principal consecuencia que se sigue de lo anterior, estriba en que cualquier medida que vaya más allá de la protección de la libertad contractual o del aseguramiento de la paz social, corre el peligro de ser denunciada como un intento por imponer de forma coactiva, una cierta concepción particular de la justicia social a través del poder que monopoliza el Estado (Nozik, 2012). Entonces, y de acuerdo con esta manera de entender el problema, la administración solo va a estar autorizada a intervenir, cuando los sujetos no puedan satisfacer sus necesidades básicas por sus propios medios de acuerdo con las reglas que establece el mercado.

4.- DE LA LIBERTAD COMO COACCIÓN A LA LIBERTAD COMO CAPACIDAD PARA LA AUTONOMÍA.

En atención a lo que hemos expuesto, nosotros creemos que la tesis que entiende a la libertad simplemente como la mera ausencia de coacción, debe ser rechazada. Para ello, proponemos tres argumentos. La fuerza de estos, depende de su naturaleza acumulativa, de tal forma que estas razones resultarán persuasivas en la medida en que se entiendan y analicen de manera conjunta.

El primero argumento que queremos proponer, se relaciona con el rol que le cabe al Estado, en la promoción de la autonomía. Uno de los presupuestos básicos que subyacen al principio de subsidiaridad, tal como se ha entendido en Chile, radica en que su justificación moral, arranca de la idea que, si el Estado interviniese de forma más activa en la esfera económica o contractual, estaría tomando partido por una determinada concepción de la vida buena. En estos casos, la administración estaría eligiendo por el sujeto, impidiendo con ello, que éste pudiese actuar como un agente que es capaz de tomar sus propias decisiones. A partir de este postulado, se infiere que, al menos en el ámbito del derecho de los contratos, el Estado debe permanecer neutral, y que, por tanto, no puede establecer restricciones o limitaciones que dirijan la capacidad negociadora de las partes, hacia la consecución de fines socialmente deseables.

Sin embargo, esta forma de ver el problema, pasa por alto un hecho que resulta evidente, a saber, que la no intervención, también constituye una forma, o una manera en la que la autoridad, al menos indirectamente, toma partido por una de las partes del contrato. En efecto, si el Estado, por ejemplo, no establece medidas para limitar el poder negociador de la partes, prohibiendo algunas formas de contratación, en vista de proteger a ciertos grupos considerados como más débiles, tales como es el caso de los trabajadores, consumidores o locatarios, o toma medidas con el objetivo de restringir la formación de monopolios o la comisión de prácticas reñidas con la libre competencia, entonces simplemente estaría avalando los intereses de la parte más fuerte de la relación contractual, y con ello, la existencia de ámbitos de la realidad, en los cuales los principios justicia, igualdad y no discriminación, no tendrían cabida. El punto estriba, en que más allá del grado de intervención del Estado, asunto en el podemos debatir de forma razonable, lo cierto que no es posible pensar que en la práctica, el poder público pueda limitarse a jugar un rol pasivo, puesto que tanto en el caso en que intervenga, como en el que no lo haga, los efectos de esta decisión, repercutirá de manera significativa en el margen de acción que tengan los contratantes para alcanzar sus objetivos. En términos simples, si la administración interviene beneficiará a una de las partes, pero si no lo hace, terminará ayudando a la otra. A este respecto, y tal como sostiene Kimel (2018), la razón de esto es simple, puesto que:

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

> "la actividad contractual se realiza dentro un marco cuyo contenido y lintes son mayoritariamente creados y definidos por el estado (…) así, por ejemplo, al definir el marco de forma tal que le permite a la una determinada parte "fuerte" capitalizar la vulnerabilidad de una determinada parte "débil", el estado –la ley- no simplemente omite ayudar a la parte débil, sino que juega un rol activo en la creación de las condiciones para su caída". (Kimel, 2018, p. 204)

De acuerdo con esta lógica, el Estado bien puede ser visto, tal como lo hace nuestro constituyente, como una amenaza para la libertad, pero también, y por las razones expuestas, como una posible fuente de libertad, en la medida en que su intervención apunte a equilibrar el poder negociador de las partes del contrato, y a garantizar así, que el ejercicio de la libertad contractual, contribuya a la posibilidad que las personas puedan perseguir sus propios planes de vida y vivir una vida valiosa (Raz, 1998).

El argumento anterior, nos lleva a la segunda razón, relativa a porque la tesis de la libertad como ausencia de coacción, debe ser superada. Este motivo se relaciona con el hecho que dicha tesis no es capaz de hacerse cargo de los desafíos que supone el concepto aristotélico de "acto mixto" (Schwember, 2018, p. 119). En efecto, si nos centramos solo en la idea de coacción, resulta claro que es libre, quien, sin ser forzado por nadie, contrata un servicio de calidad inferior, por ejemplo, adquiere una vivienda en una zona segregada de la ciudad, o matricula a sus hijos en una escuela que presenta malos resultados educacionales. Ante la alternativa de tener que quedarse sin vivienda o educación, o aceptar un servicio de mala calidad, una persona no tendrá más camino que optar por esta última posibilidad. En este tipo de actos, que siguiendo al autor citado podemos llamar "actos mixtos", los individuos eligen en parte de forma voluntaria, puesto que el fin de la acción se tiene a la vista al momento en que se obra, pero en parte también, actúan de forma involuntaria, puesto que, de tener la posibilidad, nadie elegiría alguna de las alternativas en cuestión (Schwember, 2018, p. 134).

A este respecto, Aristóteles (2008) parece no tener una postura muy clara, sin embargo, sí identifica correctamente el problema:

> "Pues bien, acciones de esta índole son mixtas, aunque más parecidas a las voluntarias, pues se eligen en el momento en que se realizan. (…) Y el agente obra voluntariamente, puesto que el inicio del mover las partes instrumentales en acciones así está en uno mismo, en uno mismo está también el obrar o no. Conque tales acciones son voluntarias, aunque en sentido absoluto quizás sean involuntarias, pues nadie elegiría ninguna de ellas por sí mismas". (1110a, p. 95)
>
> De hecho, más adelante sostiene:
>
> "Entonces ¿a qué clase de acciones hay que llamar forzosas? ¿Acaso lo son, en términos generales, cuando la causa es externa y el agente no colabora en absoluto? Pero los actos que en sí mismos son involuntarios, aunque elegidos en un momento dado y por una razón dada -y el inicio está en el agente- son involuntarios en sí mismos sí, pero en ese momento dado y a cambio de esa cosa dada son involuntarios y se parecen más a los voluntarios". (1110a, p. 95)

El punto está, en que esta clase de actos, no son completamente involuntarios, pero en sentido absoluto, tampoco son totalmente voluntarios, comparten, en suma, elementos de ambas clases de actos. Como sostiene Schwember (2018, p. 129), si analizamos el problema desde la perspectiva del agente, parece poco convincente medir la voluntariedad del acto tan solo por el

ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 13 Julio - Diciembre, 2020 • Pág. 39 - 50

factor externo de la coacción, puesto que lo que en verdad resulta relevante para este, es la falta de opciones y de medios para poder decidir su propio destino, es decir, para autodeterminarse.

Este matiz no es captado adecuadamente por la tesis relativa a la libertad como ausencia de coacción, dado el énfasis que coloca en los problemas relacionados con la acción. A este respecto, el siguiente pasaje de Nozick (2012) resulta esclarecedor:

> "Consideraciones similares se aplican al mercado de intercambio. "Z se enfrenta a la alternativa de trabajar o morirse de hambre; las selecciones y acciones de todos los demás no se suman para dar a Z alguna otra opción (Él puede tener varias opciones acerca de qué trabajo tomar) ¿Escoge Z trabajar voluntariamente? (¿Lo hace en una isla desierta alguien que debe trabajar para sobrevivir?)". (p. 255)

Sin embargo, lo que esta tesis olvida, es el hecho relativo a que los contratos no siempre satisfacen las condiciones ideales de un acuerdo libre y racional, de hecho, y esto es lo medular, en muchas ocasiones el consentimiento de las partes se encuentra condicionado por la necesidad o por la falta de medios materiales, sociales o culturales, de forma que no se puede decir que dichos acuerdos sean totalmente voluntarios. Esto a su vez, nos conduce a la tercera razón por la cual esta tesis debe ser rechazada.

En efecto, la libertad como ausencia de coacción constituye una tesis en extremo restringida, puesto que, entre otras consideraciones, no permite dar cuenta de un hecho que consideramos importante, a saber, que la falta de opciones, representa una circunstancia que compromete de forma relevante la libertad del sujeto. Para comprender este punto, proponemos distinguir, tal como plantea Sen (2004, p. 332), entre efectos de culminación y efectos comprensivos. El primero, se centra en la evaluación del estado en el cual termina un sujeto, mientras que el efecto comprensivo mira al proceso que ha llevado a ese estado, es decir, al conjunto y calidad de las oportunidades disponibles para que una persona pueda desarrollar su plan de vida. La importancia de esta distinción, radica en que nos ilumina sobre el aspecto de oportunidad presente en la idea libertad. En efecto, si evaluamos la libertad solo desde la perspectiva de aquello con lo que termina un individuo, no podríamos apreciar con claridad un aspecto importante del problema, el cual está dado por la forma en como ese sujeto ha llegado a esa situación. De acuerdo con este enfoque, una persona es realmente libre, únicamente cuando tiene la posibilidad de optar entre un amplio rango de alternativas relativas a la forma en cómo construir su vida, no solo cuando no sea objeto de coacción (Griffin, 2013, p. 160). En nuestra opinión, esta distinción resulta relevante, entre otras razones, porque nos permite comparar el grado de libertad del que gozan las personas, en función de las mayores o menores opciones que han tenido para poder desarrollar sus propios habilidades o capacidades (Sen, 2011, p. 260).

Un buen ejemplo acerca de los alcances y los problemas de la tesis que estamos sometiendo a crítica, es el relativo a la forma en como se ha estructurado el sistema de provisión del derecho a la vivienda en nuestro país.

En efecto, para implantar este modelo, se llevaron a cabo fundamentalmente dos acciones. La primera, consistió en establecer amplios espacios de libertad, justificados en el principio de subsidiaridad y en la necesidad de proteger la propiedad privada, a fin de que las empresas inmobiliarias, pudieran tener mayores incentivos para poder emprender proyectos habitacionales. Para alcanzar este objetivo se tomaron una serie de medidas destinadas a desregular el mercado habitacional, fundamentalmente a través del aumento de la disponibilidad del suelo urbano y de la reducción de las limitaciones al uso del suelo (Gil Mc Cawley, 2015). La segunda, pasó por

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

articular y llevar a la práctica, en el contexto de esta política habitacional, los principios de subsidiaridad y focalización ya estudiados. En efecto, y como primera cuestión, se partió de la base que el Estado solo se encontraba autorizado para actuar en este ámbito, a efectos de satisfacer únicamente aquellas necesidades que el mercado inmobiliario no pudiera cubrir. A partir de lo anterior, la administración diseñó un complejo mecanismo de asistencia focalizada, concretado a través de la creación de una serie de subsidios a la demanda, para permitir que las familias de más bajos ingresos, tuvieran la posibilidad efectiva de poder acceder a una solución habitacional (Gil Mc Cawley, 2015).

No obstante, este sistema de provisión de la vivienda terminó por generar un importante efecto de segregación y exclusión social (Vignoli, 2001). Efectivamente, las consecuencias de dicha iniciativa se han sentido tanto en el precio del suelo como en la fragmentación del espacio social, en la acumulación de conjuntos de vivienda sociales en comunas con un menor valor de suelo y en la precariedad de los servicios y equipamientos básicos asociados con la construcción de este tipo de soluciones habitacionales (Wong, 2017). A su vez, esto ha aumentado los índices de desempleo y vulnerabilidad social de las personas que viven en los barrios más segregados, ha reducido las oportunidades de las mujeres para integrarse al mundo del trabajo remunerado, dificultando con ello que puedan salir de la pobreza, ha contribuido a la formación de guetos al interior de la ciudad y a la destrucción de los lazos comunitarios, ha impactado en la falta proyectos de vida de los jóvenes que viven en este tipo de sectores, y se transformado en un serio obstáculo para que las personas que pertenecen a los sectores más vulnerables, puedan acceder a servicios públicos y privados de calidad (Sabatini, 2013).

Este ejemplo demuestra que el acceso desigual a una serie de prestaciones fácticas y normativas, como es el caso de la vivienda, puede terminar por reducir el aspecto de oportunidad que está presente en la idea de libertad, puesto que lo que es social, económica y culturalmente posible como forma de existencia, está en buena medida condicionado o determinado por la posibilidad que tengamos de acceder a ciertos bienes básicos (Hohmann, 2013). Dicho de otra forma, y en este punto seguimos a Sen (2004): “la calidad de vida de que disfruta una persona no es solo cuestión de lo que logra, sino que también de cuáles eran las opciones entre las que esa persona tuvo la oportunidad de elegir”. (p. 59)

Por esta razón, y para que el ejercicio de comparación al que hemos hecho referencia pueda traducirse en la implementación de una política universal de provisión de derechos sociales, la tesis relativa a la libertad como ausencia de coacción, que es sobre la cual se construye nuestro marco constitucional, debe ser abandonada. En su lugar, creemos que resulta más razonable comprender la libertad -en el sentido que puede explicar de forma más clara la importancia que tienen los derechos sociales en el contexto del constitucionalismo contemporáneo- como un concepto iusfundamental que hace referencia a la capacidad efectiva que tiene un individuo para poder elegir y llevar su propio plan de vida, de acuerdo con sus necesidades (García Manrique, 2012).

Para nosotros, la ventaja que presenta esta forma de entender el concepto en comento, proviene del carácter acumulativo de los argumentos que hemos desarrollado a propósito de la idea de libertad puramente negativa. En efecto, tal como hemos visto, dicha noción falla, porque no alude a algo que exista de manera natural, sino que representa un elemento que surge de las mayores o menores restricciones institucionales que defina una sociedad. Bajo este punto de vista, si bien el Estado puede impedir que las personas persigan sus propios objetivos, también puede favorecer que lo hagan. Esto significa que el uso o beneficio que podamos extraer de los bienes que se encuentran dentro de nuestro alcance, estará determinado por la existencia de un determinado

ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 13 Julio - Diciembre, 2020 • Pág. 39 - 50

marco normativo e institucional, creado por el poder público, que nos permita transformar nuestras capacidades en funcionamientos efectivos.

Estas capacidades, o la falta de ellas, determinan nuestro rango de opciones, y por tanto nuestra libertad para poder llevar a cabo nuestro plan de vida. Bajo esta lógica, la libertad negativa constituye una condición necesaria pero no suficiente de la libertad, puesto que la ausencia de coacción, en realidad no capacita a nadie para alcanzar una vida verdaderamente humana (García Manrique, 2012). Es por esta razón que los derechos fundamentales entendidos como derechos preferentemente de abstención, solo pueden conducir a la justicia en condiciones sociales de equilibrio de fuerza, ya que, en caso contrario, tal como sucede en el contexto del modelo institucional chileno, la libertad formalmente igual para todos se transforma de facto, en el derecho del más fuerte (Grimm, 2006). En estos supuestos, se produce una situación de desigualdad entre quienes pueden efectivamente transformar sus capacidades en funcionamientos, y los que solo pueden conformarse con las condiciones qué les son impuestas. Así, a pesar de haber partido de un estado justo inicial, los resultados acumulados de muchos acuerdos particulares, libremente celebrados, esto es, sin coacción, pueden llegar a poner en cuestión la igualdad de oportunidades o a comprometer el rango de opciones disponibles para un amplio grupo de la población (Rawls, 2012).

Sin embargo, la libertad como capacidad para la autonomía, permite reducir este efecto, toda vez que constituye una tesis que favorece el establecimiento de un conjunto de condiciones justas de trasfondo que todos deben respetar, y que se concretan a través de la creación de un esquema de provisión de derechos sociales, de carácter universal e igualitario. En nuestra opinión, esto tiene sentido, puesto que, por regla general, las personas no cuentan con los recursos necesarios para desarrollar por sí mismas sus capacidades o para satisfacer sin la ayuda de su entorno social más inmediato sus necesidades más básicas. Por tanto, y si esto es así, entonces surgirá para el Estado el deber de asegurar a todos un cierto nivel de bienestar sobre una base equitativa, que vaya más allá de una simple igualdad de necesidades mínimas o de protección contra la indigencia. Esta obligación general de protección se justifica, en razón que los bienes que cautelan garantías como la vivienda, la educación, la salud, la seguridad social o el trabajo, constituyen los requisitos básicos para que las personas puedan hacer elecciones, tomar decisiones, y forjar sus vidas de acuerdo con sus propias ideas. Bajo esta lógica, por tanto, nadie se encuentra legitimado para privar a otros del disfrute de estos derechos, puesto que esto implica violar al mismo tiempo las condiciones que posibilitan el logro de sus propios objetivos (Garzón Valdés, 1986).

Así, y al menos dentro de este esquema, creemos que no existe una verdadera contraposición entre libertad e igualdad, toda vez que precisamente la satisfacción de las necesidades más básicas de las personas, por medio de la existencia de un sistema de transferencias sociales de carácter universal, constituye un presupuesto necesario para el ejercicio de sus capacidades, es decir, para el ejercicio y apoderamiento de su propia libertad.

5.- A MODO DE PROPUESTA

La tesis que hemos defendido, suministra buenos argumentos que van en el sentido de reconocer un estándar de protección más alto en materia de derechos sociales. En lo que sigue, explicaremos de que forma estas ideas podrían servir de base para orientar los términos del debate que estamos teniendo en nuestro país, en materia de reforma o cambio constitucional, ofreciendo propuestas concretas que vayan en el sentido descrito. Esperamos desarrollar las mismas en investigaciones posteriores.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

El primero de los principios básicos, que se encuentran ausentes del actual diseño constitucional chileno, se relaciona con la inclusión de la llamada cláusula de Estado Social de Derecho. Este principio se asienta sobre la idea relativa a que el Estado es el principal obligado en materia de protección y cumplimiento de aquellos derechos que se vinculan con la satisfacción de las necesidades básicas de las personas. La introducción de este principio supondría tomar partido por una cierta concepción del Estado y la sociedad, más cercana al principio de solidaridad, y alejarse de lógicas subsidiarias y mercantilistas, al menos en el ámbito de los servicios sociales (Henríquez, 2020).

En particular, este principio generaría la obligación al legislador –hoy inexistente– de avanzar hacia un sistema de prestaciones sociales más equitativo, sobre una base redistributiva y universalista, no dependiente de la capacidad de pago, sino que, de la necesidad, y le prohibiría a su vez, o al menos le haría más difícil, dejar simplemente en manos del mercado la provisión de dichas prestaciones.

En segundo lugar, junto con la concreción de esta declaración, una nueva Carta debería garantizar al menos, aquellos derechos sociales que se encuentran reconocidos en el derecho internacional, tanto en su dimensión de derechos de libertad, lo que en parte se hace en la actual Constitución, pero, sobre todo, en su vertiente de derechos de prestación.

Si queremos tener una mejor salud, una educación de calidad o mejores pensiones, este paso es fundamental, puesto que el legislador debe desarrollar aquellos derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución de acuerdo con el contenido y los límites que esta establezca. Pensemos en el caso de la salud. Si esta solo se encuentra reconocida desde el punto de vista de la libertad para elegir el plan de salud, pero no como un derecho de acceso a un alto estándar de salud física o emocional, entonces el legislador no tendrá el incentivo constitucional para avanzar en dicho sentido.

En tercer lugar, un nuevo pacto constituyente también debería contemplar una acción de rango constitucional que haga efectivo estos derechos, en las mismas condiciones que el resto de las garantías fundamentales. A este respecto, los ciudadanos deben contar con la posibilidad de reclamar ante un tribunal, cuando dichas garantías sociales sean desconocidas por el Estado o por un particular, lo que hoy no es posible.

Esto es importante, puesto que permitiría cumplir dos objetivos: asegurar la vigencia práctica de la Constitución, y permitir que los tribunales, a través de su práctica jurisprudencial, puedan desarrollar el contenido de los derechos sociales, fijar el alcance de las obligaciones de los órganos de la administración, y perfilar los límites a los cuales deben sujetarse los privados cuando actúen como prestadores de servicios sociales.

Finalmente, también se debería avanzar en orden a eliminar tanto la exigencia de *quórums* super-mayoritarios para aprobar ciertos proyectos de ley en materia social, como también, el control preventivo de constitucionalidad que actualmente realiza el Tribunal Constitucional. Este tipo de mecanismos funcionan como instancias que impiden que el proyecto político que ha sido apoyado por la mayoría de la ciudadanía, pueda concretarse en leyes que vayan en el sentido de alcanzar mejores estándares de justicia social, dado el poder que las minorías tienen para vetar dichas propuestas.

La conjunción de estos elementos, hoy ausentes dentro de nuestro marco constitucional, permitiría asegurar de manera mucho más efectiva de lo que hoy garantiza el actual diseño normativo, la

ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 13 Julio - Diciembre, 2020 • Pág. 39 - 50

provisión universal de aquellas prestaciones que se requieren para desarrollar nuestras capacidades y ejercer la libertad de la que somos titulares en condiciones de igualdad.

CONCLUSIONES

En este trabajo hemos desarrollado la tesis relativa a que el derecho chileno se construye sobre la idea que los derechos fundamentales solo generan obligaciones negativas para el Estado. Bajo este esquema, la igualdad aparece como un principio contradictorio y contraproducente con el objetivo general del sistema, el cual está dado por garantizar los más amplios márgenes de libertad a los ciudadanos para que puedan establecer libremente límites y contenidos de sus acuerdos. Esto conduce a su vez, a un esquema provisión de derechos sociales, basado en el principio de focalización, en el cual las prestaciones no tienen un carácter universal, sino que están dirigidas a los que no pueden procurarse la satisfacción de sus necesidades básicas en el mercado. Sin embargo, este modelo está basado en una cierta concepción de la libertad, que la entiende fundamentalmente como ausencia de coacción. El problema estriba en que esta forma de entender dicho principio, no logra captar un hecho que consideramos importante, a saber, que la falta de opciones, representa una circunstancia que compromete de forma relevante la libertad del sujeto. Por tanto, y sobre esta base, concluimos que resulta más adecuado comprender la libertad en el sentido de capacidad para la autonomía. En defensa de esta postura, sostuvimos que los bienes que cautelan garantías como la vivienda, la educación, la salud, la seguridad social o el trabajo, constituyen los requisitos básicos para que las personas puedan hacer elecciones, tomar decisiones, y forjar sus vidas de acuerdo con sus propias ideas, es decir. Entendida de esta forma, la libertad constituye, por un lado, el principal fundamento para avanzar hacia un esquema de provisión universal en materia de derechos sociales, mientras que, por el otro, se revela como un principio que requiere, para su materialización, de un cierto nivel de igualdad entre los ciudadanos, desde el punto de vista de la satisfacción de sus necesidades básicas.

BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles. (2008), Ética a Nicómaco, Madrid: Alianza Editorial.

Atria, F. (2013). *Veinte años después*, Neoliberalismo con rostro humano, Santiago: Catalonia.

Atria, F. (2014), *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*, Santiago: LOM.

Bobbio, N. (1991), *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós.

Cristi, R. (2011), *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, Santiago: LOM.

De la Nuez, P. (2010), *La política de la libertad. Estudio del pensamiento político de F.A. Hayek*, Madrid: Unión Editorial.

Esping-Andersen, G. (1990), *The three worlds of welfare*, Oxford: Polity Press.

García Manrique, R. (2012), Libertad. En Escobar Roca, Guillermo (ed.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona: Aranzadi.

Garzón Valdés, E. (1986), Los deberes positivos generales y su fundamentación. *Doxa*, N° 3.

Gil Mc Cawley, D. (2015), Derecho a la Vivienda, integración urbana y minimalismo regulatorio en Chile. En *La Desigualdad*, SELA, Buenos Aires: Ediciones Libraria.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

Gobierno de Chile (1974). *Declaración de Principios del Gobierno de Chile*, Santiago: Gabriela Mistral.

Griffin, J. (2013), *On Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

Grimm, D. (2009), *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.

Guzmán, J. (1992), El miedo. Síntoma de la realidad político social-chilena. *Estudios Públicos*, N° 42.

Guzmán, J. (1965) El capitalismo y los católicos de tercera posición. *Fiducia*. III, N° 20.

Hayek, F. (1991), *Los fundamentos de la libertad*, Madrid: Unión Editorial.

Hayek, F. (2011), *Camino de Servidumbre*, Madrid: Alianza Editorial.

Henríquez, A. (2020) "Nueva Constitución y derechos sociales", El Mostrador, 9 de enero de 2020, https://www.elmostrador.cl/destacado/2020/01/09/nueva-constitucion-y-derechos-sociales/

Hohmann, J. (2013), *The right to housing. Law, Concepts, Possibilities*, Oxford: Hart Publishing.

Kimel, D. (2018), *De la promesa al contrato. Hacia una teoría liberal del contrato*, Madrid: Marcial Pons.

Martínez Wong, A. (2017) Invisibilización, procesos de Guetización y negación del Derecho a la Ciudad: Población Bajos de Mena en la Comuna de Puente Alto, Santiago de Chile. *Boletín Electrónico de Geografía*, N° 5.

Nozick, R. (2012), *Anarquía, Estado y Utopía*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Nussbaum M. (2007), *Las fronteras de la justicia*, Barcelona: Editorial Paidós.

Parfit, D. (1997), Equality or Priority. *Ratio*, N° 10 (3), 1997.

Rawls, J. (2012), *La justicia como equidad, Una reformulación*, Barcelona: Paidós.

Raz, J. (1998), *The morality of freedom*. New York: Oxford University Press Inc.

Rodríguez Vignoli, J. (2001), Segregación residencial socioeconómica ¿Qué es? ¿Cómo se mide? ¿Qué está pasando? ¿importa? Santiago: *CEPAL*, Serie: Población y desarrollo.

Sabatini, F.(2013), Segregación de la vivienda social: reducción de oportunidades, pérdida de cohesión. En *Segregación de la vivienda social: ocho conjuntos en Santiago, Concepción y Talca*, Santiago: Colección Estudios Urbanos UC.

Schwember Augier, F. (2018), ¿Liberalismo libertario y derechos sociales? Las vías libertarias hacia el Estado más que mínimo. *HYBRIS, Revista de Filosofía*, Vol. 9 N° Especial, Debates contemporáneos sobre justicia social.

Sen, A. (2004), Capacidad y bienestar, la calidad de vida. En Nussbaum, Martha, Sen, Amartya (eds.) *La calidad de vida*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Sen, A. (2011), *La idea de la justicia*. Bogotá: Taurus, 2011.