

Revista de Derecho

Universidad Finis Terrae

DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS

Segunda época año II, N°1-2015

Comité Editorial:

Enrique Navarro | Universidad Finis Terrae
Miguel Schweitzer | Universidad Finis Terrae
Rodrigo Barcia | Universidad Finis Terrae
Roberto Salim-Hanna | Universidad Finis Terrae
Fernando Gómez | Universidad Pompeu Fabra
Jorge Baraona | Universidad de los Andes
Mario Fernández | Universidad de Chile
Juan Francisco Colombo | Universidad de Chile
Luis Ortiz | Universidad de Chile
Fernando Barros | Abogado
Domingo Valdés | Universidad de Chile

Diseño:

Francisca Monreal

Corrección de texto y estilo:

Eduardo Guerrero

Administración:

Av. Pedro de Valdivia 1646
(56-2) 2420 7416
www.uft.cl

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE | Segunda época, año III, N°1-2015
Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

Las opiniones expresadas en los artículos que aquí se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no representan necesariamente la opinión de los editores ni de la Universidad Finis Terrae.

La reproducción total o parcial de los artículos de la revista está prohibida sin la autorización del Director, con la excepción de citas y comentarios.

ISSN 0717-716X

Registro de propiedad intelectual N°283.211

Santiago de Chile

Año 2015

ÍNDICE

- 7 EDITORIAL
- 9 Víctor Bazán
LOS DERECHOS SOCIALES EN TIEMPOS DE CRISIS ECONÓMICAS Y/O FINANCIERAS
- 43 Cristián García Mechsner
LOS DERECHOS SOCIALES EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA
- 57 Rodolfo Figueroa García-Huidobro
JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO A LA SALUD Y VIVIENDA EN SUDÁFRICA
- 79 Sebastián Soto Velasco
DERECHOS SOCIALES Y LIBERTAD DE ELECCIÓN
- 99 Carolina Meza Prambs y José Ignacio Núñez Leiva
CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA Y DERECHOS SOCIALES
- 111 Rodrigo Barcia Lehmann
UNA MIRADA CRÍTICA A LA CREACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE LAS CORTES
- 131 Enrique Navarro Beltrán
PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN CHILE
- 159 Francisco Zúñiga Urbina
LA HUELGA COMO HECHO SOCIAL Y COMO DERECHO FUNDAMENTAL

183 Miriam Henríquez Viñas

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y ACCIÓN DE PROTECCIÓN

199 Rodrigo Pica Flores

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN CHILE.
CONSTITUCIÓN Y JURISPRUDENCIA

213 Carolina Carreño Orellana

EL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

239 PUBLICACIÓN

EDITORIAL

El presente número de la Revista de Derecho de la UFT está destinado al estudio de la dogmática y jurisprudencia de los derechos sociales en Chile y en el derecho comparado.

Así, en primer lugar, el destacado profesor argentino Víctor Bazán aborda las características generales de los derechos sociales en los tiempos modernos y los principios que han desarrollado la doctrina y jurisprudencia internacional.

Luego, en el ámbito del derecho comparado Cristián García efectúa un estudio comparativo de los derechos sociales en la jurisprudencia comparada, particularmente, en Alemania, Reino Unido, Colombia y Perú. A su vez, Rodolfo Figueroa se refiere a la jurisprudencia sobre el derecho a la salud y la vivienda en Sudáfrica.

En el ámbito de la teoría general, el profesor Sebastián Soto estudia los derechos sociales y su relación con la libertad de elección. Por su parte, José Ignacio Núñez y Carolina Meza analizan el constitucionalismo garantista y los derechos sociales. Mientras que Rodrigo Barcia efectúa una mirada crítica a la “creación” de derechos fundamentales a través de las Cortes.

Por último, en el ámbito nacional, Enrique Navarro revisa la protección constitucional de los derechos sociales, su evolución constitucional y los mecanismos de protección, tanto en las Cortes de Apelaciones como en el Tribunal Constitucional.

El profesor Francisco Zúñiga estudia la huelga como hecho social y como derecho fundamental. A su turno, Rodrigo Pica se refiere al derecho a la educación en Chile, especialmente en la jurisprudencia constitucional. Finalmente, en materia de salud, la profesora Miriam Henríquez lo aborda a la luz de la acción de protección; mientras que Carolina Carreño en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

LOS DERECHOS SOCIALES EN TIEMPOS DE CRISIS ECONÓMICAS Y/O FINANCIERAS

SOCIAL RIGHTS IN TIMES OF ECONOMIC AND/OR FINANCIAL CRISES

VÍCTOR BAZÁN¹

Resumen: Luego de desarrollar ciertas consideraciones relativas a la exigibilidad, la justiciabilidad y la fundamentalidad de los derechos económicos, sociales y culturales y de reflexionar sobre la obligación estatal de hacer efectiva su progresividad y de respetar la prohibición de regresividad injustificada que pesa sobre ellos, el autor arriba al núcleo del trabajo, que se concentra en el examen de dos temas muy importantes: los contenidos esenciales de los derechos económicos, sociales y culturales y la dignidad humana, cuestiones ambas que deben operar como límites infranqueables a la protección de dichos derechos en épocas de crisis económicas o financieras, ya que es justamente en tales momentos críticos cuando se hace más evidente la necesidad de fortalecer la defensa de los más vulnerables.

Abstract: After developing some considerations concerning enforceability, justiciability and fundamentality of economic, social and cultural rights and reflecting on the State's obligation to implement their progressivity and to respect the prohibition of unjustified regressivity of them, the author gets to the core of this paper, which focuses on examining two major issues: the essential contents of economic, social and cultural rights and human dignity, both of which should operate as impassable limits to the defense of those rights in times of economic or financial crises, since it is precisely in such critical moments when the need to strengthen the protection of the most vulnerable becomes most evident.

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza, Argentina. Posgraduado en "Justicia Constitucional y protección de los derechos fundamentales", Departamento de "Giurisprudenza", Universidad de Pisa, Italia. Posgraduado en "Constitucionalismo y Democracia", Universidad de Castilla-La Mancha, campus Toledo, España. Profesor Invitado de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA) y en otras universidades argentinas y extranjeras. Autor de numerosos libros y artículos en materias de Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Internacional publicados en Argentina y el exterior. vba_marty@yahoo.com.ar

Palabras clave: Derechos económicos, sociales y culturales. Exigibilidad, justiciabilidad, fundamentalidad. Progresividad, no regresividad. Contenidos esenciales. Dignidad humana.

Key words: Economic, social and cultural Rights. Enforceability, justiciability, fundamentality. Progressivity, non-regressivity. Essential contents. Human dignity.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En sus segmentos iniciales, este trabajo se referirá a la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC o simplemente derechos sociales) y, desde su condición de “fundamentalidad” (al menos en el ámbito latinoamericano, aunque también reclamada –por ejemplo– por un sector doctrinario en España)², afrontará la potencialidad que receptan como precondiciones para el ejercicio de significativos derechos civiles y políticos (en lo sucesivo, también DCP).

Luego se aportarán unas anotaciones sobre la obligación estatal de brindarles progresividad y de no retrogradarlos injustificadamente, para plantear inmediatamente la necesidad de que exista una férrea defensa de los contenidos esenciales de cada DESC en épocas críticas o tormentosas que pudieran ponerlos en jaque.

A continuación, se ofrecerán ciertas consideraciones sobre la inescindible vinculación de tales derechos con la dignidad humana, para pasar finalmente al epílogo, que aportará determinadas reflexiones conclusivas que se acoplarán a otras ya contenidas en el núcleo de esta contribución.

II. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS “VERDADEROS”

Aunque pueda resultar obvio, debe recalarse que los derechos económicos, sociales y culturales no son derechos “de segunda calidad” en comparación con los civiles y políticos.

Naturalmente, no han faltado voces que catalogan a los primeros como derechos incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo. Por ende, la necesidad de *corregir su presunta imperfección* representa un desafío para la imaginación de los

² Terol Becerra, Manuel y Quesada Jimena, Luis (2014). *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, y Escobar Roca, Guillermo (2012). “Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”, *Revista Jurídica de los derechos*, año 2012, Nº 2, pp. 75-87.

operadores del sistema jurídico, tanto al formular planteos a su respecto como al ser estos resueltos por los órganos públicos competentes.

La Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la II^a Conferencia Mundial de Derechos Humanos³ (Viena, 25 de junio de 1993), que potenciara los caracteres de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”⁴.

Está también imprescindible tener en cuenta que la canalización jurisdiccional de los DESC es la consecuencia de que existan derechos genuinos y no meras expectativas, esperanzas o promesas desprovistas de anclaje real. Como hipótesis de mínima, debe admitirse que los derechos sociales *presentan alguna dimensión de justiciabilidad*, que debe ser resguardada para evitar que se diluya el contenido esencial del derecho en cuestión, punto este que se perfila como un peculiar reto para el Estado Constitucional y Convencional y un bien entendido activismo judicial.

En línea con lo anticipado, se ubica la Observación General (O.G.) N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (ONU) –en adelante, también, Comité de DESC–, referida a ‘La aplicación interna del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]’, del 3 de diciembre de 1998. En ella se ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe, por definición, fuera del contexto de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos [refiriéndose a los DESC y a los DCP] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”⁵.

³ A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

⁴ Parte II, párr. 98, de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. Además, vale mencionar lo que embrionariamente se planteara en la Resolución 421 (V), del 4 de diciembre de 1950, aprobada por la Asamblea General de la ONU como aproximación a lo que hoy se conoce como *indivisibilidad e interdependencia* de los derechos humanos. La citada Resolución se refería al por entonces “Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre”.

⁵ Nos referimos a lo sostenido en el punto 10 *in fine* de tal O.G., bajo el epígrafe de “Justiciabilidad”.

Para ponderar la importancia de los criterios sentados por tal Comité, debe tenerse presente que este es el órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), instrumento internacional que no instituyó *per se* un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados Partes y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto por los Estados Partes, el ECOSOC procedió a crear el Comité mediante la Resolución N° 1.985/17, del 28 de mayo de 1985.

Sobre el papel que ha jugado tal Comité, Craven advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación de aquel⁶, que se reunió por primera vez en 1987.

Acerca de la protección de los DESC en el ámbito universal, debe resaltarse que uno de sus puntos débiles ha radicado tradicionalmente en la imposibilidad de presentar *comunicaciones individuales* ante el Comité de DESC. Sin embargo, ello ha tenido comienzo de solución (al menos desde su prefiguración normativa) con la adopción del Protocolo Adicional al PIDESC, que adquirió vigencia tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la ONU. Esto ocurrió el 5 de mayo del 2013, con la ratificación correspondiente a Uruguay que la plasmó el 3 de febrero de ese año.

III. LOS DERECHOS SOCIALES COMO PRECONDICIONES PARA EL DISFRUTE DE NO ESCASOS NI IRRELEVANTES DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

La importancia y la fundamentalidad de los derechos sociales deberían estar fuera de discusión (al menos en Latinoamérica).

⁶ Craven, Matthew (1998). *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Paperbacks, p. 352.

De hecho, muchos de ellos (derechos a la salud, la alimentación, la educación, etcétera) son *prerequisitos* para el ejercicio de no pocos derechos civiles y políticos.

Como *mutatis mutandis* puntuiza Ferrajoli, “los derechos de libertad (...) son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información”⁷.

Desde otro ángulo (aunque con convergencias respecto de lo dicho en el párrafo anterior), Nino explica que todos los llamados *derechos sociales* “deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”⁸.

Por lo demás, coincidimos con Prieto Sanchís cuando se opone a la consistencia de la llamada *teoría de los “dos mundos”* con que a veces se ha querido describir al modelo de derechos fundamentales, sobre la base de la cual, de un lado se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde la mejor ley es la que no existe; y, de otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir⁹.

Añade que no es precisamente esta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno, pues una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución como marco de integración de una sociedad pluralista debería propiciar una imagen más compleja

⁷ Ferrajoli, Luigi (2006). “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, Alicante, Universidad de Alicante, trad. de Alí Lozada, p. 19.

⁸ Nino S., Carlos (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, p. 301.

⁹ Sanchís Prieto, Luis (2001). “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parcerio y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2^a ed., México DF, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), pp. 66-67.

y flexible, dado que la justicia y, sobre todo, la justicia constitucional, no puede abdicar de su competencia (naturalmente compartida con el legislador) de configuración sobre los derechos sociales, y cuyos límites son imposibles de trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social¹⁰.

IV. EN TORNO A LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROGRESIVIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD INCAUSADA. LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS LÍMITES A SUS RESTRICCIONES EN TIEMPOS DE CRISIS

1. Apreciaciones generales

En tanto útil para enlazarlo argumentalmente con el asunto que anuncia el título de este apartado, vale insistir en que la universalidad, la interdependencia y, principalmente, la indivisibilidad, la irreversibilidad y la naturaleza complementaria de los derechos llevan a dudar de la sustentabilidad semántica de la [impropia] expresión “generaciones de derechos humanos”.

Tampoco debería soslayarse que, bajo el pretexto de una escisión generacional de los derechos humanos, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el espacio de los DESC, escudándose en la mentada *progresividad* de los mismos y la falta de disponibilidad de medios tangibles para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos –DCP– no legitima la denegación de otros –DESC– (ver, v. gr., la Declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo, de 1986), pues la pauta de indivisibilidad justamente proscribe de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de los derechos humanos sea a expensas de otro u otros.

Tomando tales insumos como plataforma de lanzamiento y pensando a la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los derechos económicos, sociales y culturales hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos,

¹⁰ Ibíd., p. 67.

debe superarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) en cuanto a que tal *progresividad es solo simbólica*, debiendo darse paso a una *progresividad efectiva y real* de los DESC.

Semejante premisa debe conjugarse con la obligación de *no regresividad injustificada* por los Estados en este campo, la que desde el punto de vista conceptual –como se ha precisado– constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar regulaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población¹¹.

Vale recordar por ejemplo que, en la O.G. N° 3 (“La índole de las obligaciones de los Estados Partes [párrafo 1 del artículo 2 del Pacto]”), del 14 de diciembre de 1990, el Comité de DESC ha puntualizado claramente que las medidas de carácter deliberadamente regresivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (parte *in fine* del punto 9).

2. Los derechos económicos, sociales y culturales en tiempos de crisis

Con acierto se ha puntualizado que, en tiempos de crisis, los Estados no poseen un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en el área social, sino que, por el contrario, tienen “el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible. La carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos”¹².

¹¹ Courtis, Christian (2006). “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales” (edit.), en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, p. 17.

¹² Saura Estapa, Jaume (2011). “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, N° 2, Huri-Age, Consolider-Ingenio 2010, p. 14; Disponible: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf

Convergentemente, en referencia a la crisis económica y financiera mundial de los últimos años y su impacto en España, se ha dicho que dicho contexto “es susceptible de ser sesgadamente utilizado por algunos para reducir un irreversible e insoslayable acervo jurídico nacional e internacional en materia de protección de los derechos sociales. La crisis no debe constituir en absoluto un vano pretexto para la regresión, sino una gran oportunidad para afirmar progresivamente las conquistas sociales conseguidas”, ya que “los derechos sociales no son más difíciles de articular jurídicamente que los demás derechos, ni tampoco resultan necesariamente más onerosos”¹³.

Es que justamente en épocas de dificultades y desequilibrios financieros y/o económicos es cuando se torna más ostensible la necesidad de acrecentar la protección de los derechos de los grupos y las personas más frágiles y excluidas.

Los gobiernos deberían evaluar prudente y sistemáticamente las derivaciones que las políticas presupuestarias, económicas y sociales que adoptan en tiempos de austeridad y ajustes producen en sensibles materias como la igualdad, la no discriminación y los derechos fundamentales.

Debe tenerse en cuenta que las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados en la esfera de los DESC *no son derogables* e incluso su cumplimiento deviene más relevante precisamente en períodos críticos, para atemperar el rigor del nocivo impacto que estos pudieran provocar en las comunidades más postergadas.

Mutatis mutandis, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴ (Corte IDH) ha sostenido que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos

¹³ Becerra Terol, Manuel y Luis Jimena Quesada, op. cit., pp. 19-20.

¹⁴ Sobre este y otros aspectos de la temática, ver Víctor Bazán, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Víctor Bazán y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales* (2014), Buenos Aires, Astrea, pp. 1-167; “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Víctor Bazán (dir.) (2009), *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos)- Ediciones Legales, pp. 257-300; y “Vías de maximización protectoria de los derechos económicos, sociales y culturales”, *La Ley*, Buenos Aires, Tº 2007-D, pp. 1135-1149.

humanos¹⁵; añadiendo que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre¹⁶.

Asimismo, en el plano de las *omisiones legislativas* y frente al argumento que doctrinariamente se ofrece en punto a que los derechos sociales dependen de la “reserva de lo financieramente posible”, por lo que cualquier intento de control jurisdiccional en ese ámbito (sobre aquellas pretericiones) comportaría una inadmisible intromisión en las competencias presupuestarias del legislador y un “vano intento de gestionar lo imposible”¹⁷. Pisarello y De Cabo –a nuestro juicio, atinadamente– discrepan de semejante visión.

Al respecto, y en sintonía con el criterio que dejáramos expuesto *supra*, plantean que ni la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales es tan tajante como parece, ni la “reserva de lo financieramente posible” puede tomarse como una realidad dada de antemano y como un argumento definitivo para la completa desvinculación jurídica del legislador. Es que –agregan– cuando una omisión legislativa absoluta vulnera el contenido esencial de los derechos sociales constitucionales, el derecho de libre configuración de las políticas públicas cede frente

¹⁵ Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (2006): CaCorte IDH, 4 de julio del 2006 (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 149, párr. 103.

¹⁶ Ídem. En línea convergente a las últimas consideraciones volcadas en el aludido “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, la Corte IDH había señalado anteriormente que de las obligaciones generales de los arts. 1.1 y 2 de la CADH “derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto del derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En este sentido, el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida en todo su alcance a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo impone a los referidos Estados los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier poder u órgano de estos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional” (Corte IDH, “Caso Baldeón García vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de abril del 2006, Serie C, N° 147, párr. 81).

¹⁷ Pisarello, Gerardo y de Cabo, Antonio, “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos”, en Morodo, Raúl y de Vega, Pedro (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú* (2000), Madrid, T° III, UNAM y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, p. 1823.

al deber de probar que se están usando todos los medios disponibles y hasta el máximo de los recursos existentes para satisfacer los derechos en cuestión¹⁸ (ver art. 2 del PIDESC). Por fin, puntualizan que, en una situación de explícita vulneración, los “límites financieros” no tienen por qué presumirse y la jurisdicción puede obligar al legislador a justificar su incumplimiento y, sin imponerle un único medio de reparación, exigirle que ponga en marcha *alguno* de los que se encuentran a su alcance¹⁹.

Los tópicos abordados conectan, como anticipábamos, con la aludida tesis del *contenido esencial de los derechos fundamentales* (*Wesensgehalt según la terminología alemana*) y con el principio de razonabilidad, cuya forma de ser percibido ha variado, pasando –en palabras de Zagrebelsky– de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del Derecho*²⁰.

Y es precisamente con el telón de fondo descripto que los jueces ordinarios y/o constitucionales en el contexto interno de los Estados deberán asumir un rol *equilibradamente activista* para no invadir de modo imprudente esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado, pero tampoco consentir que aquella progresividad sea leída por las autoridades gubernamentales –mediante un prisma de inacción deferente– como *latencia o inocuidad ‘sine die’ de las normas consagratorias de los DESC*.

3. Falta de cumplimiento de la progresividad exigida o violación de la prohibición del dictado de medidas regresivas injustificadas: su justiciabilidad. Sumaria referencia al control social y democrático

Conectado con el punto inmediatamente anterior, conviene recordar que la Comisión Interamericana (Comisión IDH) ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”²¹.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Ibíd., p. 1824.

²⁰ Zagrebelsky, Gustavo (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3^a ed., Madrid, Trotta, trad. de Marina Gascón, p. 147.

²¹ Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú (2009): Comisión IDH, 27 de marzo del 2009 (Informe de Admisibilidad y Fondo Nº 38/09, Caso 12.670), párrafos 140 a 147.

Asimismo, en la importante sentencia recaída en el Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, la Corte IDH ha concluido que *la regresividad resulta justiciable*²² cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

Sobre este tópico, y tanto si no se cumpliera la mentada progresividad sustentable como si se incurriera en el dictado de regulaciones involutivas en el campo de los DESC, pesaría sobre el Estado *la carga de la prueba* para acreditar, respectivamente, la idoneidad dinamizadora y evolutiva de sus políticas públicas o la razonable justificación de las medidas de corte retrocesivo que hubiese adoptado.

De manera coincidente, en el documento que se individualizará en nota a pie de página²³, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha sostenido que son los Estados quienes principalmente tienen que probar que las medidas de austeridad propuestas están en consonancia con sus obligaciones de derechos humanos. Para llegar a tal conclusión se asienta en:

- el *Consejo de Derechos Humanos de la ONU*, órgano que en su período extraordinario de sesiones del 2009 afirmó que “las crisis económicas y financieras mundiales no disminuyen la responsabilidad de las autoridades nacionales y de la comunidad internacional en la realización de los derechos humanos”²⁴;
- también en el 2009, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) declaró que “la crisis económica no debe tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta [Social Europea]. Por lo tanto, los gobiernos están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos de la

²² Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú (2009): Corte IDH, 1 de julio del 2009 (Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 198, párr. 103.

²³ Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, “La protección de los derechos humanos en tiempos de crisis económica”, CommDH/IssuePaper (2013) 2, p. 22; Disponible en: <<https://wcd.coe.int/com.intranet.InstraServlet?command=com.intranet.CmdBlobGet&IntranetImage=2430934&SecMode=1&DocId=2088902&Usage=2>>

²⁴ Resolución del Consejo de Derechos Humanos S-10/1, “The impact of the global economic and financial crises on the universal realization and effective enjoyment of human rights”, párr. 5 (idem nota anterior).

Carta estén garantizados de manera efectiva en aquellos períodos en que los beneficiarios necesitan mayor protección”²⁵; y

- el citado *Consejo de Derechos Humanos de la ONU*, ya en el 2012, acogió con beneplácito una nueva serie de principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos, que estipula que “los gobiernos tienen la obligación de garantizar la primacía de los derechos humanos cuando toman decisiones sobre obtención y concesión de préstamos”²⁶.

De su lado, se observa que una genuina *rendición de cuentas* por parte de las autoridades públicas cumpliría en el particular un rol muy importante para que la sociedad civil estuviera en condiciones de controlar democráticamente el curso de la gestión pública y la razonabilidad del esquema de prioridades que el Estado maneja en materia de protección y realización de los DESC.

Es que, como con contundencia y claridad ha asegurado la Corte IDH, “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los *principios de publicidad y transparencia en la gestión pública*, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el *control democrático de las gestiones estatales*, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”²⁷. El Tribunal ha añadido que “... [e]l control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública...”²⁸.

Entendemos que *Estado Constitucional y Convencional* –por una parte– y *responsabilidad* –por la otra– son conceptos correlativos, lo que supone procurar una racionalización del poder que evite abusos y excesos; y obliga a que las autoridades públicas respondan por sus actos y omisiones en cumplimiento del compromiso ético, institucional y jurídico que

²⁵ CEDS, Conclusions (2009), Vol. I, párr. 17 (loc. cit. en nota 22).

²⁶ Cephas Lumina (2011). Informe del experto independiente de la ONU, Cephas Lumina, sobre la deuda externa, A/HRC/20/23 (loc. cit. en nota 22).

²⁷ Claude Reyes y otros vs. Chile (2006), Corte IDH (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas), 19 de septiembre del 2006, Serie C, N° 151, párr. 86.

²⁸ Ibid., párr. 87.

asumen al ser electos. Justamente un axioma del Estado de Derecho es el sometimiento de todo el poder al Derecho, surgido de la Constitución y legitimado democráticamente²⁹.

En otras palabras, es sustancial la existencia de mecanismos de control vertical y horizontal, reconducibles –ejercicio de simplificación mediante– a una suerte de *accountability*, término semánticamente próximo (aunque no totalmente intercambiable) a la expresión “rendición de cuentas”. No aludimos entonces a meras fiscalizaciones formales que solo sirvan para adornar y aumentar la ya sobre poblada estructura burocrática, sino a controles que funcionen en la realidad, que sean serios, transparentes e independientes de los órganos controlados, entramado en el que cada día se hace más evidente que el aporte suplementario que pueda brindar el *control social o ciudadano* de los asuntos públicos resulta provechoso para estimular la transparencia y aportar al fortalecimiento de la credibilidad de las instituciones públicas³⁰ en un ámbito tan sensible como el de los DESC, intrínsecamente consustanciado con la dignidad de la persona humana.

En ese terreno, entes como las defensorías del pueblo (o la denominación que se le asigne al instituto en cada Estado) y las ONG de derechos humanos pueden y deben jugar un papel relevante en la supervisión de las políticas públicas y de las pautas de ajuste que hubiere adoptado el gobierno en cuestión durante tales épocas críticas, coadyuvando a evaluar sistemáticamente su repercusión real en el plano de los derechos esenciales de la población comprometida.

Por lo demás, y si las aludidas instituciones contasen con suficiente legitimación procesal podrían, *inter alia*, plantear ante los tribunales las pertinentes demandas por violaciones a los derechos humanos provocadas por las políticas de austeridad, o efectuar presentaciones en calidad de *amici curiae*, acercando argumentos de hecho y derecho a los magistrados encargados de revisar jurisdiccionalmente las políticas fiscales, en orden a enriquecer cualitativamente el arsenal de elementos analíticos con que ellos cuentan a la hora de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos y los estándares forjados por los

²⁹ Bazán, Víctor (2009), *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Colección Cuadernos democráticos, N° 1, Quito, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Nacional Ecuador, p. 38.

³⁰ Ídem.

órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales de supervisión de tales cuerpos normativos iusinternacionales³¹.

V. DIGNIDAD HUMANA, CONTENIDOS ESENCIALES DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y OTRAS CUESTIONES

1. Los derechos económicos, sociales y culturales no son, ni pueden ser, “derechos de papel”

A) Como anunciábamos, los DESC son precondiciones para el disfrute de no pocos ni insignificantes derechos civiles y políticos.

Pensemos, por ejemplo, en derechos esenciales como la alimentación, la salud, la vivienda digna, la educación, sin los cuales los derechos civiles y políticos serían poco más que simples palabras o solo “derechos de papel”.

Sobre este tópico (“derechos de papel”), y más allá de las referencias a la postura de Ferrajoli³² efectuadas *supra* –que compartimos–, mencionaremos a continuación otras muestras autorales meramente ejemplificativas, de las que en ciertos aspectos discrepamos, pero que igualmente traemos a colación aquí para que la presentación de este tópico sea lo más amplia posible.

En tal sentido, Wellman distingue entre “derechos reales” y “derechos de papel”: “*real rights*” y “*paper rights*”. Sostiene, según nuestra traducción del inglés: “Acepté la distinción entre derechos reales, derechos que son realmente reconocidos y garantizados por las instituciones jurídicas de una sociedad, y simplemente ‘*derechos de papel*’, derechos proclamados

³¹ Sobre el tema, y entre otros trabajos de Víctor Bazán, pueden revisarse: “*Amicus curiae*, justicia constitucional y derecho internacional de los derechos humanos”, *Federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato, Focus-América Latina*, N° 2, Italia, Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed europeo, 19 de diciembre del 2014, Disponible en: http://federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=41&focus=sudamerica; o con algunas modificaciones, “*Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero-junio del 2014, México DF, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, pp. 31-57.

³² Ferrajoli, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, op. cit. en nota 7, pp. 15-31.

en instrumentos jurídicos pero ignorados en el funcionamiento del sistema legal”³³.

A su tiempo, Guastini se refiere a “‘verdaderos’ derechos y derechos ‘sobre el papel’”. Los primeros son aquellos que satisfacen tres condiciones: i) son susceptibles de tutela jurisdiccional; ii) pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado; y iii) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular. Los derechos “sobre el papel”, o derechos ficticios, son los que no satisfacen alguna de esas condiciones. Tal autor mantiene que *los derechos sociales (como los derechos morales)* son derechos “sobre el papel” porque las disposiciones constitucionales que los confieren expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador, aunque este –si bien tiene la obligación de promover unos fines determinados– no tiene ninguna obligación precisa en lo que respecta a los medios (un medio determinado, entre los muchos que podrían ser utilizados para obtener dichos fines), lo que es como decir que los derechos sociales poseen un contenido altamente indeterminado. Añade que aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales por la razón obvia de que “el legislador no puede estar obligado a dictar leyes, o sea que la omisión por parte del legislador carece de cualquier clase de sanción”³⁴.

Nos distanciamos de estas y otras lecturas doctrinarias que ven a los DESC como “derechos de papel” o “derechos sobre el papel” sin ninguna posibilidad de ser justiciables, aunque desde luego entendemos las diferencias que en la materia median entre algunos marcos constitucionales europeos y los espacios normativos y jurisprudenciales latinoamericanos.

Adicionalmente, y en particular acerca de la posición del autor italiano en punto a la imposibilidad de superar una omisión inconstitucional legislativa en la materia, y siempre teniendo en cuenta las divergencias

³³ Wellman Carl, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997, por ejemplo, en p. 42, correspondiente al capítulo 1: “Seeking a Theory of Rights”, específicamente en el punto 14: “A realistic description of rights”. Allí dice: “..., I accepted the distinction between real rights, rights that are actually recognised and secured by the legal institutions of a society, and merely ‘paper rights’, rights proclaimed in legal documents that are ignored in the operations of the legal system”.

³⁴ Riccardo Guastini (2003). “Derechos: una contribución analítica”, trad. de Andrea Greppi, en *Estudios de teoría constitucional*, México DF, 1^a ed., 1^a reimpres., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, pp. 220-221 y 223-224.

jurídicas contextuales, por nuestra parte, pensamos que al menos en el arco latinoamericano el órgano de justicia constitucional competente “sí tiene a su alcance ciertas herramientas para salvar las pretericiones inconstitucionales e incluso inconvencionales”³⁵.

Es que, por una parte, la Constitución puede recibir agresiones activas u *omisivas*. En otras palabras, es susceptible de ser vulnerada por acción o *por omisión*, con lo cual quedan bloqueadas su supremacía y su fuerza normativa, fundamentos esenciales del control de constitucionalidad. Precisamente un modelo de control constitucional que solo pudiera fiscalizar la constitucionalidad de *productos normativos* (leyes, decretos, ordenanzas, etcétera) sería fragmentario e insuficiente.

De su lado, el deber que pesa sobre la justicia constitucional en punto a materializar el *efecto útil* de los tratados internacionales (sobre todo en materia de derechos humanos) y no contrariar su *objeto y fin; la especial naturaleza* que este tipo de instrumentos internacionales ostenta; el obligatorio cumplimiento de los principios iusinternacionales sustanciales: *pacta sunt servanda, bona fine* e improcedencia de alegar disposiciones (u *omisiones*) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los pactos internacionales (arts. 26, 31.1, 27 y ccds. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)³⁶; la concreta posibilidad de que un Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por acción u *omisión*; y fundamentalmente en el plano latinoamericano, la obligación de los jueces y demás autoridades para realizar *control de convencionalidad*³⁷ por mandato jurisdiccional de la Corte IDH; da cuerpo a un conglomerado de reglas, principios y valores de tal magnitud que a nuestro juicio habilita a los correspondientes órganos competentes de la justicia constitucional a ejercer control no solo sobre las normas y prácticas contrarias a la CADH

³⁵ Ver, al respecto, Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, diciembre del 2014, *passim*.

³⁶ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscrita el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

³⁷ Sobre el tema del control de convencionalidad ver, entre otros trabajos de Víctor Bazán, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 19, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2015, pp. 25-70.

sino también en torno a *omisiones o inercias*³⁸ que impidan o mediaticen la efectivización de dicho tratado internacional y, por extensión, del/de los derecho/s involucrado/s en la cuestión.

Por lo demás, no cabría por un lado predicar ampulosamente la *universalidad*, la *interdependencia* y la *indivisibilidad de [todos] los derechos humanos*, y por el otro consentir que solo los civiles y políticos sean exigibles y justiciables. Es que si los derechos humanos son *integrales y universales*, su protección también debe ser *integral*, con independencia de que se trate de DCP o de DESC.

B) Paralelamente, estimamos que es por medio de hechos y no de fraseología vana que debe garantizarse un *mínimo vital* intangible (“derecho a la supervivencia”³⁹, en la visión de Ferrajoli) en tanto umbral básico de reaseguro de la dignidad humana.

Con miradas en cierta medida convergentes desde que apuntan a los límites a los poderes públicos –incluidos los de la mayoría– respecto de los derechos, aunque también con diferencias⁴⁰, Ferrajoli acuña el concepto de “esfera de lo no decidible”, Bobbio el de “territorio inviolable” y Garzón Valdés el de “coto vedado”.

Entre otras características de esa construcción teórica de Ferrajoli, la “esfera de lo no decidible” demarca un terreno blindado frente a ciertas intervenciones invasivas, pero también un marco de deberes positivos. O sea, se trata de un territorio defendido por prohibiciones: límites de carácter negativo impuestos al legislador –*lo que no puede ser decidido por*

³⁸ El Tribunal Interamericano ha sentado el criterio relativo a que “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u *omisión* de cualquier poder u órgano de estos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional” (Corte IDH, entre muchos otros pronunciamientos: “Caso Baldeón García vs. Perú”, cit., párr. 81; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero del 2006, Serie C, N° 140, párrs. 111 y 112; “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de septiembre del 2005, Serie C, N° 134, párrs. 108 y 110; y “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio del 2004, Serie C, N° 110, párr. 71).

³⁹ Ferrajoli, Luigi (2006). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 19, tal como anticipáramos en nota 7 a pie de página.

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi (2008). *La esfera de lo indecidible y la división de poderes*, trad. de Miguel Carbonell, Santiago de Chile, Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 337-343.

este– en garantía de los derechos de libertad; pero también un espacio de obligaciones: vínculos positivos, igualmente impuestos al legislador –*lo que debe ser decidido por este– en garantía de los derechos sociales*⁴¹.

A su tiempo, Bobbio precisa: “Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de ‘inviolables’. Ahora bien, “lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque esta sea mayoritaria”. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría (...). La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una “especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario”⁴². Según interpreta Bovero, entre otros derechos que integrarían ese “territorio –o frontera– inviolable”, deben incluirse a ciertos derechos sociales como *precondiciones de la democracia*: el derecho a la instrucción (entendido como la educación del ciudadano) y *el derecho a la subsistencia*⁴³.

En su matriz de análisis, Garzón Valdés se refiere al “coto vedado”⁴⁴ o conjunto de valores últimos. En el fondo, este exige cierto grado de homogeneidad social, esto es que, conjuntamente con derechos y libertades, debe concurrir un determinado nivel de igualdad de bienes, recursos y servicios.

Al respecto, Cruz Parcero apunta que “ese *mínimo* de condiciones no es poco y lo que se consigue es una concepción de los derechos sociales como derechos humanos, es decir, como un tipo especial de derechos de la más

⁴¹ Ver Perfecto Ibáñez, Andrés (2008). “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Alicante, Universidad de Alicante, p. 209.

⁴² Bobbio, Norberto (2005). *Teoría general de la política*, Madrid, Editorial de Antonio De Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, pp. 478-479.

⁴³ Bovero, Michelangelo (2008). “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Alicante, Universidad de Alicante, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, p. 222.

⁴⁴ Como se sabe, Garzón Valdés toma la expresión “coto vedado” del título de un libro autobiográfico del escritor Juan Goytisolo, *Coto vedado*, 1^a ed., Barcelona, Seix Barral, Biblioteca Breve, 1985, publicado en inglés como *Forbidden Territory* y en francés como *Chasse gardée*.

alta jerarquía que deben de garantizarse para *todos* sin importar el estatus de ciudadanía que se tenga”⁴⁵.

2. Mínimo vital y dignidad humana

Sin duda, existe un ligamen sumamente estrecho entre el *mínimo vital*⁴⁶ o *mínimo existencial* y la *dignidad humana*.

Sobre el punto y al solo efecto ilustrativo, vale citar algunas manifestaciones jurisprudenciales de ciertos órganos máximos de justicia constitucional (la Corte Constitucional de Colombia –C.C.– y el Tribunal Constitucional Federal alemán o *Bundesverfassungsgericht* –*BVerfGE*–) en torno a aquel intenso vínculo al que nos referíamos.

En ese sentido, ya en un lejano pronunciamiento, concretamente la Sentencia T-426 de 1992⁴⁷, la C.C. señaló: “Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El *derecho a un mínimo vital* –derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario– es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución”.

El *mínimo vital* es, en puridad, un *derecho fundamental* diseñado pretorianamente por la C.C., que en el particular exhibe una línea jurisprudencial evolutiva muy reveladora.

Para dicho Tribunal, el concepto de *mínimo vital* debe ser evaluado desde un punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, “haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo” (v. gr., Sentencia T-338 del 2001)⁴⁸, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como “la alimentación,

⁴⁵ Parcero Cruz, Juan A. (2004). “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones. Derechos Sociales*, N° 4, Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, pp. 71-98, concretamente en p. 87.

⁴⁶ Un acercamiento a la cuestión, puede verse en Encarna Carmona Cuenca, “El derecho a un mínimo vital”, en Guillermo Escobar Roca (dir.) (2012), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 1577-1616.

⁴⁷ Del 24 de junio de 1992, Magistrado Ponente (M.P.) Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁸ Del 29 de marzo del 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación”, como mecanismos para hacer realidad su *derecho a la dignidad humana* (por ejemplo, Sentencia T-581A del 2011)⁴⁹.

En esa línea, el derecho al mínimo vital ha sido desarrollado jurisprudencialmente como un aspecto de naturaleza fundamental *relacionado con la dignidad humana*.

Así, la C.C. ha mantenido que justamente *el principio constitucional de dignidad humana*, sobre el que se establece el Estado Social de Derecho, *sirve de fundamento al derecho al mínimo vital*, cuyo objeto no es otro que garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia (Sentencia T-458 de 1997)⁵⁰.

De su lado, en un pronunciamiento no muy lejano en el tiempo (9 de febrero del 2010), el *BVerfGE* resolvió el caso llamado “Hartz IV”⁵¹. Esta denominación (que en menor medida es también conocida como *Arbeitslosengeld II*, asignación para desempleados) responde al nombre de su autor, el economista Peter Hartz, y hace referencia a una discutible normativa en materia de subsidios sociales materializada en el 2005, que el *BVerfGE* entendió que no resultaba transparente ni garantizaba el derecho a un *mínimo de subsistencia digna*, vulnerando de tal modo el art. 1.1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) en relación con el art. 20.1, ibíd., o sea, respectivamente, la intangibilidad de la dignidad humana y el Estado social. El Tribunal sostuvo que el derecho fundamental a la garantía de un *mínimo vital* que esté en consonancia con la *dignidad humana* en conexión con el principio del *Estado social*, garantiza a cada persona en necesidad de asistencia las condiciones materiales indispensables para su existencia física y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. Se ha dicho que la sentencia puede ser leída como (posiblemente) la

⁴⁹ Del 25 de julio del 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵⁰ Del 24 de septiembre de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵¹ *BVerfGE* 125 (175), 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09 y 1 BvL 4/09. El texto de la sentencia en alemán e inglés puede verse en el sitio oficial del Bundesverfassungsgericht: http://www.bundesverfassungsgericht.de/Shared%20Docs/Entscheidungen/EN/2010/02/ls20100209_1bvlooo10gen.html

primera conceptualización por un Tribunal Constitucional de un derecho fundamental socioeconómico a obtener beneficios legales estatales⁵².

Por último, debe subrayarse que los derechos sociales buscan garantizar unas *condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos*, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares, paralelamente a que la *elevación del mínimo existencial* que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir⁵³.

3. Contenidos mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales; principio de proporcionalidad y otras cuestiones

En líneas generales, con los matices que indicaremos y en mayor o menor medida, cada DESC cuenta con un *contenido mínimo* que actúa *positivamente*, pues debe ser aplicado inmediata y directamente; pero también opera *negativamente* como límite al legislador, en tanto este no podría dictar medidas normativas que transgredan irrazonablemente dicho umbral esencial.

Cabe preguntarse si ese contenido mínimo es siempre fijo e inmutable. Pensamos que una visión que lo perciba como absolutamente rígido e inalterable no sería, precisamente, la más acertada⁵⁴. Al respecto,

⁵² Ver Claudia Bittner, “Casenote. Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010”, en *German Law Journal*, vol. 12, N° 11, pp. 1941-1942; Fuente: https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf

⁵³ Patiño Osuna, Néstor (2003). “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado Social de Derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado de la Universidad Externado de Colombia*, N° 14, Bogotá, p. 95.

⁵⁴ Se ha sostenido que la determinación del contenido esencial como expresión de un *núcleo sustancial, absoluto, estable e inalterable* de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la garantía institucional desarrollada en la República de Weimar. Paralelamente, se advirtió que la aplicación actual de los efectos de la garantía institucional al contenido esencial de los derechos fundamentales presenta varios inconvenientes, entre los que se cuenta el siguiente: considerar que un derecho fundamental está compuesto de un núcleo y una periferia, de tal modo que la infracción del núcleo produce la inconstitucionalidad de la medida legislativa, tiene como consecuencia excluir del control de constitucionalidad la parte periférica o accidental del derecho, con lo que el parámetro del control no es el precepto constitucional completo sino solo una parte del mismo (vid. Juan C. Gavara de Cara (1994), *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos*

consideramos que el punto debe ser analizado según las particularidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las características contextuales; y luego, a partir de la aplicación de instrumentos como el principio de proporcionalidad, procurar en la medida de lo posible robustecerlo cualitativamente de manera progresiva o al menos intentar que no se diluya con retrogradaciones injustificadas.

Según el análisis que efectúa Pisarello, “los elementos que configuran el contenido mínimo o esencial de un derecho no son rígidos ni pueden plantearse en términos abstractos o simplemente teóricos: varían de derecho a derecho, están condicionados por el contexto en el que se aplican, y admiten una permanente actualización histórica. Así, lo que en un ordenamiento o en un contexto dado podría considerarse el núcleo mínimo o esencial de un derecho, en otros representaría su contenido máximo o simplemente adicional. La frontera, en consecuencia, entre lo que desde un punto de vista material pueda considerarse *básico o esencial* y lo que, por el contrario, pueda reputarse *adicional o accidental*, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta. Pero será también una barrera insoslayable y en ningún caso inexistente que obliga a un permanente trazado de límites entre justicia y política, entre jueces y legisladores. Esa tarea de delimitación supone una división de tareas conflictiva y nunca resuelta de antemano, en la que los primeros deben preservar el contenido mínimo de los diferentes derechos y los segundos mantenerlos o desarrollarlos, pero nunca aniquilarlos o desvirtuarlos, por acción u omisión”⁵⁵.

Gavara de Cara ha puntualizado que, desde un punto de vista estrictamente conceptual, “la garantía del contenido esencial de los derechos, con independencia del sentido que se le atribuya, debe ser entendida como una regla de rechazo, es decir como un enunciado jurídico que califica como inválidos otros enunciados jurídicos”⁵⁶.

La tesis alemana del “límite a los límites” (“*Schranken-Schranke*”) se refiere por ejemplo (y valga la tautología) a las limitaciones que debe observar una ley limitativa de un derecho fundamental, por ejemplo, la preservación

⁵⁵ fundamentales en la Ley fundamental de Bonn, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales [CEC], pp. 327-328).

⁵⁶ Pisarello, Gerardo (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, pp. 85-86.

⁵⁶ Gavara de Cara, Juan C., op. cit., p. 142.

del contenido esencial y el principio de proporcionalidad⁵⁷. Salvando las distancias, en cierto sentido dicha cuestión se asemeja a lo normatizado en el art. 28 de la Constitución argentina, que estatuye: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, *no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*”. En otras palabras, los principios, garantías y derechos pueden ser reglamentados (he ahí un límite que marca que *no son absolutos*: su reglamentación), pero a su vez tal regulación del ejercicio de aquellos no puede alterarlos o desnaturalizarlos, con lo cual se entroniza allí *un límite a los límites*.

Sánchez Gil, a quien seguiremos en esta parte de la exposición, manifiesta que la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales se incluyó en el art. 19.2 de la Ley Fundamental alemana (y en el art. 53.1 de la Constitución española)⁵⁸, para evitar la excesiva restricción de esos

⁵⁷ Específicamente sobre este principio, ver Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2^a ed., Madrid, CEPC, 2005, *passim*.

Sin perjuicio del reenvío a tal obra, nos permitimos mencionar que al referirse al método de ponderación de bienes, Gavara de Cara distingue entre *ponderación abstracta* y *ponderación concreta*. Esta última se conecta a la aplicación del principio de proporcionalidad, principio que en sentido *amplio* “consiste en la utilización de diversos controles con el fin de determinar si una medida de desarrollo o de aplicación de un derecho fundamental es contraria a la Constitución”. Tales controles son: de *idoneidad* (comprobar si la medida es adecuada a la finalidad perseguida); de *necesidad* (constatar que el perjuicio ocasionado en el derecho fundamental es el menor posible); y de *racionalidad* (justificar que el perjuicio que ocasiona la medida no guarda relación con la finalidad perseguida). Estos tres controles dan lugar a la formación de tres *subprincipios*: de *adecuación* (determinar si una medida estatal que interviene en los derechos fundamentales reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad que pretende); de *necesidad* (determinar, respecto de la medida legislativa de limitación, que no existe otra igualmente efectiva que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado); y de *proporcionalidad en sentido estricto* (presupone que la aplicación de una determinada medida legislativa para alcanzar una necesidad no debe ser irrazonable, o sea, que debe haber una conexión razonablemente proporcionada entre la medida adoptada y la finalidad que se pretende) [Juan C. Gavara de Cara, *op. cit.*, pp. 332-334].

⁵⁸ Como puede suponerse, no son los únicos casos en Europa. Así, por ejemplo, el art. 18.3 de la Constitución de Portugal establece: “Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben revestir carácter general y abstracto y no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales”. Por su parte, en el marco global europeo, el art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen (*aushöhlen*) su contenido normativo⁵⁹.

En una simplificación máxima del problema, *dos distintas teorías* tratan de explicar el contenido esencial de los derechos fundamentales: *absoluta* y *relativa*.

La primera (absoluta) imagina el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos. Considera a la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos, y la sección circunferencial exterior como la parte accesoria o contingente de los mismos. Tal núcleo sería la parte intocable de estos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita; mientras que en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas⁶⁰.

La segunda entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido y fijo sino determinable solo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación⁶¹.

El principio de proporcionalidad o razonabilidad se adscribe a esta última (teoría relativa) al establecer el “límite de los límites” de los derechos fundamentales en cada caso concreto y de acuerdo con las circunstancias en que se relacionen los bienes jurídicos “colidantes” en ellos, oponiéndose a la teoría absoluta que distingue en ellos un núcleo intangible e inmutable en toda situación⁶².

Para que una medida legislativa que intervenga un derecho fundamental sea lícita, el fin que se propone debe satisfacerse de manera equivalente o mayor al perjuicio que ocasiona a aquel. Por lo demás, la literatura jurídica –no sin matices– sostiene que el contenido esencial de los derechos fundamentales se define por el principio de proporcionalidad, como una

⁵⁹ Sánchez Gil, Rubén (2007). *El principio de proporcionalidad*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), UNAM, p. 111.

⁶⁰ Ibíd., pp. 111-112.

⁶¹ Ibíd., p. 112.

⁶² Idem.

relación de la concordancia práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar a la interpretación constitucional⁶³.

En esa línea se pronuncian, por ejemplo, autores de la talla de Alexy⁶⁴ o Hesse⁶⁵.

Convergentemente, es interesante evocar que el Comité de DESC ha expresado: “... Así como la comunidad internacional insiste en que todo Estado objeto de sanciones debe respetar los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos, así también ese Estado y la propia comunidad internacional deben hacer todo lo posible por proteger como mínimo el contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas de dicho Estado”⁶⁶.

El citado órgano de supervisión de los DESC en el plano universal ha expresado también que la dignidad inherente a la persona humana, de la que se dice derivan los derechos del PIDESC, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos⁶⁷.

Asimismo, ha manifestado que los elementos del derecho al agua deben ser “adecuados” a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del art. 11 y el art. 12 del PIDESC⁶⁸.

Para finalizar este tramo del trabajo focalizando el concepto de *dignidad humana*, es útil mencionar –con Garzón Valdés– que puede ser considerado como aquel que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes

⁶³ Ibíd., p. 115.

⁶⁴ Alexy, Robert (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1^a ed., 2^a reimpres., CEPC, trad. de Ernesto Garzón Valdés, p. 288.

⁶⁵ Hesse, Konrad (1996). *Significado de los derechos fundamentales*, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública–Marcial Pons, trad. al castellano de Antonio López Pina, p. 110.

⁶⁶ Comité de DESC, O.G. N° 8, “Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales”, 17º período de sesiones, 1997, punto 7 (U.N. Doc. E/C.12/1997/8).

⁶⁷ Comité de DESC, O.G. N° 4, “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)”, 6º período de sesiones, 1991, punto 7 (U.N. Doc. E/1991/23).

⁶⁸ Comité de DESC, O.G. N° 15, “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)”, 29º período de sesiones, 2002, punto 11 (U.N. Doc. E/C.12/2002/11).

en una sociedad⁶⁹. Semejante concepto, para tal autor, tiene un carácter adscriptivo, al atribuir a todo ser humano viviente una característica moralmente relevante cual es la de ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas y/o psíquicas se lo permitan, agente de deberes⁷⁰.

Pero, además, siempre en verba *garzoniana* y para dar paso a las consideraciones de cierre de este trabajo, “el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar el contenido y alcance no solo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable”⁷¹.

VI. EPÍLOGO

1. Partiendo del carácter unitario de la dignidad humana, puede afirmarse que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación. Nunca disociación antinómica.

Lo anterior deriva, por ejemplo, de la lectura de uno de los logros principales surgentes de la II^a Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993): la promoción y movilización de la doctrina de la *universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos y su interrelación*. Es igualmente digno de destacar que dicha Conferencia Mundial fungió como instrumento axial para que se conociera y divulgara la legítima preocupación de toda la comunidad internacional por las condiciones de vida de la población y, en particular, de sus *segmentos más vulnerables*⁷².

2. Los DESC no padecen una minusvalía jurídica, tampoco axiológica, respecto de los derechos civiles y políticos.

⁶⁹ Garzón Valdés, Ernesto (2011). *¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?*, Madrid, Propuestas, Trotta, p. 100.

⁷⁰ Ibíd., p. 101.

⁷¹ Ibíd., pp. 101-102.

⁷² Ver, en ese sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2^a ed., Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, *inter alia*, p. 39; cit. en voto separado de dicho autor, actuando como juez de la Corte IDH en el aludido caso “Ximenes Lopes vs. Brasil” (párr. 42).

Por el contrario, el carácter interdependiente de los derechos humanos lleva a que no exista jerarquía entre ellos y a que todos sean exigibles, según sus peculiaridades, ante las correspondientes autoridades estatales que resulten competentes.

Es que a partir del carácter integral de los derechos, corresponde asumir y garantizar el carácter integral de su protección, con independencia de si se trata de DCP o de DESC.

De esa manera, la garantía de los derechos fundamentales legitimaría y justificaría sin ambages tanto al Estado Constitucional y Convencional cuanto al sistema protectorio interamericano e incluso a otros esquemas tuitivos en el plano universal.

3. Al menos en el ámbito latinoamericano, no podría válidamente ponerse en duda la fundamentalidad de los derechos sociales. Es que varios de estos operan como *precondiciones* para el ejercicio de no pocos ni intrascendentes derechos civiles y políticos.

4. En punto al alcance y el grado de operatividad de los DESC, la búsqueda debe orientarse hacia un *concepto sustentable de progresividad* que no disuelva esta gradualidad en una latencia *sine die*, sino que refleje positivamente su ingrediente de “equidad social”⁷³.

La *progresividad* debe ser *concreta y real*. En otras palabras, una *progresiva efectividad* de aquellos derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, coherente con el eminentе principio *pro persona*.

Ese mandato de desarrollo progresivo se debe combinar con la prohibición de retrogradación injustificada o de retroceso deliberado.

Sea como fuera, si igualmente se adoptaran medidas *a priori* incausadamente regresivas o si *prima facie* no se cumpliera con el deber de llevar adelante un nivel razonable de progresividad, aquellas serían *revisables judicialmente*, posándose la *carga de la prueba* sobre el Estado quien

⁷³ Respecto de esta última afirmación en torno al ingrediente de “equidad social” que debe caracterizar a esa progresividad, ver ap. 3 del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo pronunciada por la Corte IDH en el “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de febrero del 2003, Serie C, N° 98.

como hipótesis de mínima debería acreditar que ha logrado alcanzar magnitudes tuitivas elementales.

Otra vía fiscalizatoria del tenor de cumplimiento de los DESC se localiza en el *control social y democrático* sobre la base de los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, que permitiría mensurar el ritmo, el alcance y la matriz de prioridades que el Estado maneja en el marco de las políticas públicas encaminadas (al menos discursivamente) hacia la protección y la realización de tales derechos.

5. Existe un nexo muy intenso entre los DESC, sus contenidos esenciales y la dignidad inherente a la persona humana. Los elementos que integran los contenidos mínimos de cada derecho económico, social o cultural no son fijos, rígidos ni inmutables, sino que en el supuesto de existir leyes u otras medidas que busquen limitarlos, el asunto debe ser abordado tomando en consideración las especificidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las singularidades contextuales.

Y en tal escenario la labor jurisdiccional deberá, en particular, orientarse hacia el empleo de mecanismos útiles como –solo por citar un ejemplo– el principio de proporcionalidad para examinar cada asunto específico; y, en general, trazar una línea hermenéutica que lleve a fortalecerlos cualitativamente de modo progresivo o, como hipótesis básica e irreducible, cuidar que no se diluyan al calor de retracciones injustificadas.

6. Es precisamente en épocas de crisis financieras y/o económicas cuando se torna más nítida la imperiosa necesidad de acrecentar la protección de los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables.

En esa línea, las medidas que se adopten para paliar aquella situación crítica deberán tener siempre como límites infranqueables al *contenido esencial* de cada uno de los derechos sociales en juego (y en riesgo) y, por supuesto, la *dignidad de la persona*, eje alrededor del cual gira todo modelo tuitivo de derechos y garantías.

Como mensaje final, creemos indispensable insistir en que las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en el área de los DESC *no son derogables*. De hecho, su cumplimiento deviene aún más inexcusable y cardinal en tiempos de crisis y ajustes, escenarios que suelen testimoniar cómo los efectos de tales procesos usualmente golpean con fuerza a las comunidades más marginadas y desposeídas, agravando las de

por sí marcadas desigualdades que soportan incluso en momentos de supuesta “normalidad”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alexy, Roberto (2001). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1^a ed., 2^a reimpres., Madrid, CEPC, trad. de Ernesto Garzón Valdés.
- Bazán, Víctor (2007). *Vías de maximización protectiva de los derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, La Ley, pp. 1135-1149.
- _____(2009). “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Bazán, Víctor (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos), Ediciones Legales, pp. 257-300.
- _____(2009). *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Quito, Colección Cuadernos democráticos, N° 1, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Nacional Ecuador.
- _____(2014). “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Bazán, Víctor y Jimena Quesada, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, pp. 1-167.
- _____(2014). “*Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero-junio, México DF, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, 2014, pp. 31-57.
- _____(2014). “*Amicus curiae*, justicia constitucional y derecho internacional de los derechos humanos”, *Federalismi.it, Rivista de Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato, Focus-América Latina*, N° 2, Italia, Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed europeo, 19 de diciembre. Fuente: http://federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=41&focus=sudamerica
- _____(2014). *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, diciembre.
- _____(2015). “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 19, Madrid, CEPC, pp. 25-70.

- Bernal Pulido, Carlos (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2^a ed., Madrid, CEPC.
- Bittner, Claudia (2010). “Casenote- Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010”, en *German Law Journal*, vol. 12, Nº 11, pp. 1941-1942 (https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf).
- Bobbio, Norberto (2005). *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, ed. de De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo.
- Bovero, Michelangelo (2008). “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 31, Alicante, Universidad de Alicante, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, pp. 217-225.
- Cancado Trindade, Antônio Augusto (2003). *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2^a ed., Porto Alegre, S.A. Fabris Ed.
- Carmona Cuenca, Encarna (2012). “El derecho a un mínimo vital”, en Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 1577-1616.
- Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (2013). “La protección de los derechos humanos en tiempos de crisis económica”, CommDH/IssuePaper 2, p. 22; Fuente: <https://wcd.coe.int/com.intranet.IntraServlet?command=com.intranet.CmdBlobGet&IntranetImage=2430934&SecMode=1&DocId=2088902&Usage=2>
- Comité Europeo de Derechos Sociales (2009). *Conclusions*, vol. I, párr. 17.
- Courtis, Christian (2006). “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL-CELS, Editores del Puerto, p. 17.
- Craven, Matthew (1998). *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Paperbacks.
- Cruz Parcero, Juan Antonio (2004). “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones. Derechos Sociales*, Nº 4, Bahía Blanca (Argentina), Universidad Nacional del Sur, pp. 71-98.
- Escobar Roca, Guillermo (2014). “Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”, en Terol Becerra, Manuel y

- Jimena Quesada, Luis (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 75-87.
- Ferrajoli, Luigi (2006). “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, Alicante, Universidad de Alicante, trad. de Alí Lozada, pp. 15-31.
- _____(2008). “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, trad. de Miguel Carbonell, pp. 337-343.
- Garzón Valdés, Ernesto (2011). “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Madrid, Trotta, pp. 100 y ss.
- Gavara de Cara, Juan Carlos (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, CEC.
- Goytisolo, Juan (1985). *Coto vedado*, 1ª ed., Barcelona, Seix Barral, Biblioteca Breve.
- Guastini, Riccardo (2003). “Derechos: una contribución analítica”, trad. de Andrea Greppi, en *Estudios de teoría constitucional*, 1ª ed., 1ª reimpres., México DF, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, pp. 220 y ss.
- Hesse, Konrad (1996). “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, trad. al castellano de Antonio López Pina, p. 110.
- Ibáñez, Perfecto Andrés (2008). “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Alicante, Universidad de Alicante, pp. 207-212.
- Informe del experto independiente de la ONU sobre la deuda externa, 10 de abril del 2011, A/HRC/20/23.
- Nino, Carlos S. (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.
- Osuna Patiño, Néstor (2003). “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado*, N° 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 95-110.
- Pisarello, Gerardo (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Trotta.

- ____ y de Cabo, Antonio (2000). “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos”, en Morodo, Raúl, y de Vega, Pedro (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tº III, Madrid, UNAM y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, pp. 1807-1830.
- Prieto Sanchís, Luis (2001). “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., México DF, Porrúa y UNAM, pp. 17-67.
- Resolución del Consejo de Derechos Humanos S-10/1, “The impact of the global economic and financial crises on the universal realization and effective enjoyment of human rights”, párr. 5.
- Sánchez Gil, Rubén (2007). *El principio de proporcionalidad*, IIJ, México DF, UNAM.
- Saura Estapà, Jaume (2011). “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, *El tiempo de los derechos*, N° 2, Huri-Age, Consolider-Ingenio 2010, Fuente: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf
- Terol Becerra, Manuel y Jimena Quesada, Luis (dirs.) (2014). *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Wellman, Carl (1997). *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers.
- Zagrebelsky, Gustavo (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta.

LOS DERECHOS SOCIALES EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

SOCIAL RIGHTS IN COMPARATIVE JURISPRUDENCE

CRISTIÁN GARCÍA MECHSNER¹

Resumen: En el presente artículo se ha revisado jurisprudencia constitucional relevante de Colombia, Alemania, Reino Unido y Perú sobre algunos derechos sociales.

Abstract: In this article it has been revised relevant constitutional jurisprudence of Colombia, Germany, United Kingdom and Peru on some social rights.

Palabras clave: Derechos sociales. Jurisprudencia Constitucional. Derecho Comparado.

Key words: Social rights. Constitutional jurisprudence. Comparative law.

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Mayor. Director de Estudio del Tribunal Constitucional.

I. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

A propósito de un fallo reciente de la Corte Constitucional de Colombia (T-365-15), en que se habría visto afectado, entre otros, el derecho a la educación de una estudiante de Derecho, el tribunal recuerda que, no obstante garantizar la Constitución la autonomía universitaria en su artículo 69², esta tiene una limitación esencial en el respeto a los derechos fundamentales, en especial el derecho a la educación.

En primer lugar, dicha Corte ha definido a la garantía de autonomía universitaria como “la posibilidad de autorregularse ideológicamente y de darse su propia organización interna, sin injerencias indebidas del Estado o de los particulares” (Sentencia T-929 del 2011). Por otra parte su jurisprudencia ha sintetizado que el derecho a la educación cumple variados objetivos de relevancia constitucional (Sentencia T-929 del 2011), a saber:

- a) Colabora en la erradicación de la pobreza, el desarrollo humano y la construcción de una sociedad democrática;
- b) Potencia la igualdad de oportunidades y la equidad social, por ende, el mandato constitucional de igualdad, y
- c) Permite la realización de los restantes derechos fundamentales y su proyección como ser humano en la sociedad.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional colombiana reconoce, principalmente, tres puntos de tensión o conflicto entre el derecho a la educación –asociado muy frecuentemente al debido proceso– y la autonomía universitaria:

- a) En la existencia y aplicación de normativas sancionatorias injustas e irrazonables en el reglamento estudiantil;
- b) En la exigencia de ciertos requisitos para la obtención del grado o ser promovido al siguiente nivel educativo, y

² Artículo 69. Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado. El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo. El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.

c) Errores o irregularidades administrativas que obstaculizan el normal desarrollo del proceso educativo.

En estos casos se resuelve el asunto examinando la razonabilidad y proporcionalidad de la normativa universitaria y su cumplimiento por parte del estudiante (Sentencia T-929 del 2011), determinado el alcance del error administrativo de la universidad en consideración a los principios de buena fe, de primacía de lo sustancial por sobre lo formal y de la confianza legítima del estudiante.

En una sentencia recientemente dictada por el Tribunal Constitucional de Perú³, se ha reiterado que la educación no es solo un derecho, sino que es un auténtico servicio público, por tratarse de “una prestación pública que explica una de las funciones-fines del Estado” (Sentencia 03221-2010-HD). A las universidades –público o privadas– les corresponde realizar esta labor mediante la investigación, la docencia y el estudio. Al respecto, el Tribunal señala que el derecho a promover entidades educativas (artículo 15 de la Constitución)⁴ debe ser interpretado de manera de no hacer de estas simples sociedades sometidas a las directivas que rigen el mercado, sino que merecen un especial deber de vigilancia y fiscalización por parte del Estado, ya que en virtud del artículo 16 de la Constitución⁵, es este el organismo llamado a participar en la supervisión de la calidad de la educación universitaria.

³ Sentencia de expedientes 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 007-2015-PI/TC, en relación a acciones de inconstitucionalidad interpuestas en contra de diversos artículos de la Ley Universitaria N° 30220, por violar la autonomía universitaria, entre otras alegaciones.

⁴ Artículo 15º.- El profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública. La ley establece los requisitos para desempeñarse como director o profesor de un centro educativo, así como sus derechos y obligaciones. El Estado y la sociedad procuran su evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanentes.

El educando tiene derecho a una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico.

Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de estas, conforme a ley.

⁵ Artículo 16º.- Tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados. El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación.

Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.

Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República.

En cuanto a la autonomía universitaria⁶, la ha entendido como “el atributo de la autodeterminación en el desarrollo de las actividades y funciones derivadas de los fines institucionales” (Sentencia 04232-2004-AA/TC), que puede verse afectada por una regulación que amenace o afecte en forma desproporcionada su misión consagrada constitucionalmente⁷. Tal atributo tiene como manifestación que las universidades puedan autorregularse a través de estatutos y reglamentos internos. En esta regulación normativa se materializa la potestad de estructurarse y organizarse libremente, como también la de determinar el marco en que se desarrollará el proyecto académico de la universidad. Finalmente, también la autonomía universitaria implica la administración, disposición y generación de recursos materiales para su funcionamiento (Sentencia 04232-2004-AA/TC).

No obstante lo anterior, como lo recuerda el mismo Tribunal, dicha autonomía no debe entenderse ajena al ordenamiento jurídico (Sentencia 00012-1996-AI/TC), por lo que le compete al legislador complementar el mandato constitucional de autonomía universitaria, dotándola de contenido (Sentencia 00025-1996-AI/TC). De conformidad a esta jurisprudencia, habría una vulneración a la autonomía universitaria en el caso que la regulación legal tenga una incidencia desproporcionada o arbitraria en las competencias conferidas a las universidades.

No hay entonces vulneración *per se* a la autonomía universitaria por la creación de una superintendencia que regule y supervise las condiciones básicas de calidad en la educación universitaria, que dicte recomendaciones y que esté dotado de las herramientas necesarias para corregir las infracciones incurridas por estas instituciones, estableciendo sanciones proporcionadas a la gravedad y naturaleza de la transgresión.

⁶ Artículo 18º. La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.

Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.

La universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados. Participan en ella los representantes de los promotores, de acuerdo a ley.

Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes.

⁷ Promover el desarrollo integral de la persona; promover la preparación de la persona para la vida y el trabajo, y el desarrollo de la acción solidaria (Artículos 13 y 14 de la Constitución del Perú).

Lo anterior no significa que en la aplicación a casos concretos de esta normativa, la autoridad pueda efectivamente afectar alguno de los elementos que componen la autoridad universitaria, caso en el cual, ante una amenaza inminente de conculcación de este derecho, es posible accionar ante la justicia constitucional.

II. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA DISCRIMINACIÓN POR NACIONALIDAD

En este tópico hay jurisprudencia reciente de la Corte Suprema del Reino Unido (UKSC 57 de 29 de julio del 2015), que discurre sobre los requisitos impuestos por la normativa británica para otorgar créditos públicos para la educación superior a estudiantes extranjeros. Para ello exige el cumplimiento de residencia legal en los tres años previos al inicio del año académico y que resida a tal fecha en el Reino Unido, denominado criterio de asentamiento. Como este segundo requisito solo es cumplido por extranjeros con permiso permanente en dicho país, quedan excluidos de crédito universitario público aquellos que solo detenten permiso restringido de residencia.

Este pronunciamiento resolvió que el criterio de asentamiento constituye una discriminación en razón de la nacionalidad en relación al derecho a la educación. Para ello analizó detenidamente la regulación y concluyó que esta no obliga al Estado a proveer un sistema educacional en particular, pero sí debe asegurar el derecho de acceso a las universidades administradas por él. En ese sentido, la normativa objetada, no obstante perseguir un fin legítimo –destinar los recursos públicos, siempre escasos, a aquellos estudiantes universitarios que tengan la mayor probabilidad de permanecer en el país para completar sus estudios y luego contribuir al país con su trabajo, pago de impuestos y mayores capacidades y habilidades obtenidas gracias a esta educación–, el medio elegido para lograrlo no es el adecuado. Las reglas excluyentes, que no permiten a la autoridad tener cierta discrecionalidad para considerar casos inusuales, son difíciles de justificar en estos casos, en especial porque el número de estudiantes que aplica por estos préstamos y que está en posesión de residencia restringida es comparativamente bajo a los demás, lo que no implicaría un gravamen severo en las finanzas públicas ni en el trabajo administrativo para procesar dichas solicitudes. En cambio,

sí tiene un gran impacto sobre los estudiantes, que se ven imposibilitados de estudiar y, por ende, sobre la comunidad y la economía local.

La disidencia, por su parte, argumenta que el derecho de acceso a las universidades públicas no importa el derecho a obtener financiamiento estatal, por lo que el conflicto se circunscribe a si la negativa al beneficio estatal tiene o no fundamento razonable. Para los disidentes sí existe justificación en la discriminación entre aquel estudiante que sí tiene suficiente conexión con el Reino Unido con aquel que no.

III. DERECHO A UN INGRESO MÍNIMO PARA UNA SUBSISTENCIA DIGNA

La jurisprudencia constitucional alemana (1 BvL 1/09, 1 BvL 10/10 y 1BvL 2/11) ha concebido el derecho fundamental de protección de un mínimo para una existencia digna de las personas –establecida en el Art. 1, inc. 1º, de la Ley Fundamental, en relación al principio del Estado Social de su Art. 20, inc. 1º–, como aquel que asegura a toda persona necesitada aquellas condiciones materiales imprescindibles para su existencia física y para un mínimo en lo que a su participación en la vida social, cultural y política se refiere. El alcance de este derecho –respecto de los tipos de necesidades y los medios económicos necesarios para cubrirlas– no se deriva directamente del texto constitucional. Para esto requiere la concretización y actualización continua por parte del legislador, quien debe ajustar las asignaciones debidas al respectivo desarrollo de la comunidad y las condiciones de vida existentes.

Como vemos, es entonces obligación del legislador concretar este mandato constitucional. Para ello cuenta con autonomía o margen de acción para determinarla, siendo imperativo, eso sí, que dimensione todos los gastos necesarios que permitan asegurar la mínima existencia digna de las personas, a través de un proceso transparente y objetivo de acuerdo a sus reales necesidades.

Este margen de acción que posee el legislador ha sido objeto de control por el Tribunal Constitucional, referido a los fundamentos y al método como el legislador ha determinado la asignación, para concluir de esa forma si el objetivo del derecho fundamental se cumple.

En otras palabras, la revisión del Tribunal Constitucional debe abarcar, en primer lugar, si el legislador cumple el objetivo de asegurar una existencia digna de las personas, acorde con el mandato constitucional contenido en las normas precedentemente signadas. Enseguida, si el legislador eligió un procedimiento apropiado de medición del mínimo necesario para una existencia digna de las personas, dentro del margen de acción que le otorga la Constitución. En tercer término, si el legislador identificó completa y acertadamente las necesidades que deben ser solventadas; y, finalmente, si el legislador se mantuvo dentro del marco de lo razonable en cada uno de los pasos del procedimiento de medición respectivo y los principios que fundamentan su estructuración. Para la consecución de este control constitucional, debe el legislador revelar los métodos y pasos de la medición que llevaron a determinar por ley el monto de asignación de ayuda social que corresponde al mínimo necesario para una existencia digna de las personas. En caso contrario, esta situación por sí misma permitiría colegir que la determinación de dicha asignación no se ajusta al mandato constitucional.

Ahora bien, no es *per se* incompatible con el derecho fundamental a un ingreso mínimo para una subsistencia digna que el legislador establezca diferenciaciones entre distintos grupos de personas como, por ejemplo, lo hace entre solteros y casados o en convivencia. En este caso se justifica que el legislador parta de la premisa que, debido a la naturaleza de la vida en común, es posible rebajar gastos, y que por eso dos adultos que viven juntos tienen una menor necesidad económica que el doble de lo que requiere un soltero. Lo mismo se aplica para las asignaciones de los niños de hasta catorce años.

A lo que está obligado constitucionalmente el legislador es a valorar y determinar, de forma razonable y objetiva, qué gastos deben contarse dentro de los indispensables para cubrir el mínimo de existencia digna. Una vez determinados tales ítems, debe justificar empíricamente el monto correspondiente a las distintas glosas contenidas en la medición de ingresos. El legislador puede catalogar un gasto como irrelevante, solamente en caso que determine que son cubiertos de otra forma o que no son necesarios para asegurar el mínimo de existencia digna de las personas.

En otro aspecto, el Constitucional ha dejado constancia de la incompatibilidad con el mandato constitucional de la inexistencia de regulación respecto que contemple el derecho de los beneficiarios a recibir asignaciones que le aseguren cubrir, dentro de sus necesidades mínimas

para una existencia digna, sus necesidades intempestivas –continuas y no solo por una vez–, y especiales. Esto es necesario, porque la medición estadística de ingresos y gastos se basa en necesidades promedio en situaciones normales, por lo que necesidades especiales basadas en situaciones atípicas quedan sin ser cubiertas por la asignación. Debido a que una asignación fija total, por su concepción, solamente puede cubrir las necesidades básicas promedio, quedan fuera del modelo estadístico necesidades existentes de carácter excepcional. El Art. 1, inc. 1º, de la Constitución en relación con el Art. 20, inc. 1º, de la misma, exige en todo caso cubrir también necesidades intempestivas y especiales, cuando sea necesario para cumplir el mínimo para una existencia digna de la persona. El legislador, debido a este olvido, debe dar cobertura del mínimo para una existencia digna en los casos excepcionales que sufran los asignatarios. Esta exigencia se origina solamente en los casos en que la necesidad sea tan considerable, que la asignación total no permita proteger en el mínimo su existencia digna, incluida las asignaciones a terceros dentro del grupo familiar y a las posibilidades de ahorro de parte de esta asignación que tenga el beneficiario. Esto debiera ser considerado solamente en casos excepcionalísimos, en atención a los requisitos tan acotados y estrictos que estas situaciones especiales deben cumplir.

No es *prima facie* inadmisible la determinación de una asignación fija total. Para ello, el monto total de esta asignación debiera considerar una compensación entre los distintos ítems de necesidades –continuas como intempestivas–, permitiendo al beneficiario organizar su comportamiento económico de forma que con esta suma fija total pueda cubrir todas sus necesidades básicas y, ante todo, podría hacer uso de un potencial ahorro, que vendría incluido en la asignación.

La jurisprudencia constitucional colombiana, que denomina a este derecho fundamental como “derecho al mínimo vital”, ha sido concebida como “un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna” (Sentencia T-184 del 2009).

De lo anterior se deduce que el derecho al mínimo vital busca asegurar el acceso básico a condiciones dignas de existencia, que permitan el desarrollo del individuo. Como se trata de un concepto indeterminado, que depende intrínsecamente de la situación particular de cada persona y su entorno familiar y social, requiere de un análisis casuístico (Sentencia T-809 del 2006). Así, en el caso de los pensionados se vulnera este derecho, *prima facie*, en el evento de no pago, atraso injustificado en el pago o pago incompleto de su pensión (Sentencia T-827 del 2004), considerando además que la tercera edad son sujetos de especial protección constitucional (Sentencia T-536 del 2010), como se verá en el punto siguiente.

IV. DEBER DE PROTECCIÓN DE LA TERCERA EDAD Y EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

El artículo 46⁸ de la Constitución colombiana de 1991 consagra la protección y asistencia a la tercera edad por parte del Estado, la sociedad y la familia, mientras el primero debe garantizar los servicios de seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia. Asimismo, la jurisprudencia constitucional los ha incluido en la categoría de los sujetos de especial protección (Sentencias C-177 del 2016; T-019 del 2016, y T-239 del 2016, entre otras), aun más si es que se encuentran en estado de indigencia (Sentencias T-544 del 2014; T-707 del 2014, y T-025 del 2015, por nombrar las más recientes).

Específicamente, la Corte Constitucional ha reconocido el principio de solidaridad como un elemento de la esencia del Estado Social de Derecho que los rige, y que se manifiesta concretamente, entre otros, en el mandato constitucional de especial protección de este grupo vulnerable (Sentencia T-658 del 2013). Por tal razón, la Constitución estableció un “régimen de protección para este grupo poblacional fundamentado en el principio de solidaridad, orientado al logro de los fines esenciales de la organización política (artículos 1 y 2 C.N.), el derecho fundamental a la igualdad que se traduce en la protección de personas en condición de debilidad manifiesta

⁸ “ARTÍCULO 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”.

(artículo 13 C.N.) y la tutela jurídica específica frente a los adultos mayores que cobija a los ancianos en estado de indigencia por mandato expreso de la norma (artículo 46 C.N.)”⁹.

Ahora bien, como se observa de la redacción del artículo 46 ya citado, la Constitución ha determinado la concurrencia de agentes sociales distintos –Estado, sociedad y familia–, cuya efectividad depende intrínsecamente en que cada uno de ellos asuma el cumplimiento de tal deber, en una suerte de “división del trabajo moral” (Sentencias T-658 del 2013; T-696 del 2012, y T-149 del 2002).

La jurisprudencia se ha centrado, en específico, sobre las tareas del Estado. Como primera obligación, las autoridades deben diseñar e implementar políticas públicas de cuidado, protección e integración de las personas de la tercera edad, a través de programas y planes que busquen seriamente cumplir con el goce efectivo de sus derechos (Sentencias T-595 del 2002 y T-760 del 2008). En este aspecto es relevante hacer notar que la Corte Constitucional reconoce el mandato de progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, constrinviendo de esa forma la discrecionalidad del legislador en la regulación de estos derechos fundamentales (Sentencias SU-624 de 1997; T-772 del 2003, y T-025 del 2004), pues el Estado tiene la obligación de ir avanzando en la adopción de medidas legislativas y económicas que consigan gradual pero crecientemente la satisfacción de estos derechos (Sentencia C-372 del 2011). Por esto, el Estado no solo debe diseñar e implementar políticas públicas a este respecto, sino que además monitorearlas y mejorarlas, de forma tal que se observen resultados satisfactorios en el goce efectivo de estos derechos, y que, en principio, las normas que se pretendan introducir extiendan y no limiten su satisfacción (Sentencia C-503 del 2014). En este sentido se entiende, por ejemplo, la disminución de los recursos públicos destinados a estos planes o programas (Sentencia C-1165 del 2000) o poner trabas al acceso a prestaciones necesarias para garantizar este derecho, ya sea aumentando los costos (Sentencia T-1318 del 2005) o aumentando los requisitos para acceder a ellos (Sentencias C-789 del 2002; C-428 del 2009, y C-372 del 2011).

Sin embargo, el principio de progresividad acepta medidas que pudieran, a primera vista, entenderse como limitantes o ser un obstáculo para el

⁹ Sentencia C-503 del 2014, 3.4.2, párrafo final.

goce efectivo del derecho, pero que tienen su debida justificación, ya sea por la realización de otros derechos fundamentales involucrados, o porque las demás opciones disponibles han debido ser descartadas (Sentencia C-372 del 2011). En otras palabras, para que las condiciones ya establecidas puedan ser desmejoradas, requieren las autoridades una justificación poderosa y objetiva (Sentencia C-1148 del 2008), por lo que están sujetas a una revisión constitucional comparativamente más estricta, en que se incluye la evolución de las medidas adoptadas por el Estado para entregar eficaz garantía al derecho correspondiente (Sentencia C-671 del 2002).

Al efecto, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado y aplicado un parámetro para medir la constitucionalidad de medidas legislativas y gubernamentales, que permite determinar su eventual regresividad (Sentencia C-536 del 2012).

En primer lugar, se debe analizar si la medida es efectivamente regresiva (Sentencia C-372 del 2011). Para ello, los parámetros a considerar son los siguientes¹⁰:

- a) Si reduce el radio de protección de un derecho social;
- b) Existe una disminución de los fondos públicos destinados a la satisfacción del derecho social en cuestión;
- c) Se incrementa las barreras de acceso al derecho social garantizado, o
- d) Se retrocede, en forma general, en el nivel de satisfacción.

Al efecto, se debe realizar una comparación entre la disposición objetada y aquellas que se verían afectadas con la modificación normativa (Sentencia C-372 del 2011).

Determinada que sea la regresividad de la normativa se continúa con el segundo test, que involucra el examen del contenido esencial del derecho social afectado y el grado de afectación. El análisis del contenido esencial o mínimo intangible se debe hacer caso a caso, consultando la naturaleza de cada derecho y, en especial, el régimen constitucional que los rige (Sentencia C-532 del 2012).

Finalmente, se debe ponderar la justificación de la medida, aplicando para ello el test estricto de proporcionalidad. En otras palabras, la regulación que debe tener una finalidad constitucionalmente imperiosa, ser adecuada

¹⁰ Sentencia C-507 del 2008.

y necesaria, y estrictamente proporcional en términos de costo y beneficio (Sentencia C-444 del 2009), además de ser la menos gravosa para los derechos sociales involucrados (Sentencia C-507 del 2008). La Corte Constitucional asume la inexistencia de justificación en los casos en que no consta en la tramitación legislativa razonamiento alguno respecto de la necesidad de la legislación o la existencia de alternativas menos gravosas o lesivas que permitan conseguir igual finalidad (Sentencia C-507 del 2008).

V. DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA POTABLE

La jurisprudencia constitucional colombiana ha reconocido el carácter de derecho fundamental al derecho al agua en virtud de la figura jurídica del bloque de constitucionalidad, a la que acceden a través del artículo 93 de la Constitución colombiana¹¹, que otorga prevalencia en el derecho interno a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconozcan derechos humanos (Sentencias T-418 del 2010 y T-616 del 2010, entre varias).

Ahora bien, el derecho al agua como derecho fundamental tiene tanto una dimensión objetiva como subjetiva (Sentencia C-220 del 2011). La primera de ellas se refiere a la vinculación exigida a todos los poderes públicos en la adopción de sus decisiones, mientras que el alcance subjetivo de este implica su justiciabilidad, en especial si el conflicto radica en agua para consumo humano. Respecto de los justiciables, se trata tanto de un derecho individual como colectivo (Sentencia T-418 del 2010).

En cuanto a su contenido se hace notar en primer lugar su disponibilidad, esto es, que se abastezca de forma continua y suficiente para satisfacer las necesidades de uso doméstico y personales, las que lógicamente variarán según las condiciones de salud, climáticas y laborales, por ejemplo. En segundo término, se exige condiciones mínimas de salubridad del agua disponible, que no pongan en riesgo la salud de los consumidores. Finalmente se encuentran las variables de accesibilidad y asequibilidad

¹¹ Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

al agua, que implican la no discriminación en su acceso y de contar con instalaciones adecuadas para la prestación del servicio.

Considerando estos criterios, la Corte Constitucional ha concluido que la prestación de este servicio público es exigible a las autoridades competentes cuando se compromete el mínimo vital y, por ende, la dignidad de la persona, más aún si se trata de habitantes rurales con limitados recursos económicos, debiendo entonces adoptarse las medidas adecuadas y necesarias para diseñar un plan específico que le dé cobertura a la comunidad rural demandante (Sentencia T-418 del 2010). Incluso, la Corte ha ordenado a un municipio a suministrar agua potable de forma provisional a viviendas sin conexión de alcantarillado, debiendo ser en cantidades suficientes para asegurar la satisfacción de todas las necesidades básicas de las personas (Sentencia T-028 del 2014). En otros casos, la Corte ha manifestado que el acceso al agua potable debe asegurarse incluso cuando existan imposibilidades técnicas de instalar redes domiciliarias, debiendo en esos casos garantizar a la empresa prestadora del servicio público el acceso a un mínimo de agua potable a través de cualquier otro medio idóneo, mientras la factibilidad futura es analizada (Sentencias T-790 del 2014 y T-760 del 2015).

VI. DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIVIENDA

El derecho a la vivienda ha sido definido por la Corte Constitucional colombiana como aquel “dirigido a satisfacer la necesidad humana de disponer de un sitio de residencia, sea propio o ajeno, que ofrezca condiciones mínimas para que quienes allí habiten puedan realizar su proyecto de vida de manera digna” (Sentencias T-958 del 2011, T-791 del 2004, T-585 del 2008 y C-300 del 2011).

A partir de esa definición, la jurisprudencia constitucional colombiana ha verificado la doble dimensión de este derecho; por una parte, está su carácter de derecho fundamental autónomo (Sentencias C-299 del 2011 y C-244 del 2011), vinculado intrínsecamente con la dignidad humana, mientras que, por la otra, está su esfera eminentemente prestacional (Sentencias T-908 del 2012 y C-300 del 2011). Esta última dimensión se refleja en deberes de realización por parte del Estado, como el desarrollo de la normativa legal y reglamentaria correspondiente y la respectiva afectación presupuestaria para tales políticas públicas. Tales deberes

del Estado constituyen, sin embargo, obligaciones de cumplimiento inmediato para ciertos casos concretos, fundado precisamente en el carácter fundamental del derecho a la vivienda. Esto aplica a situaciones de población desplazada (Sentencias T-445 del 2012 y T-781 del 2014) o en condiciones de vulnerabilidad, como también en el evento que la falta de satisfacción del derecho a la vivienda conculque algún otro derecho fundamental (vida digna, salud, por ejemplo).

En razón de lo anterior, la jurisprudencia de dicha Alta Magistratura ha declamado la necesidad de que, tanto la normativa legal y reglamentaria como las actuaciones de las autoridades competentes, deben reconocer mecanismos de priorización y protección especial para la población más vulnerable. Así lo sostuvo respecto de los enfermos de VIH dentro de un grupo de familias desplazadas por la violencia, en que se justifica realizar una excepción en la asignación cronológica de los recursos necesarios para satisfacer su derecho a una vivienda digna (Sentencia T-919 del 2006). En otras palabras, priorizar en un grupo vulnerable a los que además tendrían otra condición extra de vulnerabilidad. En ese mismo sentido se pronunció el Constitucional respecto de una familia con un menor discapacitado (Sentencia T-755 del 2009) y del subgrupo de la tercera edad (Sentencia T-445 del 2012).

Continuando con la realización de este derecho fundamental, no basta solamente con la existencia y asignación de una vivienda, sino que esta sea considerada digna; pues, como se decía más arriba, este derecho está íntimamente relacionado con la dignidad humana y con el derecho a la vida en condiciones dignas. Al efecto, la jurisprudencia constitucional ha fijado ciertos factores que aseguran la satisfacción de dignidad de la vivienda, siendo estos la habitabilidad, asequibilidad y disponibilidad de servicios (Sentencia T-019 del 2014).

NORMAS CITADAS

Constitución política de Colombia, 4 de julio, de 1991

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO A LA SALUD Y VIVIENDA EN SUDÁFRICA¹

JURISPRUDENCE ON THE RIGHT TO HEALTH AND HOUSING IN SOUTH AFRICA

RODOLFO FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO²

Resumen: Este artículo expone y analiza tres famosos casos de la Corte Constitucional de Sudáfrica sobre derecho a la salud y derecho a la vivienda. Soobramoney es un caso de derecho a la salud. El paciente necesita acceso a diálisis. La corte rechaza la petición. Grootboom es un caso de derecho a la vivienda, que la corte acoge y ordena al gobierno reelaborar la política de vivienda, para asegurar acceso a ella a personas en situación desesperada. El caso TAC involucra acceso a un remedio que previene la transmisión del VIH/SIDA al momento del parto. La Corte acoge el recurso y ordena proporcionar el medicamento. Estos casos muestran cómo es posible hacer justiciables los derechos económicos y sociales sin vulnerar el principio de separación de poderes.

Abstract: This paper explains and analyses three famous cases of the South African Constitutional Court regarding economic and social rights. Soobramoney is a case about the right to health. The petitioner requires access to dialysis. The court rejects the petition. Grootboom is a case involving the right to housing, which the court admits and orders the government to elaborate a new program in order to secure access to adequate housing for people in desperate situation. TAC is a case involving to the right to health, concerning a drug to prevent the transmission of HIV/AIDS at birth. The court grants the petition and orders the provision of the drug nation-wide. All three cases show a way of making economic and social rights justiciable without breaching the principle of separation of powers.

Palabras clave: Justiciabilidad. Derecho a la salud. Derecho a la vivienda.

Key words: Justifiability. Right to health. Right to housing.

¹ Este artículo contiene parte de una investigación sobre derechos económicos, sociales y culturales, ejecutada en el proyecto Fondecyt Nº 1151359.

² Máster y doctor en Derecho, Universidad de Wisconsin, EEUU. Director del Programa de Derecho Público y del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Profesor de derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. rodolfo.figueroa@udp.cl

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo se explican y analizan tres casos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sudafricana (en adelante, CC) sobre derecho a la salud y vivienda. Se trata de los casos Soobramoney, Grootboom y TAC. El primero versa sobre derecho a la salud, el segundo sobre derecho a la vivienda y el tercero también sobre derecho a la salud. Se expondrán cronológicamente y no agrupados porque la evolución de la jurisprudencia va influyendo en la forma de interpretar los derechos. En efecto, parte del fundamento de lo dispuesto en TAC, se funda en el caso Grootboom, aunque se trate de otro derecho.

Este tema se justifica plenamente en una época en Chile en que los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) están en el centro de la agenda política y académica, y las publicaciones chilenas han incrementado de manera notoria en los últimos años³.

La justiciabilidad de los DESC es un asunto muy discutido, en Chile y en el extranjero. En ese debate, el caso sudafricano tiene un lugar privilegiado. La Constitución de Sudáfrica de 1996 fue la primera en el mundo en instituir DESC justiciables de manera sólida⁴, convirtiéndose en una de las más progresistas en vigor⁵ y ganando celebridad en amplios círculos académicos internacionales⁶. La Corte Constitucional de Sudáfrica ha producido jurisprudencia extraordinaria, que “... carece de parangón en la jurisprudencia constitucional internacional (...) Ningún otro país ha desarrollado su derecho de casos de manera suficiente como para instituir una jurisprudencia comprensiva”⁷.

Sunstein, comentando un caso que veremos aquí –Grootboom–, se refiere a la justiciabilidad de los DESC diciendo: “... por primera vez en la historia del mundo una corte constitucional ha iniciado un proceso que bien puede tener éxito en la empresa de asegurar esa protección sin colocar a las cortes en un inaceptable rol administrador”⁸.

³ Figueroa (2009a); Figueroa (2009b); Espejo (2009); Nogueira (2010); Aguilar (2012); Bustos (2014); Squella y Arriagada (2015).

⁴ Iles (2004, 449). Traducción libre del autor.

⁵ Klug (2002, 806). Ver también Kende (2004, 622).

⁶ Kende (2003, 143).

⁷ Christiansen (2007, 323).

⁸ Sunstein (2001, 1).

Esta frase de Sunstein es clave. En buena medida, el rechazo a la justiciabilidad de los DESC se basa en la creencia de que las cortes sustituyen a los administradores y a los órganos políticos, pasando ellas a elaborar las políticas públicas que han de regir en la sociedad⁹. El caso sudafricano muestra que eso no tiene por qué ser así. Eso es lo que se muestra en el resto de este trabajo. Por ello, este artículo no constituye una discusión doctrinaria sobre la justiciabilidad de los DESC sino que se centra exclusivamente en la jurisprudencia sudafricana, mostrando cómo es posible hacer justiciables los DESC sin que las cortes se coloquen “en un inaceptable rol administrador”, como dijo Sunstein.

2. NORMATIVA

Cabe comenzar por el texto de la Constitución sudafricana, que sirve de fundamento a los fallos sobre DESC. El artículo 7 declara que los derechos fundamentales constituyen la piedra angular de la democracia sudafricana, que está basada en los valores de la dignidad humana, la igualdad y la libertad, y prescribe que el Estado debe respetar, proteger, promover y satisfacer esos derechos fundamentales¹⁰. Por su parte, artículo 8 dispone que “... el Catálogo de Derechos se aplica a toda ley y obliga al legislador, al ejecutivo, al poder judicial y a todos los órganos del Estado”. Respecto de los derechos involucrados en los tres casos que examinaremos, se trata del derecho a la salud y el derecho a la vivienda. El derecho a la salud se encuentra reconocido en el artículo 27:

Art. 27. Cuidados de salud, comida, agua y seguridad social.

1. Todos tienen derecho a tener acceso a:

- a) Servicios de cuidados de la salud, incluyendo salud reproductiva;
- b) Comida y agua suficientes; y

⁹ Para una revisión detallada de literatura extrajera sobre esta discusión, ver Figueroa (2009a); Figueroa (2009b).

¹⁰ “Art. 7. Derechos. El Catálogo de Derechos es la piedra angular de la democracia en Sudáfrica. El catálogo reconoce como algo preciado los derechos de todas las personas en nuestro país y ratifica los valores democráticos de la dignidad humana, la igualdad y la libertad. El Estado debe respetar, proteger, promover y satisfacer los derechos del Catálogo de Derechos. Los derechos del Catálogo de Derechos están sujetos a limitaciones contenidas o referidas en el artículo 36 o en otras partes del Catálogo”.

- c) Seguridad social, incluyendo asistencia social apropiada si no son capaces de proporcionársela por sí mismos y a sus dependientes.
- 2. El Estado debe adoptar medidas legislativas razonables y otras medidas, dentro de sus recursos disponibles, para alcanzar la realización progresiva de cada uno de esos derechos.
- 3. A nadie se le puede negar tratamiento médico de emergencia.

Por su parte, el derecho a la vivienda es consagrado por el artículo 26:

Art. 26. Vivienda.

- 1. Todos tienen derecho a tener acceso a vivienda adecuada.
- 2. El Estado debe adoptar medidas legislativas razonables y otras medidas, dentro de sus recursos disponibles, para alcanzar la realización progresiva de este derecho.
- 3. Nadie puede ser evicto de su hogar, o que su hogar sea demolido, sin una orden judicial emitida luego de considerar todas las circunstancias relevantes. Ninguna legislación puede permitir evicciones arbitrarias.

El caso Grootboom involucra cerca de 500 niños, de modo que la corte aplica el artículo 28:

Art. 28. Niños.

Todo niño tiene derecho a:

- b) Cuidado parental o de parte de su familia, o un cuidado alternativo apropiado cuando no viva en el ambiente familiar.
- c) Nutrición básica, refugio, servicios de salud básicos y servicios sociales (...).

Junto con lo anterior, es necesario reproducir el artículo 36 de la Constitución, porque se refiere a las limitaciones a los derechos, precepto que el tribunal constitucional ha debido utilizar en estos casos:

Art. 36. Limitaciones a los derechos.

- 1. Los Derechos del Catálogo de Derechos solo pueden ser limitados en virtud de una ley de aplicación general en la medida en que la limitación sea razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática basada en

la dignidad humana, la igualdad y la libertad, tomando en consideración todos los factores relevantes, incluyendo:

- a) la naturaleza del derecho.
- b) la importancia del objetivo de la limitación.
- c) la naturaleza y extensión de la limitación.
- d) la relación entre la limitación y su objetivo, y
- e) medios menos restrictivos para conseguir el objetivo.

2. Salvo lo indicado en el número anterior o en cualquier otro precepto de la Constitución, ninguna ley puede limitar ningún derecho consagrado en el Catálogo de Derechos.

Finalmente, es pertinente transcribir los artículos de la Constitución en donde se instituye la competencia de la corte constitucional:

Art. 167.

3. La Corte Constitucional es la más alta corte en materias constitucionales

5. La Corte Constitucional emite la decisión final sobre si una ley del parlamento o una ley provincial (...) es constitucional, y debe confirmar cualquier orden de invalidez emitida por la Corte Suprema de Apelación, la Alta Corte o un corte de estatus similar.

6. La legislación nacional o las reglas de la Corte Constitucional deben permitir a cualquier persona, cuando ello vaya en interés de la justicia y con la autorización de la Corte Constitucional:

- a) Presentar un asunto directamente ante la Corte Constitucional, o
- b) Apelar directamente ante la Corte Constitucional desde cualquier otra corte. (...).

Art. 172. Poderes de las cortes en materias constitucionales.

1. Cuando una corte decida una materia constitucional dentro de su competencia:

- a) Debe declarar que cualquier ley o conducta que es inconsistente con la Constitución es inválida en la medida de su inconsistencia, y
- b) Puede emitir cualquier orden que sea justa y equitativa, incluyendo
 - i) Una orden limitando el efecto retroactivo de la declaración de invalidez; y

- ii) Una orden que suspenda la declaración de invalidez por cualquier período de tiempo y en cualquier condición, para permitir a la autoridad competente corregir el defecto.

3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SUDAFRICANA

3.1 El caso Soobramoney¹¹

1) Antecedentes

Este es un caso de diálisis: el demandante es diabético, sus riñones han fallado, sufre de una enfermedad isquémica al corazón y de una enfermedad cerebro-vascular. Su condición médica es irreversible, pero su vida se puede prolongar mediante diálisis renal. Por ello, solicita el tratamiento en un hospital estatal, invocando el artículo 27 de la Constitución de 1996, ya citado, y también el artículo 11 que dispone: “Todos tienen derecho a la vida”.

El hospital rechaza la solicitud. Argumenta que la escasez de recursos lo ha obligado a establecer un protocolo que determine qué pacientes pueden tener acceso a diálisis. Un requisito básico es que el paciente sea elegible para un trasplante de riñón. Además, no debe padecer de una enfermedad vascular o cardíaca severa o una enfermedad cerebro-vascular. Sin embargo, el paciente en cuestión sufre de una enfermedad isquémica al corazón y una enfermedad cerebro-vascular, de modo que no cumple con los requisitos para ser beneficiario del trasplante de riñón. El paciente recurre a la Alta Corte, solicitando ordene al hospital que lo incorpore en el programa de tratamiento renal. La corte rechaza la solicitud, de modo que el paciente apela ante la Corte Constitucional de Sudáfrica.

2) El fallo de la Corte Constitucional

A continuación, se presentará un esquema de aquellas partes del fallo que resultan indispensables para comprender la decisión de la CC.

- a) Las obligaciones constitucionales que pesan sobre el Estado en materia de derecho a la salud, conforme el artículo 27, dependen, en su

¹¹ Soobramoney versus Minister of health (1997).

cumplimiento, de los recursos disponibles. Por tanto, la escasez debe ser tomada en consideración¹².

- b) La política de racionamiento fijada por el hospital (el protocolo de acceso a los tratamientos) se ha aplicado en este caso. Además, de accederse a la solicitud del paciente, se dañarían las políticas del hospital y, con ello, se haría colapsar el programa de diálisis, poniendo en peligro a todos sus beneficiarios¹³.
- c) Este no es un caso de emergencia médica, que haga aplicable el artículo 27.3, según el cual a nadie le será negado tratamiento médico de emergencia.
- d) El derecho a la vida no implica para el Estado otras obligaciones positivas que las establecidas en la Constitución.
- e) La elaboración y aplicación de política de salud corresponde a la administración, de modo que es ella la que decide cómo se gastan los recursos. Esa es una decisión política en la cual las cortes no deben interferir¹⁴.
- f) El Estado no ha vulnerado la Constitución en lo que respecta a sus obligaciones amparadas en el derecho a la salud. El Estado no está obligado a proporcionar diálisis a todas aquellas personas que la necesiten. En este caso, el requirente no tiene derecho a diálisis¹⁵. Se rechaza la apelación y se confirma la decisión de la Alta Corte¹⁶.

La clave en la resolución de este caso es la escasez de recursos de salud. El derecho constitucional a la salud no implica el derecho a acceder a cualquier medicamento o procedimiento médico que una persona puede necesitar, sino que obliga al Estado a adoptar una política razonable de acceso a la salud según los recursos disponibles. Esto implica la elaboración de protocolos de acceso a remedios y tratamientos, elaborados por la autoridad administrativa. Esos protocolos se han adoptado y aplicado en este caso y es en virtud de ellos que el solicitante ha quedado sin acceso a diálisis. Por tanto, el gobierno ha cumplido con sus obligaciones constitucionales. La corte no está dispuesta a ordenar a la administración que provea diálisis al

¹² Ver Cº 11.

¹³ Ver Cº 26-28.

¹⁴ Ver Cº 29.

¹⁵ Ver Cº 36.

¹⁶ Ver Cº 37.

requerente, saltándose los protocolos, porque eso arruinaría la política de salud, perjudicando a todos sus beneficiarios.

3.2 El caso Grootboom, 2000¹⁷

1) Antecedentes

Cerca de 900 personas, entre ellas 500 niños, son los afectados en este caso. Vivían allegados en asentamientos informales, en condiciones deplorables, sin acceso a servicios básicos, en tierra parcialmente inundada; muchos de ellos estaban inscritos en un programa de subsidio a la vivienda con listas de espera de hasta siete años. Buscando un mejor territorio, terminan ocupando una propiedad privada, de la cual son evictos por la fuerza, a costa de la Municipalidad de Wallacedene, que los alberga en un campo de deportes. Sin embargo, ellos exigen que la municipalidad cumpla con sus obligaciones constitucionales y les proporcione alojamiento temporal. No satisfechos con su respuesta, presentan una solicitud urgente ante la Alta Corte, invocando dos preceptos constitucionales: el art. 26 de la Constitución y el artículo 28 (1) (c) que prescribe que los niños tienen derecho a un refugio.

La Alta Corte declara que el Estado cumplió con la Constitución, pues adoptó medidas para hacer cumplir el derecho constitucional a la vivienda, en un contexto de escasez de recursos. La existencia del plan de vivienda corresponde a esa medida. En cuanto a los niños, la corte declaró que tenían derecho a obtener refugio de parte del órgano o departamento del Estado que correspondiere; que sus padres tenían derecho a ser acomodados junto con ellos en el mismo refugio; que el órgano o departamento del Estado que correspondiere estaba obligado a proporcionarles ese refugio hasta el momento en que los padres fueran capaces de albergar a sus propios hijos. Esta decisión de la Alta Corte fue apelada por la Municipalidad ante la CC.

2) Decisión de la Corte Constitucional

a) Los derechos socio-económicos son justiciables. No se puede pensar que existen solo en el papel¹⁸.

¹⁷ The government of the Republic of South Africa, and others versus Irene Grootboom and others (2000).

¹⁸ Ver C^o 20.

- b) “El Estado está obligado a adoptar acciones positivas para satisfacer las necesidades de aquellos que están viviendo en condiciones de extrema pobreza, sin hogar o en viviendas intolerables”¹⁹.
- c) El artículo 26 de la Constitución reconoce el derecho a vivienda adecuada. Esa vivienda adecuada debe satisfacer una serie de requerimientos: tierra disponible, agua y remoción de basura²⁰.
- d) Las obligaciones constitucionales del Estado incluyen desarrollar un plan comprensivo de vivienda, que contenga medidas legislativas razonables y otras medidas, orientadas a la realización progresiva del derecho conforme los recursos disponibles²¹. La obligación no requiere que el Estado haga más de lo que los recursos disponibles le permiten²².
- e) Ese programa debe ser balanceado y flexible y contemplar las provisiones necesarias para atender las crisis de vivienda y poder satisfacer las necesidades de corto, mediano y largo plazo²³.
- f) “No se puede decir que sea razonable un programa que excluye a un segmento significativo de la sociedad”²⁴. La razonabilidad exige tomar en consideración los grupos más vulnerables de la sociedad. Más aún, que no basta con acreditar que una medida es apropiada en términos estadísticos, sino que es necesario que las medidas sean capaces de responder a las personas en situación más desesperada²⁵.
- g) El programa de vivienda fracasa porque no contempla dentro de sus medidas una solución de emergencia para personas que se encuentran en situación desesperada, como es el caso de los requirentes²⁶. “(...) la pregunta es si un programa de vivienda que deja fuera de consideración el mejorar las circunstancias de aquellos que se encuentran en crisis, puede satisfacer el test de razonabilidad establecido en el precepto constitucional”²⁷. La ley no

¹⁹ Cº 24. Traducción libre del autor.

²⁰ Ver Cº 35.

²¹ Ver Cº 38.

²² Ver Cº 45.

²³ Ver Cº 43.

²⁴ Cº 43. Traducción libre del autor.

²⁵ Ver Cº 44.

²⁶ Ver Cº 52.

²⁷ Cº 64. Traducción libre del autor.

hace nada por los desposeídos y les deja abandonados a su suerte. Una ley que hace eso no es razonable²⁸.

(...) El programa nacional de vivienda quedó corto en cumplir sus obligaciones impuestas sobre el gobierno nacional, en la medida en que falla al no reconocer que el Estado debe proporcionar alivio a aquellos en necesidad desesperada. Ellos no pueden ser ignorados en el interés global de un programa focalizado en objetivos de mediano y largo plazo. Es esencial que una parte razonable del presupuesto del programa nacional esté dedicado a esto...²⁹.

En la sección resolutiva, la corte declara:

- a) El artículo 26.2 de la Constitución requiere que el Estado diseñe e implemente, con los recursos disponibles, un programa comprensivo y coordinado destinado a cumplir de manera progresiva el derecho de acceso a vivienda adecuada.
- b) Ese programa debe incluir medidas razonables (...) con la finalidad de proporcionar alivio a personas que no tienen acceso a la tierra, no tienen techo sobre sus cabezas, y están viviendo en condiciones intolerables o en situaciones críticas.
- c) Hasta la fecha (...) el programa de vivienda del Consejo Metropolitano de El Cabo, ha quedado corto en cumplir con los requerimientos indicados en el párrafo b), en cuanto ha fallado en adoptar medidas razonables, dentro de sus recursos disponibles, para las personas del área de El Cabo Metropolitano que no tienen acceso a tierras, no tienen techo sobre sus cabezas y están viviendo en condiciones intolerables o en situaciones críticas³⁰.

La clave para resolver el caso es que la autoridad política ha errado en el diseño del plan de vivienda. El derecho constitucional a la vivienda no obliga al Estado a proporcionar vivienda a todos quienes la necesiten sino a elaborar una política razonable de cumplimiento progresivo de ese derecho. El Estado ha cumplido con elaborar la política, pero ha fallado al no haber previsto medidas especiales para personas que se encuentren en situación desesperada. Esto es equivalente a dejar a esas personas abandonadas a

²⁸ Ver Cº 65.

²⁹ Cº 66. Traducción libre del autor.

³⁰ Cº 99. Traducción libre del autor.

su suerte, en condiciones que la corte considera “horribles.” Un plan que hace eso no puede considerarse “razonable”, como exige la Constitución. Por tanto, se declara que el gobierno ha infringido la Constitución y tiene la obligación, impuesta por la Carta Fundamental, de elaborar un nuevo plan de vivienda, que sea razonable, comprensivo, flexible y balanceado, que brinde una solución a situaciones de emergencia, como las verificadas en este caso. La corte no le da una orden directa al gobierno; la orden emana de la Constitución. La corte tampoco le indica al gobierno cómo tiene que ser específicamente el plan que debe elaborar; más bien identifica parámetros generales para cumplir con el estándar de razonabilidad previsto en la Constitución, que implica que el plan sea balanceado, flexible, comprensivo y, sobre todo, que prevea una solución para personas en situaciones de emergencia desesperada. No hacer eso, no puede considerarse un cumplimiento razonable de la Constitución que garantiza el acceso a una vivienda adecuada.

3.3 El caso Treatment Action Campaign (TAC)³¹

1) Antecedentes

El gobierno desarrolla un programa destinado a reducir la transmisión del VIH de la madre al hijo al momento del parto, como una forma de hacer frente a la pandemia del VIH/SIDA en Sudáfrica. El plan consiste en proporcionar a las madres con VIH/SIDA la droga Nevirapine, recomendada por la OMS, y que está a disposición del gobierno, ofrecida en forma gratuita por el laboratorio manufacturador. Sin embargo, el gobierno tiene razones para no partir con un plan a escala nacional sino solo a nivel local. Se trata de cuatro argumentos: i) El gobierno teme por la eficacia de la droga si ella es suministrada sin el paquete completo (proporcionar fórmula alimenticia para sustituir la lactancia materna; entrenamiento para evitar la transmisión del VIH a través de la lactancia; suplementos vitamínicos y antibióticos, e infraestructura necesaria para asegurar el objetivo). El gobierno duda si este paquete puede estar completo o disponible a gran escala en breve plazo. ii) El gobierno cree que la administración de la droga puede generar resistencia en el futuro y dejar de ser eficaz. iii) El gobierno teme por los posibles peligros que la droga implique. iv) Se duda si el sistema

³¹ Minister of health, and others versus treatment action campaign, and others (2002).

público va a estar preparado para poder ejecutar el plan a nivel nacional de manera eficaz.

Por estas razones, en vez de poner la droga a disposición de toda la población, el gobierno prefiere iniciar un plan piloto en dos localidades del país, para examinar la factibilidad y requerimientos necesarios para ofrecer el plan a nivel nacional en un futuro.

La consecuencia directa de esta decisión es que la mayoría de las madres con VIH/SIDA en Sudáfrica no tendrán acceso, al menos no por el momento, a una droga que les podría salvar la vida a ellas y a sus hijos. Por ello, varias asociaciones y miembros de la sociedad civil, que tienen interés en el tratamiento de las personas con VIH/SIDA y en la prevención de nuevas infecciones, incluyendo el *Treatment Action Campaign* (TAC), demandan al Ministerio Nacional de Salud y otras autoridades locales. Se consideraron infringidos los artículos 7, 8, 27 y 28 de la Constitución.

La Alta Corte acoge la demanda y ordena que el gobierno entregue la droga a las mujeres embarazadas con VIH. Ordena también que elabore un programa nacional comprensivo para prevenir o reducir la transmisión del VIH de madre a hijo. El Ministerio de Salud apela ante la CC.

2) La decisión de la CC

a) Los derechos económicos y sociales son justiciables³². Sin embargo, se rechaza la solicitud de determinar el contenido mínimo del derecho a la salud. Como se declaró en el caso Soobramoney, las obligaciones impuestas al Estado por los artículos 26 y 27 están limitadas por los recursos disponibles y no se puede exigir del Estado más de lo que los recursos permiten³³, ni se pueden cumplir esos derechos en forma inmediata³⁴.

(...) la función de las cortes respecto de los derechos socio-económicos está dirigida a asegurar que el Estado adopte medidas legislativas y otras medidas que sean razonables... (...) Las cortes deben garantizar que los procesos democráticos estén sometidos a *accountability*, apertura y capacidad de respuesta³⁵.

³² Ver Cº 25.

³³ Ver Cº 31.

³⁴ Ver Cº 32.

³⁵ Cº 36. Traducción libre del autor.

- b) El gobierno tiene una obligación de no privar o no impedir el acceso a cuidados de salud³⁶. El costo de la droga no es una razón para no distribuirla puesto que fue ofrecida de forma gratuita al gobierno por el laboratorio manufacturador. Otros costos sí son relevantes para diseñar el programa pero no para distribuir la droga³⁷. Por ello, la política de salud es deficiente en la medida en que niega a las madres y sus hijos una droga que puede evitar el contagio de VIH³⁸. No es razonable una política que impide el acceso a una droga disponible, especialmente a las personas más necesitadas³⁹.
- c) Las razones del gobierno para no ofrecer la droga a nivel nacional no son atendibles. Existe evidencia de que la Nevirapine salvará un número significativo de niños incluso si ella es administrada sin el paquete completo⁴⁰. Aunque pueda existir resistencia a los efectos de la droga en el futuro, esos efectos adversos son pequeños comparados con los efectos positivos que se pueden obtener.

... La probabilidad de que un niño sobreviva si se infecta es tan escasa y la naturaleza del sufrimiento es tan grave, que bien vale la pena el riesgo de alguna resistencia que se manifieste en el futuro⁴¹.

Se descarta que exista un peligro de seguridad para la madre o el hijo, si se les administra la droga, a la luz de la recomendación de la OMS⁴².

- d) Es inaceptable negar la droga a madres e hijos que no tengan acceso a los lugares de investigación y entrenamiento⁴³, pues podrían ser salvados con ella⁴⁴.
- e) La política del gobierno infringe la Constitución, particularmente el derecho de acceso a servicios de salud, incluyendo la salud reproductiva, e infringe la obligación de adoptar medidas legislativas razonables y otras medidas dentro de sus recursos disponibles para alcanzar la realización progresiva del derecho:

³⁶ Ver Cº 46.

³⁷ Ver Cº 49

³⁸ Ver Cº 67.

³⁹ Ver Cº 68.

⁴⁰ Ver Cº 57.

⁴¹ Cº 59. Traducción libre del autor.

⁴² Ver Cº 60.

⁴³ Ver Cº 68.

⁴⁴ Ver Cº 72.

La política del gobierno es inflexible porque niega a las madres y sus recién nacidos en hospitales y clínicas públicas, fuera de los sitios de investigación y entrenamiento, la oportunidad de recibir una sola dosis de Nevirapine al momento del parto. Una droga potencialmente salvadora estaba disponible y podía ser administrada sin ningún daño a la madre y el hijo. Concordamos con la Alta Corte en cuanto a que restringir la droga a los sitios de investigación y entrenamiento constituye una infracción de las obligaciones del Estado consignadas en los artículos 27 (2) y 27 (1) (a) de la Constitución⁴⁵.

El período de espera que la ley fija no es razonable⁴⁶.

f) El principio de separación de poderes no se infringe si la corte emite una orden al gobierno. Las bases de su poder para emitir órdenes imperativas residen en la propia Constitución⁴⁷.

Si la corte debe declarar, en algún caso, que el Estado ha fallado en hacer eso, está obligada por la Constitución a hacerlo. Si eso constituyera una intromisión en el dominio del ejecutivo, sería una intrusión exigida por la propia Constitución⁴⁸.

g) En materia de derechos económicos y sociales, las políticas del Estado deben ser revisadas con la finalidad de asegurar que cumplan con la Constitución. La corte se encuentra constitucionalmente obligada a garantizar un remedio apropiado⁴⁹, que “... puede ser una declaración de derechos, un interdicto, una orden, o cualquier otro remedio que pueda ser necesario para asegurar que los derechos contenidos en la Constitución sean protegidos y cumplidos”⁵⁰, cuidando de dejar espacio al gobierno para que pueda formular sus políticas y modificarlas cuando sea necesario⁵¹.

En la sección resolutiva, la corte declara:

Los preceptos 27 (1) y (2) de la Constitución requieren que el gobierno elabore e implemente, dentro de sus recursos disponibles, un programa comprensivo y coordinado para realizar de manera progresiva el

⁴⁵ Cº 80. Traducción libre del autor.

⁴⁶ Ver Cº 81.

⁴⁷ Ver Cº 99.

⁴⁸ Cº 99. Traducción libre del autor.

⁴⁹ Ver Cº 101.

⁵⁰ Cº 102. Traducción libre del autor.

⁵¹ Ver Cº 114.

derecho de la mujer y su recién nacido a tener acceso a servicios de salud para combatir la transmisión del VIH madre a hijo.

El programa debe incluir medidas razonables relativas a consejería y exámenes de VIH para mujeres embarazadas, consejería para mujeres con VIH positivo sobre las opciones que tienen para reducir el riesgo de transmitir el VIH en el parto, y tratamientos apropiados para ellas con tales objetivos.

La política implementada por el gobierno para reducir el riesgo de transmisión del VIH de madre a hijo quedó lejos en cumplir con los requerimientos de los párrafos a) y b) puesto que:

Los doctores en hospitales y clínicas públicas, fuera de los sitios de entrenamiento e investigación, no tenían la posibilidad de recetar Nevirapine para reducir el riesgo de transmisión de VIH de madre a hijo, incluso si eso era médicaamente indicado y existieran instalaciones adecuadas para realizar exámenes y consejería a mujeres embarazadas que lo requirieran.

La política falló en prever capacitación de consejeros para hospitales y clínicas fuera de los sitios de investigación y entrenamiento, en relación con el uso de Nevirapine como un medio para reducir el riesgo de contagio del VIH de madre a hijo⁵².

Decreta además la CC:

El gobierno tiene la obligación, sin dilación, de:

- a) Remover las restricciones que impiden que la Nevirapine esté disponible para los efectos de reducir el riesgo de transmisión del VIH de madre a hijo, en hospitales y clínicas que no sean sitios de entrenamiento e investigación.
- b) Permitir y facilitar el uso de Nevirapine para efectos de reducir el riesgo de transmisión del VIH de madre a hijo, y hacerlo disponible para esos fines, en hospitales y clínicas cuando a juicio del médico tratante, en consulta con un supervisor médico del recinto, ello sea médicaamente indicado, lo que debe incluir, de ser necesario, que la madre haya sido examinada y asesorada de manera apropiada.

⁵² Cº 135. Traducción libre del autor.

- c) Tomar las providencias necesarias para que los consejeros, fuera de los recintos de entrenamiento e investigación, sean entrenados en el uso del Nevirapine para reducir el riesgo de contagio del VIH de madre a hijo.
- d) Adoptar las medidas razonables para extender los exámenes y las instalaciones de consejería a hospitales y clínicas a lo largo del sector de salud pública, para facilitar y hacer expedito el uso de Nevirapine para reducir el riesgo de transmisión del VIH de madre a hijo⁵³.

Finalmente, la corte añade:

Las órdenes emitidas no impiden que el gobierno pueda adaptar sus políticas en forma consistente con la Constitución, si es que surgen medios apropiados o mejores para prevenir la transmisión del VIH de madre a hijo⁵⁴.

La clave de resolución de este caso es que las personas necesitan de la droga Nevirapine; esa droga está disponible pero el Estado no la proporciona a toda la población sino solo a un par de localidades bajo la forma de un plan piloto. La corte cree que no es razonable no entregar una droga que está disponible, que ha sido recomendada por la OMS y que, como consecuencia de ello, los niños se van a contagiar, enfermar y morir. La corte está dispuesta a anular la política del gobierno ordenando que entregue la droga porque el gobierno dispone de ella, de modo que no hay un problema de imposibilidad de cumplimiento. Si hacer esto constituye una intromisión de la corte en la esfera de atribuciones del ejecutivo, es una intromisión autorizada por la Constitución; más aún, exigida por ella, sostuvo la CC.

4. ANÁLISIS COMPARATIVO

Los casos Soobramoney y TAC versan sobre derecho a la salud; en cambio, Grootboom sobre derecho a la vivienda. El derecho a la salud y el derecho a la vivienda se reconocen en la Constitución como derechos exigibles o justiciables. Sin embargo, las obligaciones que tales derechos generan para el Estado son de tener una política razonable de acceso a ellos según los

⁵³ Cº 135. Traducción libre del autor.

⁵⁴ Cº 135. Traducción libre del autor.

recursos disponibles. Por tanto, el derecho a la salud no implica la obligación de proporcionar cualquier remedio o tratamiento que una persona pueda necesitar ni el derecho a la vivienda significa que los titulares tienen derecho de acceso inmediato a ella.

El caso TAC y el caso Soobramoney se distinguen en el factor escasez de recursos para proporcionar remedios o procedimientos médicos. En Soobramoney, la escasez es una variable esencial, en TAC es lo contrario. En efecto, en Soobramoney se produce una situación de decisiones trágicas, comunes en salud, en las que no es posible satisfacer las necesidades de todos, atendido el contexto de escasez, de modo que resulta inevitable elaborar y aplicar políticas de racionamiento. Además, transgredir o apartarse de esas políticas en contextos de estrechez económica puede amenazar el acceso de todos sus destinatarios a los beneficios. Por ello, la Alta Corte y la CC rechazan la petición y el paciente queda sin acceso a diálisis. El caso Soobramoney es análogo a los casos de diálisis⁵⁵ y VIH⁵⁶ en Chile.

⁵⁵ Por ejemplo, el caso Sepúlveda con subdirector del Hospital Barros Luco-Trudeau (1987). Dispuso la Corte Suprema: Cº7: “Igualmente, cabe considerar que el médico solo puede responder por su asistencia profesional al paciente, siendo el sistema de salud y la legislación que la protege la que debe entregar los elementos materiales para implementarlo. En la medida en que los medios pertinentes no le permitan proteger la salud en la forma en que lo pide el recurrente, no puede sostenerse que quien lo hace atenta contra la vida de esa persona, cuando justamente su juramento y rol profesional lo obligan a preservarla. En el caso de autos, y de acuerdo al mérito del proceso, existe insuficiencia de elementos para practicar tratamientos de diálisis, lo que evidentemente tendrá influencia en la salud del enfermo. No pudiendo otorgarse tratamiento a todos los pacientes, le corresponderá al profesional médico la determinación entre las alternativas que conduzcan a saber quién y cuándo se atiende;” Cº12 c) “que la autoridad de salud solo incurriría en un acto u omisión arbitrario o ilegal solo cuando contando con los recursos materiales y humanos se niegue injustificadamente a proporcionar atención a los enfermos, que no es el caso de autos”.

⁵⁶ Cº3. “... de conformidad con el artículo 11 de la Ley 18.469 que “Regula el ejercicio del Derecho Constitucional a la protección de la salud y crea un Régimen de Prestaciones de Salud”, (...) tales prestaciones se deben otorgar por los Servicios e Instituciones que dependen del Ministerio de Salud (...) y ellas se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que disponen. El inciso 3º establece que el Ministerio de Salud fijará las normas de acceso, calidad y oportunidad de las prestaciones a los beneficiarios. De lo anterior resulta que el planteado corresponde a un problema de Salud Pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que, como en el caso de autos, se pretenden, habida cuenta que en su otorgamiento han de tenerse en cuenta variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que ellos involucren y los fondos de que se disponga para ello”; Rojas y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud (2001).

En cambio, el caso TAC es un caso de política de salud, no de escasez y, en tal sentido, se asemeja a Grootboom. En este último caso, el gobierno tenía una política de vivienda, pero ella era defectuosa: no había previsto soluciones para personas en situación desesperada. Eso no es razonable –sostuvo la corte– y, por ende, infringe la Constitución, que asegura un acceso razonable a la vivienda. De manera similar, en TAC se encuentra en juego una política del gobierno. Se trata del acceso al remedio Nevirapine, que el gobierno tiene disponible sin problemas de escasez, pues el laboratorio lo ha proporcionado al Estado libre de costo por cinco años. La política de la autoridad sanitaria consiste en no poner ese remedio a disposición de todas las personas que lo necesitan, con lo cual ellas se van a contagiar, enfermar y morir. Esta política no le parece razonable a la corte y, como no hay escasez, se puede ordenar al gobierno la entrega del remedio.

En Soobramoney, la corte es deferente con la autoridad sanitaria, en TAC no; en el segundo, la corte interfiere, en el primero no. La razón es la escasez y, también, podría pensarse que influye la magnitud de las consecuencias. En efecto, habiendo una pandemia de VIH/SIDA en todo el país, el gobierno bloquea el acceso al medicamento a todos, salvo para quienes viven en dos localidades, de modo que la inmensa mayoría de las madres con VIH/SIDA y sus hijos no recibirán el medicamento.

La corte interviene en Grootboom también, anulando la política de vivienda del gobierno, como en TAC, pero no ordena entregar viviendas sino reelaborar la política, y teniendo la precaución de indicar que dicha obligación emana de la Constitución, no de la corte. ¿Por qué en TAC ordena entregar remedios pero en Grootboom no ordena entregar viviendas, si en ambos casos la CC revisa una política defectuosa? Porque Nevirapine es un remedio que el gobierno tiene en stock; eso no ocurre con viviendas.

El grado de intervención de la corte en Grootboom es menor que en TAC, aunque es mayor que en Soobramoney. Es posible pensar que un factor explicativo es la escasez, nuevamente: en materia de vivienda, los recursos son limitados y por eso la intervención de la corte debe ser moderada. Por ello, declara que el gobierno debe elaborar una nueva política de acceso a la vivienda, no entregar casas. En TAC el remedio ya está disponible, de modo que la restricción a él no hace sentido.

Los tres casos constituyen un ejemplo de control de políticas públicas en materia de DESC. En efecto, en ninguno de ellos la corte declara que no puede ejercer control de políticas del Estado que incidan en el cumplimiento de los

derechos previstos en la Constitución. En dos de ellos se refiere in extenso a la justiciabilidad de los derechos sociales y la justifica generosamente.

Sin embargo, el control no se ejerce de igual manera en los tres casos y no tiene igual resultado. Habiendo escasez, la corte se refrena. Pero si la política no se justifica, no es razonable, la corte exige su revisión. Lo realizó en Grootboom y en TAC. Si en Soobramoney no hubiere habido protocolo, o este hubiese sido arbitrario, con criterios de admisión discriminatorios, quizá la corte lo hubiere declarado inconstitucional y exigido su reformulación, como ocurrió en Grootboom, aunque probablemente no habría ordenado incorporar al paciente a tratamiento de diálisis. Cuando es posible, la corte ordena la entrega del medicamento, como lo hizo en TAC.

Estos casos muestran un modelo de control jurisdiccional de los derechos económicos y sociales que merece ser tenido en cuenta:

- 1.- La corte tiene razón en que los derechos reconocidos explícitamente en la Constitución no pueden estar solo en el papel; deben tener concreción real. No parece atractiva una idea de Constitución según la cual lo que ella dispone no tiene ningún impacto en la realidad.
2. Si existe control jurisdiccional de los derechos fundamentales, ese control ha de producir algún impacto necesariamente en los órganos políticos, el Congreso y/o la administración. Eso sucede con los derechos civiles y no se advierte razón para que no suceda con los DESC. De lo contrario, no hace sentido que exista un control jurisdiccional de derechos fundamentales.
3. La eventual fractura del principio de separación de poderes no debe exagerarse. La CC sudafricana se refiere latamente a este principio, qué significa, cómo se ha entendido en distintas jurisdicciones del mundo, y concluye que no puede significar que un poder del Estado esté blindado frente a los demás, o exento de control. La corte tiene un punto aquí: no es atractiva una teoría del Estado que torne a los poderes públicos en inescrutables. La CC afirma que es la Constitución la que ordena la intromisión. Por tanto, lo que está en juego es la concepción de democracia constitucional que tenemos y cómo debe operar el principio de separación de poderes en un entramado constitucional que contiene DESC exigibles. Por ejemplo, en Chile los DESC no solo son justiciables ante el Tribunal Constitucional; también lo son en jurisdicción de protección y no solo

bajo la modalidad de tutela judicial indirecta sino también directa⁵⁷. ¿Por qué habríamos de pensar que esto rompe con el principio de separación de poderes y socava la democracia?

4. El control jurisdiccional debe ejercerse con moderación, precisamente por consideración al referido principio de separación de poderes. Esto demanda de una corte exhibir una especial precaución al revisar cada caso particular y exige una forma de entenderlo y resolverlo que sea apropiada para él. Los tres casos revisados muestran eso con nitidez: los niveles de escrutinio son distintos, la profundidad de la intervención también lo es y las órdenes o resoluciones también lo son. En ninguno de los tres casos la corte sustituye a la administración en la elaboración de la política. Por tanto, aquellos autores que se oponen a la justiciabilidad de los DESC porque ese control vulneraría la separación de poderes y los tribunales sustituirían al legislador o al administrador, deberían encontrar en el caso sudafricano un buen ejemplo de control jurisdiccional que no incurre en los vicios que ellos rechazan. Es cierto que en el caso TAC la corte ordena al gobierno proporcionar el remedio a toda la población, pero ese remedio sí está disponible sin costo para el Estado y la retención del mismo por parte del gobierno amenaza la vida y la salud de la población. Por tanto, parece estar plenamente justificada esa orden a la luz de los derechos constitucionales que tienen los afectados. Por el contrario, lo que resultaría difícil de justificar sería la decisión inversa en el caso TAC, con sus predecibles consecuencias.

⁵⁷ Para una revisión de jurisprudencia sobre el derecho a salud en sede de protección, ver Figueroa (2015).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguilar, Gonzalo (2012). *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno* (coordinador), Santiago, Editorial Librotecnia, primera edición.
- Bustos, Rodrigo (2014). *Derechos Sociales: exigibilidad y justicia constitucional*, Santiago, Editorial Librotecnia, primera edición.
- Christiansen, Eric (2007). “Adjudicating Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 38, pp. 321-385.
- Espejo, Nicolás (2009). *Manual sobre justiciabilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica*, Edición de Oxfam Chile, primera edición.
- Figueroa, Rodolfo (2009a). “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 36, Nº 2, pp. 313-342.
- Figueroa, Rodolfo (2009b). “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: discusión teórica”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 36, Nº 3, pp. 587-620.
- Figueroa, Rodolfo (2015). “El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección. Sobre los Derechos Sociales” (Squella, Agustín y Arriagada, Beatriz, editores), *Revista de Ciencias Sociales*, número especial, Valparaíso, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso, Edeval, pp. 657-693.
- Iles, Kevin (2004). *Limiting Socio-Economic Rights: Beyond The Internal Limitations Clauses*, South African Journal on Human Rights, Wits University, vol. 20, pp. 448-465.
- Kende, Mark (2003). “The South African Constitutional Court’s Embrace Of Socio-Economic Rights: A Comparative Perspective”, *Chapman Law Review*, vol. 6, pp. 137-160.
- Kende, Mark S. (2004). “The South African Constitutional Court’s Construction Of Socio-Economic Rights: A Response To Critics”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 19, pp. 617-630.
- Klug, Heinz (2002). “Five Years On: How Relevant Is The Constitution To The New South Africa?”, *Vermont Law Review*, vol. 26, pp. 803-819.
- Nogueira, Humberto (2010). *Dogmática y aplicación de los derechos sociales* (coordinador), Santiago, Editorial Librotecnia, primera edición.

Squella, Agustín y Arriagada, Beatriz (2015). “Sobre los Derechos Sociales”, *Revista de Ciencias Sociales*, número especial, Valparaíso, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso, Edeval.

Sunstein, Cass (2001). “Social And Economic Rights? Lessons From South Africa”, *John M. Olin Law And Economics Working Paper*, N° 124, The Law School, University of Chicago.

Jurisprudencia citada

Chile:

Sepúlveda con subdirector del Hospital Barros Luco-Trudeau (1987), Corte Suprema, del 28 de diciembre de 1987, Rol 11.694.

Sepúlveda con subdirector del Hospital Barros Luco-Trudeau (1987), Corte de Apelaciones de Santiago (sin fecha), Rol 41-87.

Rojas y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud (2001), Corte Suprema, 28 de agosto del 2001, Rol 3599-2001.

Sudáfrica:

Thiagraj Soobramoney versus Minister of health (Kwazulu-Natal) (1997), 27 de noviembre de 1997, CCT 32/97.

The government of the Republic South Africa, and others versus Irene Grootboom and others (2000), 4 de octubre del 2000, CCT 11/00.

Minister of health, and others versus treatment action campaign, and others (2002), 5 de julio del 2002, CCT 8/02.

DERECHOS SOCIALES Y LIBERTAD DE ELECCIÓN

SOCIAL RIGHTS AND FREEDOM OF CHOICE

SEBASTIÁN SOTO VELASCO¹

Resumen: En el presente artículo se revisa de manera crítica al discurso de los derechos sociales como relato político. Igualmente, se analiza la génesis de los derechos sociales, su conceptualización y las diferencias que pueden apreciarse entre los derechos positivos y los negativos. Se afirma una íntima vinculación entre libertad de elección y los derechos sociales y económicos.

Abstract: In this article we review critically the discourse of social rights as political narrative way. Similarly, the genesis of social rights, their conceptualization and differences can be seen between positive and negative rights is analyzed. An intimate link between freedom of choice and social and economic rights is affirmed.

Palabras clave: Derechos sociales y económicos. Visión política. Génesis y evolución. Libertad de elección y derechos sociales.

Key words: Social and economic rights. Political vision. Genesis and evolution. Freedom of choice and social rights.

¹ Profesor de Derecho UIC y Director del Área Constitucional de Libertad y Desarrollo. Máster en Derecho de la Universidad de Columbia y candidato a doctor en Derecho de la Universidad de Chile.

1. INTRODUCCIÓN

Las páginas que siguen buscan llamar la atención sobre dos aspectos que considero resultan problemáticos en el debate en torno a la temática de los derechos sociales (DES).

El primero critica la “colonización” que el lenguaje de los derechos está haciendo de la política. Como desarrollé en otra publicación, en el último tiempo, el discurso político se ha acercado, y confundido a veces, con el discurso de los DES. Juzgo negativamente este aproximamiento y, como se verá a continuación, reflexiono sobre los riesgos para el entendimiento de los derechos de tal tendencia.

El segundo tema intenta explicar la íntima unión que hay entre los derechos sociales y la libertad de elección, esto es, la capacidad que tienen las personas de elegir quién les presta los servicios asociados a la satisfacción de los derechos sociales. O dicho de una forma aplicada a la educación, que las personas y sus familias puedan elegir con cierta libertad si asistir a un colegio particular subvencionado laico o a uno religioso, si elegir un establecimiento municipal o uno privado, si optar por un establecimiento en su comuna o en otra comuna distante. Sostengo más adelante que hay una unión íntima entre los DES y la libertad de elección que debe ser considerada en la discusión.

De esta forma, el artículo se inicia con una crítica al uso del lenguaje de los derechos en el discurso político. Luego sigue con un capítulo en el que analizo los debates en torno a la estructura de los derechos sociales y las diferencias entre estos derechos y los tradicionalmente denominados como derechos individuales. Más adelante se analiza la vinculación entre los derechos sociales y la libre elección. Finalmente, el texto cierra con una breve conclusión.

Por último, una cuestión metodológica. Lo que viene es más bien un ensayo y no propiamente un documento que dialoga con todas las fuentes en la materia. Es, entonces, un esbozo de ideas todavía en proceso de reflexión.

2. LOS DERECHOS SOCIALES: ¿EL NUEVO DISCURSO POLÍTICO?

El relato político actual ha sido conquistado por el lenguaje de los derechos. De esa forma, es usual escuchar que una determinada decisión o política pública se funda en la protección de tal o cual derecho. No parece importar la viabilidad o la justicia de la respectiva decisión política. Lo relevante, nos dicen, es que hay un derecho que proteger y ello exige entonces llevar adelante una determinada política sin ninguna consideración.

El caso de la gratuidad de la educación superior es dramáticamente ejemplificador. Dado que se trata del derecho a la educación, su acceso tiene que ser universalmente gratuito. No están presentes argumentos de sentido común, como la escasez de recursos; no están presentes argumentos de justicia, como la irracionalidad de tratar a todos con la misma vara cuando se trata de distinguir por cuestiones como es la capacidad de pago. Dado que hay un derecho, se dice, su ejercicio no debe estar sometido a la lógica del mercado y, por lo mismo, debe ser gratuito. Lo mismo inspiró la reforma a la educación particular subvencionada y la eliminación del financiamiento compartido.

Transformar el relato político en un relato de derechos tiene riesgos. Uno de ellos lo ha desarrollado Mary Ann Glendon, Profesora de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Harvard. Uno de sus libros, *Right Talks. The Impoverishment of Political Discourse*, sostiene que “la prominencia de un cierto tipo de discurso sobre derechos en nuestras discusiones políticas es tanto un síntoma como un factor de desorden en nuestro cuerpo político”. Agrega que “el discurso de los derechos ha llegado a ser el principal lenguaje que usamos en lugares públicos para discutir densas cuestiones sobre el bien y el mal” y sostiene que este continuamente se muestra inadecuado².

² Glendon, Mary Ann (1991). *Right Talks. Impoverishment of Political Disclosure*, Free Press, p. X. “Los rasgos más distintivos de nuestro dialecto de derechos son los mismos que están en tensión con lo que requerimos para dar cuenta de forma razonable y coherente del tipo de sociedad en que vivimos y del tipo de política que estamos tratando de crear: su inclinación por lo absoluto, formulaciones extravagantes, su quasi-afasia respecto a la responsabilidad, su homenaje excesivo a la independencia individual y autosuficiencia, su habitual concentración en el individuo y en el Estado a expensas de los grupos intermedios o de la sociedad civil, y su insipidez sin complejos. Estos rasgos no solo hacen difícil escuchar al sentido común y a las intuiciones morales, también impiden el desarrollo de una suerte de discurso político racional apropiado a las necesidades de una república madura, compleja, liberal y pluralista”, p.14.

Y es que efectivamente pareciera que, en la política, la sola invocación de un derecho proscribe cualquier debate posterior. Pues, se dice, si se reclama un derecho –como quien posee una verdadera carta de triunfo– no hay más que discutir. Esta aproximación al debate político no puede sino empobrecerlo. Deja de estar presente el “sentido común y las intuiciones morales”, denuncia Glendon; se abandona, en definitiva, la deliberación –el discurso político racional, lo llama la autora– y se prefiere el discurso de los derechos.

Otro riesgo se vincula con las expectativas. Cuando se reclama tener un derecho, las limitaciones que se le pueden imponer a su ejercicio requieren de un escrutinio mucho más intenso que cuando se diseñan políticas y se toman decisiones en este ámbito. Así, si soy titular de la libertad de expresión o del derecho a la privacidad, solo son admisibles ciertas limitaciones al ejercicio de esos derechos en la medida que estas sean sólidamente fundadas. En ciertos casos podrá limitarse la libertad de expresión (“nadie tiene derecho a gritar falsamente ‘fuego’ en un teatro repleto de personas”, siguiendo la vieja máxima del juez Holmes) y en otros razonablemente podrán invadirse espacios típicamente considerados como parte de la vida privada. Pero la expectativa es que, salvo razones muy poderosas, el ejercicio del derecho debe ser satisfecho.

El debate político es, por definición, más ambiguo. La política construye realidad hacia el futuro; intenta abordar el momento actual, pero el foco de su atención es lo que viene más adelante. El político trabaja en el presente para que el futuro sea del modo como lo sueña. Por eso, el discurso político suele ser un relato centrado en la promesa de un cambio y de un progreso. Incluso, la política que mira al pasado como articulador de relatos (*“Make America Great Again”*) o que se levanta sobre otros elementos (una “raza elegida”), es también un discurso esencialmente de futuro. Y aunque el que haya futuro es una certeza, la forma en que este se concretará es solo una probabilidad que, en la expectativa de las personas, siempre tiene una cuota de incertidumbre, duda o incluso sospecha.

Si el relato político entonces, futurista por definición, se levanta sobre la duda, transformar ese relato político en uno de derechos es problemático. Si en el primer caso, el relato político, la expectativa de satisfacción es incierta, en el segundo caso, el reclamo por derechos, la expectativa de satisfacción no debiera ser incierta sino que debiera acercarse lo más posible a la certeza. O visto desde otra perspectiva, la persona tiene la expectativa

de que el relato de derechos entregue “cartas de triunfo” y no promesas ni aspiraciones, como lo hace el relato político.

Contribuye a exemplificar el punto el caso de Chile y la consagración constitucional de ciertos mandatos constitucionales. Como lo desarrollé en otra publicación³, el mandato constitucional de “educación primaria obligatoria” se incorporó a nuestra Constitución en 1925. Fue, ya entonces, interpretado por los operadores jurídicos como un “derecho” y, por lo mismo, con cierto grado de exigibilidad. Es cierto que, entonces, las formas de hacer efectivo el ejercicio de un derecho distaban de las existentes hoy. Pero, aun así, lo relevante es que, con total independencia de la consagración constitucional del mandato a la educación primaria o del derecho a la misma, la satisfacción del derecho siguió el camino de la política. Fueron necesarias profundas políticas públicas las que permitieron satisfacer el derecho a la educación primaria.

Lo mismo ocurrió con la obligatoriedad de la educación media y con la protección de la salud. Su inclusión en la Constitución no tuvo efecto en las decisiones políticas; y fueron estas las que permitieron lograr la satisfacción del derecho.

De esta forma, entonces, he querido explicitar de modo genérico el riesgo de transformar el discurso político en un discurso de derechos. Eso empobrece los derechos e, igualmente, pone el énfasis en los caminos incorrectos. La forma de satisfacer derechos, especialmente los derechos sociales, es principalmente por la vía de adecuadas políticas públicas y no por la vía de la retórica o las declaraciones.

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

3.1 Génesis⁴

La génesis de los derechos económicos y sociales se encuentra en la necesidad que tenían los Estados liberales de dar respuesta a los desafíos de

³ Soto, Sebastián (2014). “Derechos sociales y la eficacia de su constitucionalización: un análisis aplicado”, en García, José Francisco (coordinador), *¿Nueva Constitución o Reforma? Nuestra Propuesta: Evolución Constitucional*, Santiago, Ed. Thomson Reuters.

⁴ Esta sección está tomada principalmente de Sebastián Soto (2009), “Derecho a la salud e Isapres: una mirada a los derechos económicos y sociales y al rol de los jueces”, *XXXIX*

los procesos de industrialización y democratización que se desarrollaban en esos países. En palabras de Espejo, “los derechos sociales surgen como resolución política de problemas prácticos de dimensiones formidables –inseguridad y exclusión– y que de no ser abordados institucionalmente corrían el riesgo de explotar”⁵. De este modo, en las primeras décadas del siglo pasado, se inicia un proceso de incorporación de los DES a las Cartas Fundamentales de diversos países y en paralelo al reconocimiento de los mismos en numerosos instrumentos de derecho internacional. En Chile, es la Carta del 25 el que los incorpora por primera vez dando así inicio a un debate que perdura hasta hoy en relación a la naturaleza, exigibilidad y alcances de la incorporación de los DES a la Constitución⁶.

El debate en torno a los DES ha concentrado desde hace tiempo el esfuerzo de juristas y académicos. En nuestro país, y sin ánimo de ser exhaustivos, una postura reúne a aquellos críticos de los derechos sociales. De este modo, por ejemplo, José Ignacio Martínez señala que los derechos sociales reflejan programas o aspiraciones político-sociales elevadas a rango constitucional que exigen recursos económicos para satisfacerlas. Esto y otras razones lo llevan a afirmar que “estos preceptos envuelven claros mandatos al poder político (ejecutivo y legislativo), pero cuesta imaginar que de ellos se deriven derechos correlativos”⁷.

La postura opuesta congrega a aquellos que promueven desde variadas perspectivas la existencia, incorporación y exigibilidad de los DES. Abramovich y Courtis se hacen cargo de la distinción que suele invocarse entre derechos de primera y segunda generación, siendo los primeros los derechos civiles y políticos y los segundos los DES. Al respecto, señalan que “la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones a efectos de garantizar el goce y autonomía individual

Jornadas de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile.

⁵ Espejo Yaksic, Nicolás (2009). “Igualdad y Derechos Sociales”, *Derecho y Humanidades*, N° 15, p. 44.

⁶ Al respecto puede verse Ruiz-Tagle, Pablo, “El constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia”, en Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle, *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano* (2006), Santiago, LOM Ediciones, pp. 79 y ss. También Bertelsen, Raúl, “Tendencia en el Reconocimiento y Protección Constitucional de los Derechos en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 14, 1987.

⁷ Martínez, José Ignacio (2006). “Los Derechos Sociales”, en Antonio Carlos Pereira Menaut, *Teoría Constitucional*, Lexis Nexos, p. 304.

e impedir su afectación por otros particulares”. Desde esta perspectiva, concluyen, “las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales”⁸. A su turno, Prieto Sanchís avanza en reconocer que, no obstante tener los DES un evidente contenido prestacional, “gozan de un núcleo indisponible (en virtud del cual) al menos, algunas prestaciones representan auténticos derechos fundamentales, es decir, pretensiones subjetivas jurídicamente reconocibles con independencia de la mayoría política”⁹.

3.2 Diferencias. Cuestión previa

En todo este debate, hay diferencias importantes entre los que se han venido a llamar derechos de primera o segunda generación, derechos negativos o positivos, o derechos civiles y políticos y DES.

Como una cuestión previa, quiero intentar responder cuál es la adecuada forma de configurarlos. Creo que la mejor forma de expresar los conceptos es refiriéndose a derechos positivos y derechos negativos.

La distinción por generaciones es pedagógica, pero no llega a la esencia del problema. La distinción entre derechos individuales/civiles/políticos vs derecho sociales/económicos/culturales es más completa, pero tampoco presta soluciones a todos los casos. En cambio, considero que la distinción entre derechos positivos y derecho negativos es la que, conceptualmente, mejor contribuye a hacer la distinción que sirve a lo que viene.

Lo anterior porque refleja la que, a mi juicio, es la diferencia fundamental entre los derechos. Unos, los negativos, son derechos de no interferencia, de abstención; son aquellos que reservan un espacio de autonomía, un “coto vedado” diría Garzón Valdés. Los derechos positivos, en cambio, son derechos de prestación, que exigen actuar; hacer algo y no “dejar de hacerlo”.

⁸ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, pp. 23 y 24.

⁹ Prieto Sanchís, Luis (1995). “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 22, p. 50.

Cabe considerar que los derechos no son, a priori, derechos positivos o derechos negativos. Tienen facetas positivas y facetas negativas según cómo ha ido evolucionando el entendimiento del derecho.

Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la vida. Es este un derecho del primer constitucionalismo –o de primera generación podría decirse, a pesar que solo llegó a nuestra Constitución en 1980– que es típicamente un derecho individual y no un derecho social. Es, ante todo, un derecho negativo, pues protege a la persona de agresiones y exige, entonces, la abstención del agresor. Sin embargo, hay facetas del derecho a la vida que se comportan como derechos positivos y no como derechos negativos. Así, la obligación de financiar un remedio o un tratamiento que estaría protegido por el derecho a la vida, según se ha discutido, es típicamente un derecho positivo¹⁰.

Y un derecho social como sería el derecho a la educación también tiene facetas positivas y negativas. La positiva es la más clara: que un niño pueda acceder a un establecimiento educacional. Pero también el derecho a la educación contiene facetas negativas como, por ejemplo, la exigencia que un profesor se abstenga de enseñar contenidos inadecuados o que un establecimiento educacional se abstenga de sancionar a un alumno en ciertas circunstancias específicas. Ello también podría estar protegido por el derecho a la educación.

Así las cosas, cuando se utilice en las páginas que vienen el concepto de DES o derecho social estoy pensando en derechos positivos. Sigo usando, con todo, ambos términos, porque considero que sirve al debate, pues toma un concepto ya trabajado y ampliamente asimilado por la comunidad jurídica.

3.3 Diferencias: el objeto del derecho

La doctrina consigna diversas diferencias entre los DES y los derechos individuales.

Una que suele plantearse es aquella que analiza los costos de concreción de cada uno de los derechos. Sin embargo, como argumentó Holmes y Sunstein, no solo los DES tienen costos de satisfacción implícitos, sino que todos los derechos requieren, en alguna forma, una inversión pública¹¹.

¹⁰ Figueroa, Rodolfo (2008). “Concepto de derecho a la vida”, *Revista Ius et Praxis*, 14 (1).

¹¹ Al respecto ver Stephen Holmes y Cass Sunstein (1999), *The Cost of Rights*, Norton.

Pero el argumento de Holmes y Sunstein no salva todas las dudas, pues su planteamiento es más bien una cuestión de eficacia y no tanto un asunto que mire al objeto del derecho mismo. O dicho de otra forma, los autores afirman que todos los derechos son costosos porque todos los “remedios” lo son: policías, tribunales, etcétera. Sin embargo, el derecho a no ser torturado, por ejemplo, sigue siendo normativamente un derecho, no obstante no haya tribunal que sancione la tortura.

Entonces, ¿cuál es la diferencia entre los derechos negativos y los derechos positivos? Las diferencias, a mi juicio, pasan principalmente por su objeto, es decir, por dilucidar aquello que se encuentra protegido por el derecho y que reclama ser satisfecho. Y esto último –lo que el derecho reclama satisfacer– va íntimamente ligado en el caso de los DES a aspectos económicos y presupuestarios insoslayables. Mucho más que en el caso de los derechos negativos.

Dicho de otra forma: el modo como se concretan los derechos individuales y los sociales es diverso. Así para hacer exigible el derecho de propiedad se requiere de hechos concretos y determinados con límites conocidos. No pasa lo mismo cuando se quiere exigir el respeto del derecho a la salud, pues en este caso se requiere de acciones positivas cuyo límite no está predeterminado. De hecho, si hace cincuenta años el derecho a la salud implicaba condiciones mínimas de salubridad en la ciudad, hoy ese mismo derecho tiene una carga diferente que incluso llega a motivar el financiamiento de viajes al extranjero.

Diversos autores han reconocido esta diferencia sustancial. Aldunate ha expresado que “si un sistema judicial opera con pocos recursos financieros podrá ser, en los hechos, insatisfactorio, pero la demanda normativa que emana de la garantía del debido proceso permanece inalterada. En cambio, los derechos económicos, sociales y culturales involucran en la mayor parte de los casos una condicionalidad económica como parte estructural de su contenido normativo”¹². Peces Barba¹³ sostiene algo similar cuando dice que “lo que distingue a estos derechos (económico, sociales) de los anteriores (personalísimos, políticos, de seguridad jurídica y de sociedad comunicación y participación como los califica) es que son inseparables de

¹² Aldunate Lizana, Eduardo (2008). *Derechos Fundamentales*, Legal Publishing, p. 58.

¹³ Peces Barba, Gregorio (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, p. 459.

dimensiones económicas de escasez que los condicionan y que incluso los pueden hacer desaparecer”. Y lo mismo se aprecia en Carbonell: “La teoría constitucional tiene, en este punto, la tarea de pensar vías idóneas de exigencia de los derechos sociales sin dejar de tener presente que conllevan efectos presupuestales importantes y que la realización completa de algunos de ellos (vivienda, educación, salud) quizá no pueda darse de forma completa en un plazo corto de tiempo, como es obvio”¹⁴.

Es por eso que otros autores han delimitado el alcance u objeto de los DES a los “mínimos vitales” a fin de generar una frontera clara, aunque dinámica, de aquello que garantiza el derecho. Ferrajoli, por ejemplo, sostiene que “si es cierto que la tutela de la vida es el objeto del derecho y la razón social de las instituciones políticas, entonces es la satisfacción a los mínimos vitales, y no solamente la garantía de la prohibición de matar, que debe entrar a formar parte de las cláusulas del pacto de convivencia”¹⁵.

No ocurre eso con los derechos negativos. El derecho de propiedad tiene un objeto más preciso y exige para evitar su vulneración la abstención del potencial agresor. Ello no obstante requiere de costos y medios económicos para hacerlo exigible. Pero para evitar que se me arrebate la propiedad sobre mi libro, es necesario como primera condición que la otra persona se abstenga de hacerlo. Lo mismo ocurre con el derecho a la vida o con el derecho de reunión. En todos ellos, para su satisfacción es necesario –aunque no suficiente si seguimos parcialmente a Holmes y Sunstein– la abstención de otros.

En cambio, como hemos visto, en los derechos positivos no ocurre tal cosa. Y no basta la abstención sino que requiere necesariamente una acción positiva.

Dada la diferencia en el objeto del derecho que distingue a los derechos positivos de los derechos negativos es que también debiera ser distinto el modo de enfrentarse a ellos. En términos globales, que no desarrollaré en estas páginas, puede adelantarse que i) la obligación de satisfacerlos vincula a todos en el caso de los derechos negativos y principalmente al Estado, en el caso de los derechos positivos, y ii) que el rol de los jueces es diverso

¹⁴ Carbonell, Miguel (2008). “Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: esbozo de algunos problemas”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, p. 59.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi (2015). “Derechos Sociales y Esfera Pública Mundial”, *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, p. 21.

en la satisfacción de los derechos positivos que en la de los negativos. En los primeros, su acción debe ser deferente a la decisión política mientras que en los segundos tal deferencia se reduce. El punto i) será analizado tangencialmente en el capítulo que sigue. El punto ii) lo desarrollé a propósito de otra publicación¹⁶.

Lo anterior solo ha querido ser un análisis general sobre la estructura de los DES y las diferencias que pueden encontrarse entre estos y los derechos individuales. A continuación, se analiza la íntima unión que debiera configurarse entre los DES y la libertad de elección.

4. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN Y LOS DES

4.1 ¿Es la libertad de elección condición de los DES?

La relación entre la libertad y la estructura de derechos fundamentales es intensa. Ello, ante todo, porque la estructura de diversos derechos está construida íntimamente sobre la libertad como ocurre con la libertad de expresión o la libertad de asociación. Pero también, porque otros derechos cuyo objeto principal no ha sido configurado sobre la base de la libertad, se fundamentan en la misma. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho a la privacidad o el derecho de propiedad que tienen por objeto la protección de ciertos espacios de autonomía justamente porque ello se alinea con la libertad del individuo.

Esto último también puede argumentarse respecto de los derechos sociales. El derecho a la educación, a la vivienda o a la salud, tiene un objeto estructural que se vincula de algún modo con la libertad del titular. Así no puede negarse que la satisfacción de tales requerimientos permite un ejercicio más libre de otros espacios de la personalidad.

Sin embargo, en lo que aquí interesa, creo necesario detenerse a analizar de qué forma el ejercicio de tales derechos puede ir asociado a otras expresiones de la libertad que potencian la satisfacción del derecho y que, al mismo tiempo, impiden que otros derechos vinculados se vean afectados. Se trata

¹⁶ He desarrollado esto último en Sebastián Soto Velasco (2008), “Fallo Isapres: una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces”, en *Sentencias Destacadas, Libertad y Desarrollo*.

de la libertad en la elección que detenta el titular del derecho al momento de buscar su satisfacción.

En muchos de los derechos “de primera generación”, la libertad de elección está asociada íntimamente con el ejercicio del propio derecho. El derecho de reunión supone la libertad de elegir si reunirse o no; lo mismo ocurre con la libertad de circulación o la libertad sindical. Incluso, un derecho como el debido proceso supone una cierta capacidad de elegir, aunque más reducida cuando se trata de quien no ejerció la acción. En efecto, uno puede decidir libremente no iniciar un litigio o no perseverar en él. E incluso en un litigio puedo también libremente optar por no presentar prueba o no comparecer en todas las instancias. En definitiva, asumiendo cada cual las consecuencias de su decisión, los derechos usualmente concebidos como individuales se construyen sobre la base de la libertad de elección al momento de su ejercicio.

La contracara sería impensable. Es decir, reconocer un derecho a expresarse pero sin incluir dentro del objeto que protege tal derecho la libertad de elegir el medio de expresión; o reconocer el derecho de asociación, pero sin proteger la libertad que cada cual tiene para decidir la asociación de la que quiere formar parte.

Sobre esta base, entonces, la pregunta que conviene hacerse es si cuando se habla de DES llegamos a la misma conclusión. Y si lo hacemos, cabe cuestionarse si es razonable que asociemos el ejercicio del derecho social con la libre elección, al modo como lo hacemos cuando hablamos de derechos individuales.

Cuando decimos que una persona es titular del derecho a la educación estamos diciendo, entre otras cosas, que hay un sujeto que tiene la obligación de garantizarle tal derecho. ¿Quién es tal sujeto obligado? Ante todo, el Estado que debe promover diversas políticas a fin de satisfacer los requerimientos de educación de la población poniendo atención especialmente en aquellos que, de lo contrario, carecen de toda oportunidad de satisfacer por sí mismos sus aspiraciones educacionales. Por eso es que, desde hace ya tiempo, el Estado ha asumido roles activos en la provisión de la educación, la salud, la vivienda, etcétera.

¿Están también obligados a satisfacer tales derechos las demás personas? Es evidente que el llamado a respetar el derecho es universal. Todos debemos respetar el derecho a la salud del otro y, por lo mismo, no causarle

enfermedades o daños. En otras palabras, estamos llamados a abstenernos ante este tipo de acciones.

Pero otra cosa distinta es si las personas están llamadas a satisfacer tal derecho o, dicho de otra forma, a asumir una acción para satisfacerlo. El derecho de acceso a la justicia, por ejemplo, no implica que un abogado esté obligado a satisfacer tal derecho sin ninguna otra consideración; no se traduce en que esté obligado a defender a todo aquel que se lo pide o perseverar en una defensa con la que discrepa. O el arrendador de una vivienda no está obligado a satisfacer el derecho a la vivienda de su arrendatario. Lo contrario sería injusto, pues las necesidades que requieren la “acción” de todos deben ser cubiertas por quien actúa como si representara a todos, y este es el Estado. Entonces, las necesidades de vivienda deben ser asumidas por el Estado y no exclusivamente por el arrendador.

¿Y qué significa que el Estado sea entonces el sujeto obligado? Aquí es donde entra la libertad de elección. La forma que tiene el Estado de satisfacer los DES puede variar. Pero en todas ellas debiera aspirar también a mantener un cierto espacio de libertad de las personas que buscan la satisfacción de ese derecho en las prestaciones que pone a su disposición el Estado. Si una persona tiene libertad de elección en el ejercicio de diversos derechos de los llamados individuales, ¿por qué no la debiera tener también al momento de buscar la satisfacción de un derecho social? ¿Por qué si puede elegir el medio a través del cual expresarse y ejercer su libertad de expresión, no podría hacer lo mismo al momento de elegir el médico con el cual atenderse o la vivienda a la que aspira?

Esta libertad de elección se traduce, como es evidente, en la posibilidad de acceder a una gama de alternativas diversas por las que puede optar para satisfacer su derecho. Y ello tiene, como primer efecto, la proscripción de la provisión exclusivamente estatal. Es decir, el Estado no puede monopolizar la prestación de ciertos servicios que se asocian a derechos sociales. Debe, por el contrario, promover una amplia oferta de servicios que permitan que las personas ejerzan su libertad de elección al momento de acceder a la educación, a la salud o a la vivienda.

Lo dicho es también un requerimiento en línea con la proporcionalidad. Si lo que se quiere es satisfacer un derecho, el camino a elegir debe ser aquel que afecte lo menos posible otros derechos que están en juego. O dicho de otra forma, que sea adecuado para alcanzar el objetivo esperado sin sacrificar con ello otros derechos en juego. Así las cosas, para satisfacer

el derecho a la educación, no puedo vulnerar otros derechos asociados como serían la libertad de cátedra, la libertad de enseñanza, la libertad de conciencia, etcétera.

Visto así, la libertad de elección podría concebirse como un mandato desde la perspectiva de los derechos. No es justo imponer a las personas que ejercen un derecho social un solo sistema de educación, una sola forma de acceso a la salud o un mecanismo único de satisfacción de la vivienda. Deben, por el contrario, existir diversos proyectos educativos, diversas formas de satisfacer los requerimientos de salud y diversos mecanismos de acceso a la vivienda.

Es eso lo que logran, en abstracto, los sistemas de subsidio a la demanda como la subvención escolar o la libre elección en el sistema de salud chileno. La familia y el estudiante titular del derecho pueden elegir entre diversas alternativas cuya creación ha sido promovida por la política pública. Ellas pueden ser estatales o privadas, religiosas o laicas, con ciertos énfasis de enseñanza o modelos de aprendizaje. Es en ese ejercicio de la libertad de elección donde no solo se cumple la satisfacción de un derecho, como es el de educación, sino que este se complementa con la libertad en la elección.

Todo ello no significa que la libertad de elección sea igualitaria. Efectivamente unos tienen más opciones de elección que otros, pues pueden acceder, por la vía del pago, a diversos servicios. Esta desigualdad, con todo, no invalida el argumento. Sigue siendo valioso que aunque algunos tengan muchas más posibilidades de elegir, los que tengan menos posibilidades puedan seguir eligiendo dentro de ese marco más acotado. Lo que ello debe promover es aumentar el ámbito de elección posible de estos últimos y no, como se ha argumentado desde posturas igualitaristas, limitar las opciones de todos.

4.2 Una crítica a la libertad de elección: el otro modelo

Lo dicho no es aceptado por todos. Es decir, que sea razonable y justo proteger la libertad de elección al momento de ejercer derechos comúnmente asociados a DES. Quienes lo han reflejado de modo más claro son los autores del libro *El otro modelo*. Ahí pueden leerse diversos planteamientos que han servido de base a propuestas que hoy se debaten en la opinión pública¹⁷.

¹⁷ Un contrapunto con el libro *El otro modelo* en Axel Kaiser (2015). *La tiranía de la igualdad*, Santiago, Ediciones El Mercurio.

En lo que interesa a estas páginas, el libro deja ver una crítica profunda a la libertad de elección. Ello porque todo aquello que implica libertad de elegir en ámbitos vinculados con DES, nos dicen, se asemeja a una privatización.

Tal vez donde el ejemplo queda más claro es en el análisis que se hace del voto voluntario o, lo que es lo mismo, del voto libre. Los autores señalan que la dinámica del debate que permitió el tránsito desde el voto obligatorio al voto libre refleja el “neoliberalismo” que sería tan propio de Chile. Y agregan luego que se trataría de un perfecto ejemplo de privatización de la política: “votar ahora es un acto privado”, concluyen¹⁸.

Lo que parecieran estar diciendo los autores es que, dado que ahora la propia persona puede ejercer libremente su derecho a participar de un acto eleccionario o dejar de hacerlo, el voto ha sido afectado por el influjo neoliberal. O dicho de otra forma, dado que la propia persona puede decidir si involucrarse en el acto electoral o interactuar con la cosa pública de formas distintas (incluso decidiendo no interactuar), el voto es un acto privado. Es decir, igualan el ejercicio de la libertad con la privatización; elegir, con lo privado.

Esta visión es particularmente clara al momento de redirigir su discurso a los derechos sociales. “La esfera de lo público, nos dicen, de la ciudadanía, es la esfera de los derechos sociales. Que algo sea considerado un derecho social significa precisamente que no es públicamente aceptable que su provisión quede entregada al mercado y su criterio de distribución”.

Los autores definen el mercado “como un contexto institucional de intercambio voluntario” y “como un espacio de libertad” que, con todo, “es un espacio marcado típicamente por la indiferencia entre los agentes”¹⁹. Esa indiferencia es la que debe llevar a desterrarlo de ciertos asuntos relevantes –del espacio de “lo público” le llaman los autores–. En otras palabras, en el espacio de lo público, no es deseable este intercambio voluntario y estos espacios de libertad deben ser constreñidos porque cargan con una insopportable indiferencia. Ello lleva a concluir lo siguiente:

En la comprensión de lo público como derechos sociales, las cuestiones son considerablemente distintas. Aquí se trata de que hay algunas esferas

¹⁸ Atria, Fernando; Larraín, Guillermo; Benavente, José Miguel; Couso, Javier; Joignant, Alfredo (2013). *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Random House, p. 49.

¹⁹ Ídem, pp. 173-174.

del bienestar de una persona que son responsabilidad de todos, y a las que cada ciudadano tiene derecho. Como el ciudadano tiene derecho, eso implica que el mercado (como criterio de distribución) debe ser limitado y eventualmente excluido, porque lo que caracteriza al mercado como criterio de distribución es que el hecho de que cada uno obtenga lo que quiere en el mercado es un problema privado de él, mientras que el hecho de que una persona reciba aquello a lo que tiene derecho es un problema público, de todos. Por consiguiente, la provisión debe ser una que tenga la pretensión de ser igual para todos, en la medida en que todos son ciudadanos, porque todos tienen el mismo derecho. Esto implica un criterio universalista: el Estado provee a todos²⁰.

Esta concepción no solo se construye sobre una concepción igualitarista de los DES en la que la única forma de satisfacer el derecho es por la vía de la provisión estatal de los servicios vinculados a ellos. Es cierto que los propios autores dicen sostener como una tesis “central” que es “en principio posible organizar la provisión de prestaciones correlativas a ellos (DES) mediante la intervención de agentes privados, siempre que estos operen sujetos a lo que se llamará más abajo un ‘régimen de lo público’”²¹. Pero, la única forma de interpretar consistentemente esta participación privada es por la vía de transformar a la persona que provee educación o salud en un mero mandatario de las órdenes de la burocracia estatal, sin autonomía ni espacio alguno para ejercer la libertad.

Pero no solo se trata de una visión radical por su igualitarismo. También porque no concede valor alguno a la libertad de elección, llegando simplemente a eliminarla. En efecto, y como contracara de lo dicho más arriba, al haber una provisión exclusivamente estatal (el Estado provee a todos), no hay verdaderamente donde elegir. De hecho, los propios autores lo reconocen cuando aseguran que la provisión únicamente estatal es “compatible con los derechos de los ciudadanos”²². Es decir, no habría vulneración alguna de derechos si es que solo el Estado proveyera aquello que tiende a asociarse con los DES.

Y si hay algo de provisión privada, como los autores del libro dicen aceptar, tampoco habría tal libertad de elección en el régimen que proponen pues, en

²⁰ Ídem, pp. 180-181.

²¹ Ídem, p. 180. Uno de los autores de *El otro modelo*, Fernando Atria, ha profundizado mucho más en torno a su concepción de los derechos sociales en Fernando Atria (2014), *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*, Santiago, LOM Ediciones.

²² Ídem, p. 181.

términos simples, en tal régimen no hay real diferencia entre el mandante y el mandatario.

Pero la anulación de la libertad de elección tiene otras consecuencias. Y es que no se trata solo de anularla en el ejercicio de derechos sociales que son, permítanme el juego de palabras, de “primera generación”, esto es, los derechos sociales como serían la educación, la salud o la seguridad social. Probablemente, los autores sostendrían la misma tesis para otros derechos también sociales que han sido configurados como tales de modo más reciente como aquellos vinculados con el acceso a la cultura o a Internet. ¿Hay también en la provisión de estos últimos “derechos” una mirada radicalmente igualitaria? ¿Sigue siendo válido para estos casos aquello de que “el Estado provee a todos”? ¿Por qué en estas materias tal afirmación debiera ser rechazada –entre otras cosas por el recuerdo que evoca de los totalitarismos– y no pasa lo mismo cuando la libertad de elección se anula en la provisión de derechos sociales tales como la educación o la salud?

Possiblemente nadie postula hoy que en el acceso a la cultura el Estado debe proveer a todos. Es evidente que en la provisión de este bien debe haber una libertad de elección y que, de hecho, el Estado debe restringir lo más posible su participación para dejar que la creatividad de cada cual fluya y cope los espacios; todo esto, idealmente, lo más lejos de la mano de la burocracia estatal. Pero, si suponemos por un momento, que tanto la cultura como la educación se configuran como derechos –cuestión que no es extraña en el constitucionalismo actual–, ¿por qué en el caso de la cultura valoramos con mayor intensidad la libertad de elección que en el caso de la educación?

En definitiva, los autores de *El otro modelo* nos proponen un argumento que, partiendo con la educación, sigue lógicamente a la cultura y a toda la provisión de otros bienes que califiquemos en el futuro como DES. En este contexto argumentativo, no cabe la libertad de elección y es la provisión estatal la que predomina.

5. CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores, he desarrollado algunas ideas en torno a los DES que buscan motivar la reflexión en torno a un tema de creciente relevancia en nuestro debate constitucional.

En las primeras páginas, sostuve una aproximación crítica al discurso de los derechos sociales como relato político. Cuando el lenguaje de la política se transforma en un lenguaje de derechos, algo bastante común en nuestros días, este último es el que se empobrece. Y lo hace, entre otras formas, por la vía de debilitar el significado que tiene ser titular de un derecho. El relato político, ambiguo y aspiracional por definición, termina por erosionar el relato de los derechos, que “cartas de triunfo” y “cotos vedados”.

Posteriormente, analicé someramente la génesis de los derechos sociales, su conceptualización y las diferencias que pueden apreciarse entre los derechos positivos y los negativos. Con esto en mente, en la última parte del texto, argumenté que hay una íntima vinculación entre libertad de elección y los DES. Dado que no resulta coherente sostener una preeminencia estatal en la satisfacción de los DES, según se ha dicho, toda lectura de estos debe ir unida al ejercicio de la libertad para elegir que detenta también el titular del derecho. Las consecuencias de tal vinculación permiten argumentar a favor de políticas más próximas a los subsidios a la demanda. Sobre eso, con todo, profundizaré en otra oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta.
- Aldunate Lizana, Eduardo (2008). *Derechos Fundamentales*, Santiago, Legal Publishing.
- Atria, Fernando; Larraín, Guillermo; Benavente, José Miguel; Couso, Javier; Joignant, Alfredo (2013). *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Random House.
- Atria, Fernando (2014). *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*, LOM Ediciones.
- Bertelsen, Raúl (1987). “Tendencia en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, Nº 14.
- Carbonell, Miguel (2008). “Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: esbozo de algunos problemas”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, Nº 2.
- Cristi, Renato y Ruiz-Tagle, Pablo (2006). *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*, Santiago, LOM Ediciones.

- Espejo Yaksic, Nicolás (2009). “Igualdad y Derechos Sociales”, *Derecho y Humanidades*, N° 15.
- Ferrajoli, Luigi (2015). “Derechos Sociales y Esfera Pública Mundial”, *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*.
- Figueroa, Rodolfo (2008). “Concepto de derecho a la vida”, *Revista Ius et Praxis*, N° 14.
- Glendon, Mary Ann (1991). *Right Talks. Impoverishment of Political Disclosure*, Free Press.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass (1999). *The Cost of Rights*, Norton.
- Kaiser, Axel (2015). *La tiranía de la igualdad*, Santiago, Ediciones El Mercurio.
- Martínez, José Ignacio (2006). “Los Derechos Sociales”, en Antonio Carlos Pereira Menaut, *Teoría Constitucional*, Lexis Nexos.
- Peces Barba, Gregorio (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid.
- Prieto Sanchís, Luis (1995). “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 22.
- Soto Velasco, Sebastián (2008). “Fallo Isapres: una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces”, en *Sentencias Destacadas*, Libertad y Desarrollo.
- Soto, Sebastián (2009). “Derecho a la salud e Isapres: una mirada a los derechos económicos y sociales y al rol de los jueces”, *XXXIX Jornadas de Derecho Público*, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Soto, Sebastián (2014). “Derechos sociales y la eficacia de su constitucionalización: un análisis aplicado”, en José Francisco García (coordinador), *¿Nueva Constitución o Reforma? Nuestra Propuesta: Evolución Constitucional*, Santiago, Ed. Thomson Reuters.

CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA Y DERECHOS SOCIALES

GUARANTIST CONSTITUTIONALISM AND SOCIAL RIGHTS

CAROLINA MEZA PRAMBS¹
JOSÉ IGNACIO NÚÑEZ LEIVA²

Resumen: Realizaremos un ejercicio analítico que extraole las posiciones propuesta por el paradigma del Garantismo Jurídico –que ha devenido en el Constitucionalismo Garantista– hacia las cuestiones asociadas a la protección de los denominados derechos sociales, partiendo de la premisa de que en gran parte de los sistemas jurídicos latinoamericanos adolecen de una suficiente garantía judicial ordinaria.

Abstract: Will make an analyticalexercise that extrapolates the positions proposed by the paradigm of the Legal guarantee –which has become Constitutionalism Guarantor– to issues associated with the protection of so-called social rights, based on the premise that much of the legal systems Latin America suffer from ordinary judicial guarantee sufficient.

Palabras clave: Constitucionalismo Garantista. Protección de Derechos Sociales. Derecho Comparado.

Key words: Guarantor constitutionalism. Protection of Social Rights. Comparative law.

¹ Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado. Magíster © en Derecho por la Universidad de Chile. Profesora en las Facultades de Derecho de las Universidades Alberto Hurtado y Finis Terrae. E-mail: caromezapr@gmail.com

² Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay. Post Graduado en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Especialista en Constitucionalismo y Garantismo (2009) y Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales (2012). Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma de Estudios Avanzados y Doctor © en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. Investigador, Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae, Chile. E-mail: jinunez@uft.cl

*All of my life I've tried so hard
Doing my best with what I had
Nothing much happened all the same*
David Bowie, “Thursday’s Child” (*Hours*, 1999)

I. PRESENTACIÓN

La insularidad del Derecho es una fantasía. ¿Qué duda cabe? Los sistemas jurídicos revelan relaciones de poder y diferentes configuraciones del Contrato Social. En tal contexto, pocas discusiones resultan tan hipócritas e infructuosas como la que en algunos países se desarrolla en torno a la naturaleza jurídica de los denominados Derechos Sociales.

Infructuosas, porque discutir en abstracto sobre la “naturaleza” de una realidad contingente –como la consignación positiva de derechos que protegen bienes de índole social– constituye un sinsentido. Si los derechos fundamentales adquieren tal carácter producto de su inclusión en normas de la más alta jerarquía en los ordenamientos, su “naturaleza” dependerá de la configuración dispensada por el enunciado normativo que los contenga, no de supuestas entidades pre-jurídicas.

E hipócritas, ya que mientras (tal como sostuvimos en el párrafo anterior) en perspectiva positivista el debate en torno a la ontología de ciertos derechos es baladí, desde la óptica iusnaturalista (adoptada en serio) resulta difícil sostener que los bienes resguardados por la polisémica categoría denominada Derechos Sociales no responde a propios de la dignidad humana.

En un contexto como el descrito, las consecuencias de empleo irreflexivo de paradigmas suelen ser un tema preterido. No es una cuestión difícil de observar la defensa de formas de activismo judicial basadas en la necesidad de proteger bienes postergados por los sistemas jurídicos, olvidando los peligros que ello representa para la matriz del Estado de Derecho: el control del poder.

Por ello, en las páginas que siguen (y sin que ello implique una declaración de principios) realizaremos un ejercicio analítico que extrapole las posiciones propuestas por el paradigma del Garantismo Jurídico –que ha devenido en el Constitucionalismo Garantista– hacia las cuestiones asociadas a la

protección de los denominados derechos sociales, partiendo de la premisa de que en gran parte de los sistemas jurídicos latinoamericanos adolecen de una suficiente garantía judicial ordinaria.

II. GENERALIDADES SOBRE EL GARANTISMO JURÍDICO

Como bien afirma Santiago Sastre, el término garantía es quizás uno de los más empleados por el lenguaje jurídico. En un sentido amplio, y distinguiéndolo debidamente de los objetos protegidos, podemos entender que con el concepto garantía se alude a los instrumentos o medios mediante los cuales el Derecho protege y tutela un bien o valor³ o más específicamente a las técnicas de tutela de los Derechos Fundamentales.

Con el concepto Garantismo, por su parte, según la distinción efectuada por Ferrajoli en su conocida (máxima) ópera prima *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, se puede aludir a tres nociones distintas, pero vinculadas entre sí.

En primer lugar a un modelo normativo de Derecho, constituido por un sistema de poder mínimo dotado de técnicas de tutela capaces de minimizar la violencia y maximizar la libertad y que en el ámbito jurídico genera un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado, apreciable no por su presencia absoluta sino por el grado en que se satisfacen los fines mencionados. En el ámbito constitucional –por ejemplo– se dirá que un sistema es más o menos garantista en tanto cuente con mecanismos de invalidación y reparación idóneos para asegurar la efectividad de los derechos normativamente proclamados.

En segundo lugar designa a una teoría crítica del Derecho, cuya misión consiste en denunciar la existencia de divergencias empíricas entre el ser y el deber ser de los ordenamientos jurídicos complejos a raíz de los contrastes existentes entre sus modelos y sus prácticas concretas.

Y en tercer lugar alude a una filosofía del Derecho –motivada por la desconfianza en el poder⁴– en virtud de la cual se endosa al Derecho y al

³ Sastre Ariza, Santiago (2000). “Derecho y Garantías”, *Revista Jueces para la democracia*, p. 3.

⁴ Ferrajoli, Luigi (2008). *Democracia y Garantismo*, p. 62.

Estado el deber de justificación externa conforme a los bienes e intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente su finalidad.

Estos tres significados delinean la teoría general del garantismo como proyecto que constituye la otra cara del constitucionalismo, pues este último establece imperativos sustanciales al derecho positivo mediante la positivación constitucional del *deber ser*⁵. El garantismo no encontrará un espacio de desarrollo tan propicio bajo los paradigmas opuestos al Estado constitucional, y el constitucionalismo precisa del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de las exigencias de los Derechos Fundamentales, pues ambos comparten el reconocimiento de la existencia de un Derecho superior metalegal, que reside en las constituciones, la visión sustancial de la democracia y la idea de evaluar la validez de las normas infraconstitucionales según criterios formales y materiales.

El aporte que el garantismo hace al constitucionalismo contemporáneo y a los neoconstitucionalismos –en definitiva al Estado– consiste en la actitud que promueve en la ciencia jurídica: defiende una concepción del Estado como instrumento al servicio de la protección de los Derechos y del cientista jurídico no como mero observador acrítico de aquello que ocurre en los distintos estratos jurídicos, sino como sagaz perseguidor de los desajustes entre el deber ser y el ser del Derecho, entre el horizonte de valores propuesto por la Constitución y el comportamiento de los operadores jurídicos, empezando por el legislador que con frecuencia frustra o desatiende dicho horizonte. Empero, el garantismo no se satisface con la mera denuncia sino que requiere además la búsqueda de soluciones mediante el empleo de las garantías actualmente disponibles en el propio ordenamiento jurídico.

Lo anterior arranca desde lo que Ferrajoli denomina (en numerosas obras) la aporía de la irreductible ilegitimidad jurídica de los poderes públicos –idea que suprime definitivamente, al menos en el plano de la teoría constitucional, la noción de soberanía como categoría infalible–, la cual se distingue mediante la constatación de la incorporación de deberes públicos en el derecho positivo, mediante la constitucionalización de los derechos fundamentales.

⁵ Ferrajoli (2006). *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, p. 16.

III. COORDENADAS DEL GARANTISMO JURÍDICO (O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA)

En la actualidad, cuando se habla de “Constitucionalismo”, se suelen emplear al menos dos sentidos diversos para conceptualizarlo. Por un lado, se le aprecia como una eventual superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista. Esto corresponde a lo que se conoce como Neoconstitucionalismo y agrupa ese conjunto de propuestas que circulan en torno a la materialización principalista de las Constituciones. Pero, desde otra perspectiva, existe una concepción, militanteamente positivista, que se ha dado en llamar Garantismo, o recientemente Constitucionalismo Garantista, y que aspira a ser un reforzamiento del que Ferrajoli denomina *paleopositivismo* al positivizar no solo el “ser” sino también el “deber ser” del Derecho infraconstitucional, en el contexto de las democracias constitucionales⁶.

Las ideas que siguen tienen como propósito enumerar las principales tesis de esta última propuesta y en base a las ideas de uno de sus estandartes: el ya citado Luigi Ferrajoli.

Si comparamos el constitucionalismo garantista con el neoconstitucionalismo, podremos notar que ambos paradigmas buscan generar cambios en la concepción del sistema jurídico, y hallaremos una serie de aspectos en que convergen. Sin embargo, dejando atrás el estatus de la cuestión e identificando estos aspectos comunes, podemos apreciar que si bien ambos coinciden en su propuesta teórica, particularmente en el reporte de la estratificación de los ordenamientos jurídicos, además de la incorporación de elementos sustantivos y no solo procedimentales para definir la validez de las normas subconstitucionales, ambos presentan notorias diferencias de carácter metodológico, principalmente a la hora de tomar partido frente a la antigua interrogante referida a existencia e intensidad de la conexión entre Derecho y Moral.

⁶ Ferrajoli, Luigi (2011). “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *Cuaderno de Filosofía del Derecho*, Doxa p. 24

1. Bases del Constitucionalismo Garantista

Para referirnos a las bases del Constitucionalismo Garantista, es útil emplear la tripartición propuesta por Bobbio en el siglo pasado para el positivismo en cuanto doctrina totalizante, esto es en teórico, metodológico e ideológico, aunque en este trabajo no nos referiremos a esta eventual última faceta del objeto de estudio.

Desde la perspectiva teórica, el Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli presenta rasgos comunes con el neoconstitucionalismo. Es así como ambos destacan la figura de una Constitución rematerializada, donde la Constitución no es solo norma jurídica suprema sino que también establece límites y vínculos sustantivos a la producción normativa⁷.

Todo esto va acompañado del empeño por resaltar la presencia de órganos de garantía de la supremacía constitucional identificados con lo que se ha dado en llamar justicia constitucional.

Con todo, las divergencias aparecen al momento de dimensionar y caracterizar la presencia de elementos sustantivos en las Constituciones. A diferencia del Neoconstitucionalismo, el Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli se manifiesta escéptico en torno a la existencia de una diferencia estructural entre reglas y principios y al empleo de la ponderación. En su concepto, la presencia de elementos sustantivos en las constituciones no ha implicado necesariamente una transformación estructural de las normas y tampoco permite justificar el empleo de mecanismos diferentes a la subsunción que, a su juicio, confieren espacios para la discrecionalidad judicial, cuestión que debe ser combatida en toda concepción seria del Estado de Derecho.

2. Derecho y Moral en el Constitucionalismo Garantista

La tesis metodológica del Constitucionalismo Garantista revitaliza la idea de separación absoluta entre el Derecho y la Moral, entre validez y justicia, es decir, una separación completa entre “el ser” y el “deber ser”

⁷ Prieto, Luis (2011). “Ferrajoli y el Neoconstitucionalismo Principalista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, p. 231

del Derecho⁸. Lo que hace en particular esta tesis es promover un modelo de derecho garantista y generar una teoría del Derecho analítica y crítica de la legitimación de las instituciones jurídicas positivas, “proyectada en el enjuiciamiento interno o jurídico del derecho, la tesis metodológica del garantismo, consiste en una aproximación teórica al derecho que mantiene separados el ser y el deber ser en el derecho y promueve un nuevo modelo de juez y de jurista (el modelo de juez y de jurista del garantismo), así como un modelo de política (el modelo garantista de la política)”⁹.

En ese sentido, Ferrajoli hace un análisis respecto del rol que tiene en un ordenamiento jurídico el jurista al separar el ser del deber ser del Derecho, lo que no implica separar el ser y el deber ser de las normas infraconstitucionales, pues esto último está en la base de la rematerialización constitucional y de su concepto de democracia sustancial.

Expresado de otra manera, el catedrático de Roma rescata la tesis más propia del positivismo metodológico: la de las fuentes sociales, y le introduce una corrección que le permitiría pervivir en el contexto de los ordenamientos constitucionalizados. En tal sentido, la distinción entre ser y deber ser emanada de la moral no puede ser tomada en cuenta al momento de identificar qué normas integran el sistema jurídico.

Empero, respecto de las normas infraconstitucionales, la dicotomía ser/ deber ser es el fundamento para distinguir entre las normas constitucionales e inconstitucionales, precisamente en contraste con los contenidos sustantivos incorporados en las constituciones y la base para complementar la tradicional preocupación positivista por la vigencia de las normas subconstitucionales con la atención a su validez.

En palabras del propio Ferrajoli esto constituye “una garantía frente al legislador”¹⁰. De modo que las normas no serán válidas únicamente porque fueron dictadas por el órgano competente o por procedimiento de producción, sino que también en razón de su contenido, el cual debe estar prescrito por ciertos valores¹¹. Esto es lo que configurará la esfera

⁸ Gascón, Marina (2005). “La teoría general del garantismo: rasgos principales” en Ferrajoli, Luigi, *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico*, Madrid, Editorial Trotta, p. 23.

⁹ Ibídem, p. 23.

¹⁰ Ibídem, p. 26.

¹¹ Prieto, Luis (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, p. 73.

de lo *indecidable*, mientras que si no manda lo que sí debería mandar, está penetrando la esfera de lo *indecidable que no*¹².

Por otra parte, como se adelantó, en este modelo la actuación judicial va a estar fuertemente regida por el principio de legalidad y por una teoría cognoscitivista de la interpretación. El juez debe ser garantía, por lo que lógicamente no podrá él actuar de manera arbitraria, sino que debe controlar el poder del Estado, por lo que no resulta admitido un gran ámbito de discreción, sino que más bien deberá utilizar métodos principalmente deductivos.

En ese sentido, entonces, se debe plantear una teoría cognoscitivista de interpretación por parte de los jueces y la relación entre el juez y la ley está determinada por los conceptos de validez y vigencia antes mencionados, de modo que “el juez puede aplicar válidamente las leyes vigentes, pero en virtud del concepto de validez, el juez tiene una obligación jurídica de aplicar las leyes inválidas”¹³. Es decir el juez, bajo el modelo del garantismo, no puede dejar de aplicar una ley por considerarla inválida, sino que tiene el deber de recurrir al órgano encargado del control de constitucionalidad, para que este se pronuncie sobre la validez de la norma. Por eso, en varias de sus obras, Ferrajoli se manifiesta escéptico de la aplicación directa de la Constitución, partidario de un control concentrado de constitucionalidad de las leyes y propone que los efectos de aquél sean meramente anulatorios, no constructivos o interpretativos, pues la tarea de generación de normas corresponde –a su juicio– a los órganos legislativos.

De este modo se sostiene que los principios sí se pueden aplicar por subsunción y no deben, por lo tanto, ser aplicados necesariamente vía ponderación, ya que esta deja un amplio margen de discreción al juez y eso es justamente lo que el garantismo busca evitar. Esta es una diferencia central con la propuesta neoconstitucionalista, ya que bajo la lógica de Ferrajoli es necesario limitar el rol de los jueces y evitar al máximo su discrecionalidad, cosa que ocurriría de aplicar la ponderación para la resolución de conflictos. A juicio del autor italiano, el neoconstitucionalismo ha dramatizado en exceso este principio, “inventando conflictos allí donde solo hay límites y lesionando con ello la propia normatividad y supremacía constitucional”¹⁴.

¹² Ibídem, p. 73.

¹³ Gascón, Marina (2005), op. cit., p. 29.

¹⁴ Prieto, Luis (2013), op. cit., p. 87.

De este modo lo que hace el neoconstitucionalismo es disfrazar de conflictos sujetos a ponderación para ser resueltos violaciones de derechos fundamentales que mucha veces lo que hacen es perjudicar la fuerza normativa de estos derechos.

Lo que el Constitucionalismo Garantista propone es asegurar menos derechos pero de manera más fuerte, de modo que existirían las inmunidades, los derechos facultades o derechos de libertad activa, los derechos autonomía, que serían en realidad poderes cuyo ejercicio produce efectos en la esfera jurídica de otros, los derechos sociales y finalmente la esfera de la libertad natural o mera libertad. Y que, en una tesis sin duda cuestionable, operarían en una especie de jerarquía.

Finalmente, lo que particularmente llama la atención respecto del Constitucionalismo Garantista es su escepticismo sobre las posibilidades de superarlas a través de la razón jurídica. Dado que los principios caerían en lo que Ferrajoli ha denominado *lo indecidible que no* en caso de existir una laguna, antinomia o ambigüedad, el juez debe únicamente denunciarla, sin tener la capacidad de llenarla, dado que de hacerlo se estaría infringiendo el principio de separación de funciones, y la lógica del garantismo es evitar todo tipo de abuso de poder y completar la laguna implicaría necesariamente el acto de producción normativa, y esa actividad solo corresponde al legislador y no al juez¹⁵.

IV. REFLEXIONES FINALES:

EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA FRENTE A LOS DERECHOS DÉBILMENTE PROTEGIDOS

El Constitucionalismo garantista, aunque sea un conjunto de postulados todavía incompleto y en edificación, es un genuino heredero de la filosofía de la Ilustración. Una doctrina con afanes totalizantes profundamente respetuosa de la separación de poderes y férrea defensora de la inexistencia de una conexión conceptual entre Derecho y Moral.

El perfeccionamiento del positivismo que propone resulta estimulante, pues sin dejar de reconocer el valor imponderable de ciertos bienes jurídicos

¹⁵ Prieto, Luis (2013), op. cit., p. 77.

—especialmente los vinculados a la igualdad o subsistencia, genéricamente protegidos por la vía de derechos sociales— no cede ante tentaciones que en el corto plazo prometen resolver las cuestiones vinculadas a la insuficiente protección de derechos, pero que mellan el Estado de Derecho y el Principio de Juridicidad.

En lugar de lo anterior, al proponer un modelo de comportamiento judicial controlador pero controlado, anulatorio y sin margen para la discrecionalidad, activo en la denuncia de divergencias empíricas entre el “deber ser constitucional” y el “ser” del ordenamiento jurídico pero no activista. Consciente de que en la autoatribución de facultades para proteger derechos (sociales) se afecta al Derecho. Así, ofrece una alternativa metodológica que concilia la necesidad de una protección progresiva de los derechos fundamentales con el imperativo de control del poder. Todo lo anterior, sin renunciar a la posibilidad de crítica moral externa al Derecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Carbonell, Miguel (2005). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (1998). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta.
- ____ (2004). “El derecho como sistema de garantías”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta.
- ____ (2006). *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Editorial Trotta.
- ____ (2007). “Sobre los derechos fundamentales”, en Miguel Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Madrid, Editorial Trotta.
- ____ (2008). *Democracia y Garantismo* (Miguel Carbonell, editor), Madrid, Editorial Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2009). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta.
- ____ (2011). “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *Cuaderno de Filosofía del Derecho*, Doxa, 34.
- Gascón, Marina (2005). “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta.

- Mora, Jesús (2004). *El garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli*, Huelva, Editorial Universidad de Huelva.
- Núñez, José Ignacio (2013). *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley ¿el constitucionalismo del derecho libre?*, México DF, Editorial Porrúa.
- Prieto Sanchís, Luis (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta.
- ____ (2007). *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara.
- ____ (2007). “El constitucionalismo de los derechos”, en Miguel Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Madrid, Editorial Trotta.
- ____ (2009). “La teoría del Derecho en Principia Iuris”, conferencia pronunciada en la IX Edición de los cursos de posgrado en Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, España. Inédito.
- ____ (2011). “Ferrajoli y el Neoconstitucionalismo Principalista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA, 34.
- ____ (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Editorial Trotta.
- Sastre Ariza, Santiago (2000). “Derecho y Garantías”, *Revista Jueces para la democracia*, Nº 38.

UNA MIRADA CRÍTICA A LA CREACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE LAS CORTES

A CRITICAL LOOK AT THE CREATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS THROUGH COURTS

RODRIGO BARCIA LEHMANN¹

Resumen: El presente trabajo deja en evidencia que la forma en que operan los derechos económicos y sociales afecta fuertemente al sistema de mercado, y que al respecto, antes de adoptar un cambio de paradigma, debemos tomar en consideración los costos que ello implica.

Abstract: This work shows clearly that the way that economic and social rights strongly affects the operating system market and that the matter before adopting a paradigm shift, we must take into account the costs involved.

Palabras clave: Derechos sociales y económicos. Análisis económico. Costos de los derechos.

Key words: Social and economic. Economic analysis. Costs of rights.

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, 1991; *MBA* Economía y Dirección Internacional de Empresas, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid, 1997; *European Master in Law and Economics*, Complutense und Hamburg Universität, 1998, y doctor en Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, 2002. Profesor de Derecho Civil Jornada Completa, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. Correo electrónico: rbarcia@uft.cl.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El presente artículo pretende analizar normativa y positivamente el sistema constitucional en torno a los derechos económicos y sociales. No se aborda lo que se entiende por estos derechos, a pesar que se comprende por ellos como los derechos que emanan del denominado Estado Europeo de Bienestar, es decir, de un sistema jurídico que garantiza a sus ciudadanos unos derechos ejecutables fundamentalmente contra el Estado, pero también contra otros ciudadanos, y que tienen además un claro sustento ético. Dicho sustento, naturalmente, se aleja totalmente de la lógica de mercado. Este trabajo pretende poner en tela de juicio estos derechos, entendidos como derechos fundamentales absolutos, y dejar en evidencia que la forma en que operan los derechos económicos y sociales afecta fuertemente al sistema de mercado, y que al respecto, antes de adoptar un cambio de paradigma, que nos arroje inevitablemente a un sistema jurídico basado en un Estado de Bienestar, debemos tomar en consideración los costos que ello implica. Lo que estamos analizando, desde otra perspectiva, es la relación entre el Derecho Privado y Público, pero desde una mirada específica. Creemos que esta relación –si consideramos al Derecho Privado como un Derecho Maximizador de recursos y al Derecho Público como un mecanismo ocupado de la distribución– puede verse desde los siguientes ángulos: la igualdad entendida en sentido material (tesis socialistas); la igualdad como igualdad ante la ley (liberalismo clásico) e igualdad de oportunidades (tesis liberal/igualitaria) o la igualdad como un Derecho de mínimos (tesis neo-liberal). El presente trabajo estima la igualdad como un sistema centrado en la igualdad de oportunidades.

II. ECONOMÍA Y DERECHO

Si bien la tensión entre crecimiento económico e igualdad se soluciona de diversas formas, podemos señalar que las tesis más razonables son las que propagan un sistema social de mercado o un sistema de mercado corregido. De una forma bastante general se puede señalar que se han adoptado sistemas de igualdad material (como en la ex-Repúblicas Soviéticas), que propende a una igualdad entre los ciudadanos en el cual los individuos son patrimonialmente iguales y nadie “posee un derecho a tener más que otro”; de igualdad ante la ley o de oportunidades, como en los sistemas liberales clásicos; y, finalmente, de exclusión de regulación estatal directa que

tienda a la igualdad, como sostienen las tesis neo-liberales más radicales (como podría ser la Escuela Austríaca de Economía). Estas últimas tesis van desde la que entiende que al Estado le corresponde resguardar las libertades negativas (propiedad y vida) y las que otorgan al Estado un rol regulador de un sistema distributivo, que debe ser de orden privado, y tiende a la igualdad de oportunidades. Tal vez, Hayek fue el que de mejor forma representó el fuerte escepticismo frente al rol distribuidor del Estado. Lo que propugnó el referido autor, conjuntamente con la que se ha denominado la Escuela Austríaca, es que la intervención del Estado en base a criterios de justicia distributiva, es peor que dejar que el mercado opere y que genere niveles altos de riqueza, y de desigualdad. A este respecto para Hayek, las políticas igualitarias que emanen del sistema privado, con un cierto grado de fomento regulatorio del Estado, serán mucho más eficientes, incluso en términos de igualdad, que la intervención estatal.

Los tres sistemas de igualdad planteados en la realidad, aun en los casos más extremos, no se dan como sistemas puros, y suelen convivir en las distintas sociedades. Así, todos estos sistemas conviven en la Unión Europea, como se evidencia de su extendido Estado de Bienestar, que convive con el mercado a través de lo que se ha denominado sistema social de mercado. La igualdad material se da en cierto grado en la salud, la educación e incluso en la producción, a través de la Política Agraria Común (PAC), pero este subsistema de igualdad material convive con un sistema de mercado². En los matices está la diferencia, si comparamos el Estado de Bienestar Europeo con nuestro propio sistema (el chileno), el cual no asegura si no mínimos a

² De acuerdo a un Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas “[e]n 1965, los pagos de la política agrícola común (PAC) absorbieron un 35,7% del presupuesto, porcentaje que pasó al 70,8% en 1985. Durante el primer año del marco financiero 1988-1992, los gastos de la PAC representaban aún un 60,7% del presupuesto.

En 2013, la parte correspondiente a los gastos tradicionales de la PAC (con exclusión de desarrollo rural) habrá disminuido casi la mitad (32%), a raíz de una reducción en términos reales que se producirá en el presente período de financiación”.

Comunicación de la Comisión sobre Reformar el Presupuesto, Cambiar Europa Consulta Pública sobre la Revisión del Presupuesto en 2008/2009, Bruselas, Nº 12.9.2007, SEC(2007) 1188 final en: http://ec.europa.eu/budget/reform2008/library/issue_paper/consultation_paper_es.pdf

La Política Agraria Común es un sistema anti-mercado a través de los cuales los países de la UE discriminan a los países más pobres, impidiéndoles comerciar con materias primas no estratégicas, es decir, productos agrícolas. A dicho efecto, la agricultura es regulada a través de un sistema público que ejecutan “comisarios” que determinan las cuotas de producción y el precio, pero ello no solo ha sido caótico para los países agricultores, sino que para los propios europeos que agobian a sus empresas con altos impuestos que luego malgastan en subsidios a la agricultura.

los ciudadanos y deja de forma parcial o total al juego del mercado áreas que tradicionalmente estaban entregadas al Estado como la salud, previsión social o educación, podemos apreciar las diferencias. Y de ellas se pueden obtener varias conclusiones.

Lo que nos interesa analizar en este artículo es la influencia del constitucionalismo en el Derecho Privado y poner en evidencia los problemas que nos puede acarrear el adoptar el denominado constitucionalismo europeo, en su vertiente *ius naturalista* (que da lugar al neo constitucionalismo).

Los derechos sociales, comprendidos como derechos subjetivos ejecutables respecto de los demás, suponen un reconocimiento al Estado que no es menor, que no se traduce en el tradicional derecho a la garantía estatal a “no ser molestado”. Los derechos subjetivos, desde una perspectiva civil, son derechos que son exigibles respecto de otros. Los derechos subjetivos privados se sustentan en las democracias liberales, y garantizan a los particulares la posibilidad de llegar a acuerdos ejecutables, en la medida que se cumpla con los mínimos que la legislación exige para dar lugar al nacimiento del derecho. Este fue el gran aporte del liberalismo clásico, que desbordó al absolutismo monárquico. Este es el sustento liberal del Derecho Público, pero aun desde la perspectiva de la economía se comienza a aceptar que el Derecho Público tiene un área propia de aplicación, que va más allá del establecimiento de las reglas que regulan el mercado o las relaciones entre particulares en torno a la generación de riqueza. Este desplazamiento del Derecho Privado por el Derecho Público se basa en parámetros de igualdad. El Derecho Público, desde la República de Weimar, comienza a imponer derechos basados en la igualdad material y la aplicación de estos derechos suponen una exclusión de las reglas de mercado; dicha igualdad material se basaría en consideraciones ético-superiores³. El desplazamiento

³ En economía, a estas consideraciones se les denomina como verdadero paternalismo y se las diferencia de las reglas de auto-paternalismo, que establecen criterios de inalienabilidad, aplicables en el Derecho Privado, basadas fundamentalmente en criterios de eficiencia. De este modo, por ejemplo, la regla del artículo 1796 del CC –que establece “[e]s nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad”– se basa en auto-paternalismo por cuanto supone que ex-post el cónyuge defraudado por su otro cónyuge que hubiese celebrado un contrato de compraventa –en el supuesto que el ordenamiento jurídico no hubiese prohibido contratar– habría deseado ex-post el establecimiento de la prohibición. En definitiva, de acuerdo al auto-paternalismo, el ordenamiento jurídico por la cercanía entre los contratantes no confía en que las partes tengan toda la información para contratar, por lo que simplemente se prohíbe el pacto. En cambio, el verdadero paternalismo está constituido por reglas éticas

del Derecho Privado también es reconocido por cultores del *AED*, como Melamed y Calabresi, quienes sostienen que existen ciertas decisiones que son de primer orden en consideración a las cuales el principio de eficiencia es dejado de lado⁴.

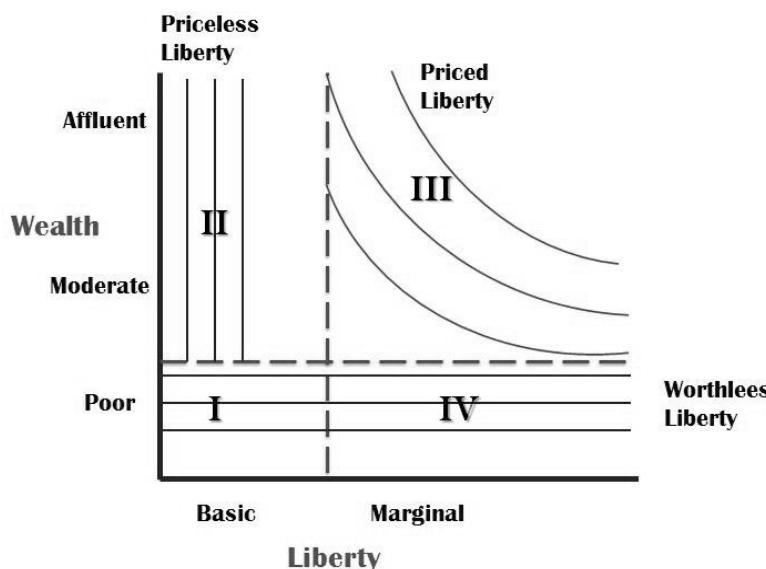
De lo señalado precedentemente, concluimos que el Derecho Público, con relación a los derechos subjetivos de orden patrimonial, tiene tres funciones diferentes. La primera, que podríamos denominar como liberal clásica o incluso neo-liberal, otorga a las reglas de Derecho Público la función de regular el ámbito dentro del cual se desarrollan los derechos subjetivos privados, de orden patrimonial, es decir, de fijar la regulación en la cual se desenvuelven los derechos; la segunda concede un rol subsidiario al Estado (principio de subsidiariedad), por el cual el Estado está llamado a proveer un grado razonable y democráticamente acordado de igualdad, tendiente a la igualdad de oportunidades y una tercera, en cambio, estructura estos derechos conforme a posiciones de igualdad material. En este sentido, cabe hablar de derechos fundamentales como derechos subjetivos ejecutables. La diferencia entre estas dos últimas posiciones es esencial por cuanto conforme a la segunda, aunque promueve un Estado interventor, el grado de intervención es menor, por cuanto se centra en la igualdad de oportunidades y en la focalización.

Políticamente se suele señalar que los autores que se inclinan por los derechos fundamentales como derechos ejecutables son de izquierda y los autores que se inclinan por negarles esta posibilidad son de derecha. Ello puede ser de esta forma, pero obviando autores que pueden ser de izquierda y que se inclinan por esta última vertiente, nos parece que la economía evidencia “los costos sociales” de entender que los derechos fundamentales son ejecutables por la Corte, o que pueden “desprenderse” derechos de normas supra-constitucionales, sin necesidad de recurrir directamente a la ley. En la literatura económica se ha destacado la tensión entre los derechos subjetivos, como derechos de actuación privada –que se denominan como “liberty”–, y los derechos fundamentales sociales, en un rango más o menos limitados, que son tratados como “wealth”. Estos últimos son, por ejemplo,

que se imponen a las partes, como las limitaciones a la libertad para testar que se establecen para proteger a la cónyuge sobreviviente y a los hijos, personalmente o representados.

⁴ Calabresi y Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, Nº 6, 1972, p. 1091; Calabresi y Melamed, “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral” (versión en castellano), *Estudios públicos*, Nº 63, Santiago, invierno de 1996, p. 349.

el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda para personas de escasos recursos, etcétera. Desde un prisma económico, el desarrollo de estos últimos derechos necesariamente supone la limitación de los primeros, y ello se debe a que estos se financian con impuestos y estos lo que hacen es disminuir los derechos privados de actuación (los economistas denominan a este fenómeno como pérdida social neta). No es que no haya que distribuir, ni recurrir a la equidad, como criterio de asignación de recursos, sino que ello simplemente tiene un costo que se puede reducir a una sola frase: el producto interno nacional crece menos.



Cuadro N° 1:

Cooter, Robert D. (2002). *The strategic constitution*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, p. 271.

III. LA IRRUPCIÓN DEL ESTADO DE BIENESTAR O LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE ORDEN SOCIAL, ENTENDIDOS COMO DERECHOS SUBJETIVOS EJECUTABLES

Las tesis restrictivas del Derecho Privado –que han dado origen a derechos públicos subjetivos– operan como una limitación a los derechos subjetivos privados. Esta forma de ver el Derecho ha dado lugar a lo que denominaremos constitucionalismo moderno y una de sus manifestaciones más relevantes ha sido la teoría de las esferas y el efecto irradiador de los derechos fundamentales. Estas tesis han dado origen a un constitucionalismo fuerte, que se desarrolla desde las alturas kellesianas de las supra-normas. La Corte, desde la perspectiva económica, como autores como Cooter han evidenciado, cuando limita el ejercicio de un derecho subjetivo patrimonial, lo que hace es crear un nuevo derecho subjetivo⁵. Así, el desarrollo de la igualdad material, desde un prisma económico, significa una evidente disminución de libertad económica, pero también de destrucción de trabajo. De este modo, si un país opta por una mejor salud pública, deberá cobrar más impuestos y, por ende, deberá optar por un menor crecimiento, y por un mayor desempleo. Por otra parte, este es parte del fenómeno de tensión que se origina entre el ámbito de aplicación de los derechos subjetivos patrimoniales de orden privado y los derechos de prestación propios del Derecho Público⁶.

⁵ Así, Ullen señala que la Corte cuando limita un derecho subjetivo por consideraciones constitucionales, suele crear otro derecho subjetivo. De este modo, el referido autor nos indica que "...increasing the scope of one right may require decreasing the scope of another right. The balancing of one right against another can be described as evaluating the opportunity cost of one right in terms of another right. A court that awards damages or balances competing rights places a value on them. A court that awards damages or balances competing rights places a value on them. Economics offers several different methods for valuing rights, which can clarify court practice. I will explain these methods in order of increasing complexity". Cooter, Robert D (2002). *The Strategic Constitution*, New Jersey, Princeton University Press, p. 246.

⁶ La creación de estos derechos públicos sociales ejecutables, se sustentan en la igualdad, y la afectación de derechos subjetivos de carácter patrimonial no es necesariamente directa, sino que también puede ser indirecta. Un típico caso de afectación de derechos patrimoniales a favor de derechos fundamentales es el juicio Lüth. El Tribunal Constitucional alemán, en este juicio, opta por el derecho a la libertad de expresión de Lüth –un conocido periodista judío, que luchaba contra el nazismo– en desmedro del derecho de Harlan –un productor de películas nazi, que por razones insospechadas se libró del juicio de Núremberg– a seguir distribuyendo sus películas. Así, dentro de la lógica del Derecho Privado, es inconcebible que se vea afectada la actividad de Harlan, que genera riqueza al distribuir sus películas; pero desde el prisma del Derecho Público se debe proteger y promover la actuación de Lüth, quien se opone a la comercialización de películas de un director que fomentó y avaló la violación

Los derechos fundamentales, conforme a tesis liberales igualitarias, se deben entender como mandatos constitucionales, pero no como derechos subjetivos ejecutables a lo menos *per se*. La concreción de estos derechos se entrega fundamentalmente al Poder Ejecutivo, es decir, son determinados de forma política, y excepcionalmente por los tribunales, ya sea por la Corte Suprema o por el Tribunal Constitucional, como derechos que se integran al sistema, sobre todo para evitar la arbitrariedad tanto en la definición del derecho como en su aplicación. Desde las tesis igualitarias se señala que estos derechos fundamentales son ejecutables y, por tanto, los tribunales simplemente deben acatar “el mandato constitucional”. A estas tesis se les puede criticar que el ejercicio de derechos fundamentales de actuación requiere de un Estado que pueda afrontar dichos gastos por lo que su ejecutabilidad debe depender del Ejecutivo, y la intervención de los tribunales es más bien artificial. Aún el derecho a la vida, como derecho de prestación, no es tratado de igual forma en un país desarrollado, que uno subdesarrollado. De este modo, en los países desarrollados casi no hay planes de alimentación para pobres por cuanto los pobres no existen, pero en los países en vías de desarrollo los planes de nutrición y alimentación no son tratados como derechos ejecutables contra el Estado por cuanto el Estado solo puede proveer de ellos en la medida que cuente con los recursos para dicho fin. Desde el prisma constitucional, ello se viene reconociendo, otorgándoles a los ciudadanos una posición jurídica más que un derecho ejecutable *per se* contra el Estado. Dentro de este sistema, los tratados internacionales, que establecen derechos fundamentales, son negociados entre los Estados, para el efecto de suscribir obligaciones y deberes que sean factibles de cumplirse, aspectos por los cuales debe velar el respectivo Poder Ejecutivo, sobre todo en la fase de negociación del tratado. El tratar a estos derechos como derechos subjetivos es un error por cuanto son derechos de prestación, que dependen del marco legal y dicho marco, como la realidad, determinará la responsabilidad del Estado frente a la privación o falta de asistencia en torno al derecho reconocido constitucionalmente⁷. Sabemos

de los derechos humanos. Este fenómeno también se puede dar entre derechos sociales. Así, la Corte Suprema americana debió resolver un caso por el cual *The Watchtower Bible and Tract Society of New York* recurrió contra la “*Village of Stratton (Ohio)*” por una decisión del ente local de criminalizar el que la Congregación recurrida pueda visitar las casas puerta a puerta difundiendo su religión, salvo que se obtenga la autorización de la “*Village*”. No es del caso referirnos a la solución que dio la Corte americana, sino que en este supuesto se debe optar entre dos derechos subjetivos públicos, por una parte, el derecho de los residentes a no ser molestados y, por la otra, el derecho a la libertad religiosa que comprendería la difusión de las creencias en las que se sustenta.

⁷ Arango destaca, entre estos derechos: el amparo a la pobreza o al mínimo vital. Estos “derechos” para Arango son ejecutables. Arango, Rodolfo (2005). *El concepto de derechos*

que este planteamiento a nivel constitucional, en Chile, es minoritario, pero las tesis que sostienen que los Tribunales Constitucionales pueden “reconocer” derechos fundamentales ejecutables, como derechos subjetivos, esconde una importación del Estado Europeo de Bienestar, que debe ser objeto de una discusión política y que, por lo demás, no es democráticamente aceptable por cuanto el desarrollo de los derechos fundamentales debe estar radicado en la ley y no en el poder judicial⁸. En otras palabras, la interpretación de la constitucionalidad debe hacerse cargo de las limitaciones de la realidad y que impone la economía. En este sentido, coincidimos con el juez del Tribunal Constitucional alemán, Böckenförde, cuando señala que de los derechos fundamentales sociales no es posible desprender una pretensión concreta de ejecución, por cuanto ello significaría una transgresión al principio de la división de poderes. Es el Ejecutivo el encargado de lograr el desarrollo de los derechos fundamentales sociales, respetando el principio de legalidad. El descubrimiento del contenido de los derechos fundamentales sociales, a través del TC, por lo tanto, se limita a los casos de divorcio entre las necesidades sociales y decisiones políticas en el marco del presupuesto y de la división de poderes. De este modo, el Tribunal Constitucional puede corregir la legislación, dentro de su marco regulatorio y del presupuesto, interpretando el contenido de un derecho fundamental social, y extendiéndolo de forma excepcional dentro del marco regulatorio y presupuestario. El tema más delicado es si es posible, mediante la ley, desconocer derechos fundamentales sociales, previamente reconocidos. Pero, algo diferente es que el Tribunal Constitucional pueda “reconocer” o realmente crear derechos constitucionales; ello es una vuelta al ius-naturalismo más fuerte que ha sido desechado aún por el máximo paradigma del Estado de Bienestar –es decir, al Tribunal Constitucional alemán⁹. Así lo entendió el Tribunal Constitucional alemán al determinar los alcances del § 1, de la GG, que establece: “[e]l pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de la comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”¹⁰.

sociales fundamentales, Bogotá, Legis), pp. 46-47.

⁸ En Chile, este tema es delicado por cuanto durante años se pudo atacar las denominadas “leyes de amarre”, que fueron heredadas de la dictadura militar de 1973, a través del simple expediente de aplicar los tratados internacionales, evitando que los derechos fundamentales se desarrollaran en el seno del Congreso. Tampoco podemos dejar de reconocer que el binominalismo no ha ayudado demasiado a llevar las discusiones relevantes al Congreso.

⁹ Arango, Rodolfo (2005), op.cit., p.152.

¹⁰ En igual sentido se resuelve la CS americana. Así, Alonso nos señala: “[e]l flirteo de C. J. MARSHALL con el derecho natural acabó, sin embargo, con este caso (*se refiere a Fletcher*

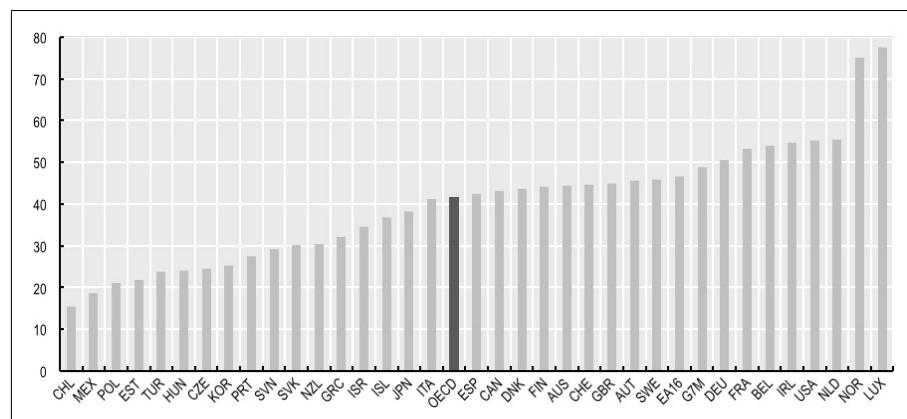
IV. JUSTIFICACIÓN DE LA TESIS LIBERAL IGUALITARIA

La literatura económica califica a las *liberties* como bienes públicos por cuanto, mediante ella, se garantiza la libertad o un derecho subjetivo público a todos los ciudadanos, independientemente de su valoración particular¹¹. La legislación –dentro de la lógica liberal clásica– se erige como una protección de los derechos individuales, y se manifiesta sobre todo impidiendo la afectación de asignaciones de derechos originarios por parte del propio legislador, exigiendo quórum especial. La creación de derechos fundamentales o su reconocimiento a través de los tribunales y básicamente de los Tribunales Constitucionales, afectan los derechos individuales limitándolos, desde el momento que restringen los derechos individuales de actuación de aumentos sistemáticos de las cargas tributarias o el endeudamiento del Estado. Y ello se traducirá en inflación e incluso en casos de mayor intervención del Estado en un colapso del sistema económico. Una inflación de derechos fundamentales de alto contenido patrimonial y ejecutables, obliga a los Ejecutivos a proveer de los fondos necesarios para cumplir con los nuevos derechos y esa forma de cumplimiento se traduce en mayor gasto fiscal y un aumento de la carga impositiva. De esta forma, no sería raro encontrarnos con que los países con un mayor PIB público son más igualitarios, en sentido material, y con que crezcan menos que otros países con menos reconocimiento de derechos sociales ejecutables y con contenido patrimonial. Los períodos elegidos a continuación reflejan resultados en períodos de cierta normalidad económica (elegí 2006-2009).

v. Beck) para, a partir de entonces, parar a apoyar la teoría de los derechos adquiridos en la *contractual clause* del artículo 1, sección 10, de la Constitución (base “textual”). Esta cláusula constitucional pasó a ser la gran canalización del derecho natural hasta la redacción de la enmienda número 14, llegando a fundamentar, pese a que modernamente se haya criticado, que fuera realmente el vehículo de canalización de todo el desarrollo industrial norteamericano hasta el *laissez faire*” (lo agregado entre paréntesis y cursiva es nuestro). Es más, de lo señalado por el autor en torno a la evolución de la jurisprudencia de la CS americana, se puede concluir que el constitucionalismo se levanta como un límite al poder del Estado en la jurisprudencia sobre el debido proceso, el poder de la policía, el poder tributario. En igual sentido, el referido autor señala que si bien el ius naturalismo ha tenido importancia en la jurisprudencia constitucional americana, es totalmente cierto lo indicado por ELY, quien, en 1978, sentenció rotundamente que “el concepto (*natural law*) ya no goza de respeto alguno entre los constitucionalistas”.

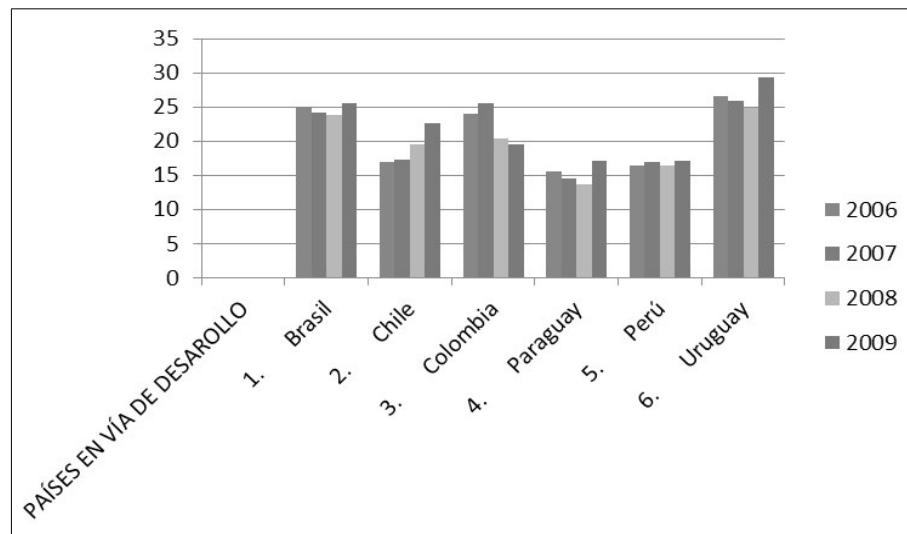
Alonso García, Enrique (1984). *La interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 255-270.

¹¹ Cooter, Robert D. (2002). *The Strategic Constitution*, New Jersey, Princeton University Press, p. 250.



Cuadro N° 1:

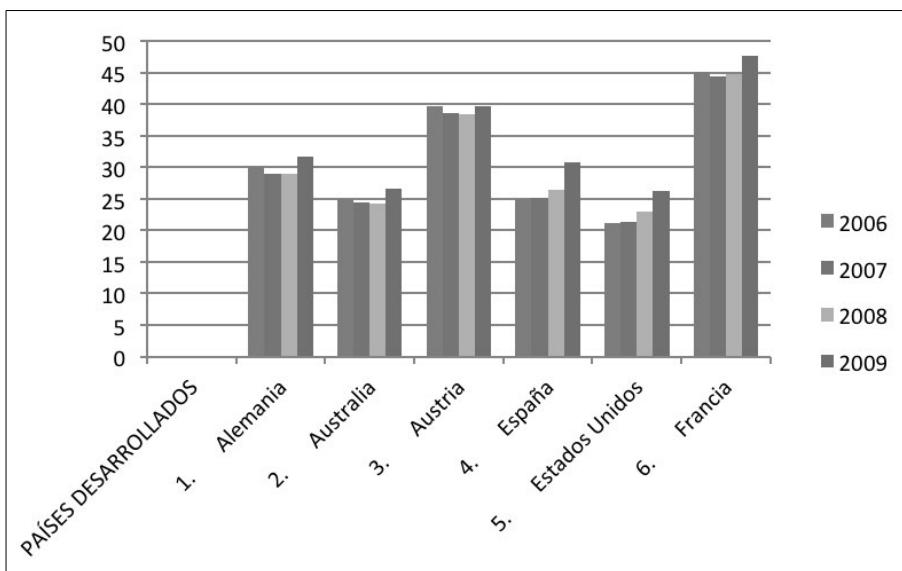
Ingreso per cápita [países OCDE] en: http://www.census.gov/compendia/statab/cats/income_expenditures_poverty_wealth.html



Cuadro N° 2:

Gasto fiscal de seis países en vías de desarrollo en porcentaje del PIB [elegidos al azar] en: <http://datos.bancomundial.org/indicador/GC.XPN.TOTL.GD.ZS>¹²

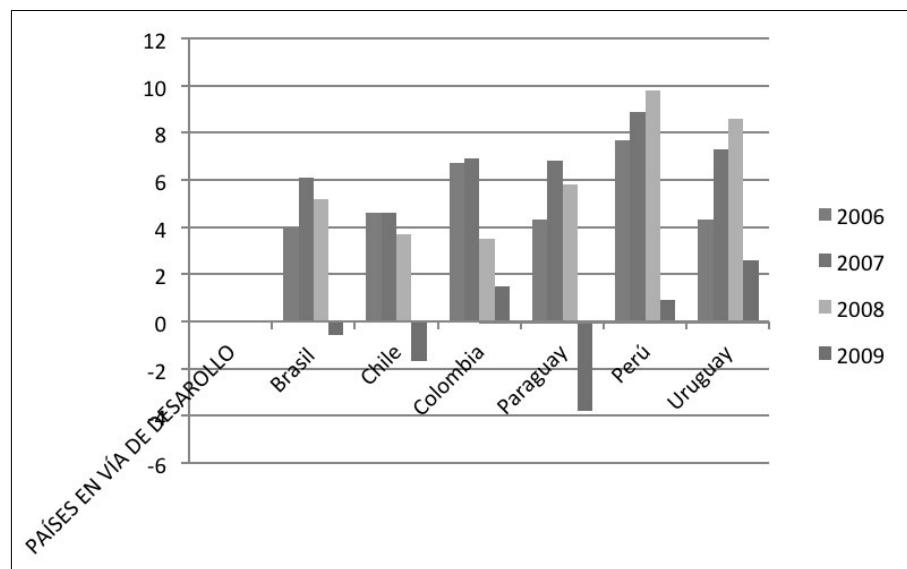
¹² De acuerdo al Banco Mundial, los gastos son los pagos de dinero por actividades operativas del Gobierno para la provisión de bienes y servicios. Incluye remuneración de empleados (como sueldos y salarios), interés y subsidios, donaciones, beneficios sociales y otros gastos como renta. En: <http://datos.bancomundial.org/indicador/GC.XPN.TOTL.GD.ZS>



Cuadro N° 3:

Gasto fiscal de seis países desarrollados en porcentaje del PIB [elegidos al azar] en: <http://datos.bancomundial.org/indicador/GC.XPN.TOTL.GD.ZS>¹³

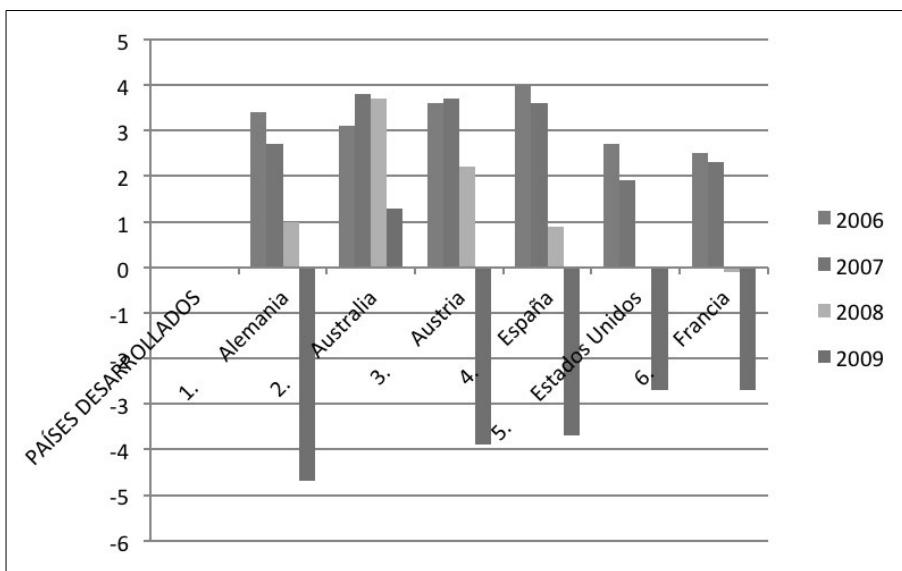
¹³ De acuerdo al Banco Mundial, los gastos son los pagos de dinero por actividades operativas del Gobierno para la provisión de bienes y servicios. Incluye remuneración de empleados (como sueldos y salarios), interés y subsidios, donaciones, beneficios sociales y otros gastos como renta. En: <http://datos.bancomundial.org/indicador/GC.XPN.TOTL.GD.ZS>



Cuadro N° 4:

Crecimiento de seis países en vías de desarrollo en porcentaje del PIB [elegidos al azar]¹⁴ en: <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG>

¹⁴ De acuerdo al Banco Mundial, la tabla de la cual se desprende este gráfico representa la tasa de crecimiento anual porcentual del PIB a precios de mercado en moneda local, a precios constantes. Los agregados están expresados en dólares de los Estados Unidos a precios constantes del año 2000. El PIB es la suma del valor agregado bruto de todos. En: <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG>



Cuadro N° 5:

Crecimiento de seis países desarrollados en porcentaje del PIB [elegidos al azar] en: <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG>¹⁵

Una primera aproximación a este planteamiento se ve ratificada por las cifras que, sin embargo, cuentan con bastante evidencia en la literatura económica.

Por otra parte, los tribunales constitucionales –que son los que tradicionalmente cumplen esta labor– se transforman en un supra-poder, por cuanto no solo imponen reformas legislativas, sino que en los hechos se transforman en co-legisladores, y ocupan el lugar que le corresponde al Poder Ejecutivo por cuanto imponen gastos a la administración, cumpliendo de esta forma un rol que clásicamente le corresponde al Gobierno.

¹⁵ De acuerdo al Banco Mundial, la tabla de la cual se desprende este gráfico representa la tasa de crecimiento anual porcentual del PIB a precios de mercado en moneda local, a precios constantes. Los agregados están expresados en dólares de los Estados Unidos a precios constantes del año 2000. El PIB es la suma del valor agregado bruto de todos. En: <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG>

V. FUNDAMENTOS DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL CONTRA MAYORITARIO

Los derechos fundamentales están íntimamente ligados a una noción inmanente del ser humano, que es contra mayoritaria. De este modo, desde una perspectiva histórica, a raíz de las atrocidades de la segunda guerra mundial y especialmente del nazismo y estalinismo, los derechos fundamentales juegan como derechos contra mayoritarios. No es de extrañar que, en Alemania, el efecto irradiador de los derechos fundamentales proviniera precisamente de un caso relacionado con el nazismo. La Corte de Hamburgo impide la difusión de propaganda de Lüth –presidente del Club de Prensa de Hamburgo y activista judío de derechos fundamentales contra las atrocidades del nazismo– contra Veit Harlan, un director de películas nazis, que buscaba promocionar uno de sus filmes. No es del caso analizar en detalle este caso¹⁶, pero en él se concluyen dos cosas: (a) Los derechos fundamentales tienen un efecto irradiador sobre el sistema privado, que afecta a los derechos subjetivos patrimoniales; (b) Este efecto se presenta como una tutela constitucional (tesis neopositivistas) sobre los derechos subjetivos privados o como una subsunción de la relación jurídica que, antes de ser siquiera un derecho subjetivo, debe

¹⁶ La sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el caso Lüth (BVerfGE 7, 198) resolvió que: “1. Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho. 2. En el derecho civil se desarrolla indirectamente el contenido legal de los derechos fundamentales a través de las disposiciones de derecho privado. Incluye ante todo disposiciones de carácter coercitivo, que son realizables de manera especial por los jueces mediante las cláusulas generales. 3. El juez civil puede violar con su sentencia derechos fundamentales (§90 BVerfGG), cuando desconoce los efectos de los derechos fundamentales en el derecho civil. El Tribunal Constitucional Federal examina las sentencias de los tribunales civiles solo por violaciones a los derechos fundamentales, pero no de manera general por errores de derecho. 4. Por disposiciones de derecho civil también pueden entenderse las “leyes generales” en el sentido del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, y pueden limitar los derechos fundamentales a la libertad de opinión. 5. Las “leyes generales” para el Estado democrático libre deben ser interpretadas a la luz del especial significado del derecho fundamental de la libertad de opinión. 6. El derecho fundamental del Art. 5 de la Ley Fundamental protege no solo la expresión de una opinión como tal, sino también, los efectos espirituales que se producen a través de la expresión de una opinión. 7. La expresión de una opinión, que contiene un llamado a un boicot, no viola necesariamente las buenas costumbres en el sentido del §826 BGB; puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de opinión al ponderar todas las circunstancias del caso”. Traducción en: <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>

respetar el ordenamiento jurídico constitucional como un bloque (tesis neo-constitucionalistas o neo-*ius naturalistas*). Este paso fundamental fue una respuesta a los horrores del nazismo, pero ello implicó abjurar de la vieja distinción de las libertades negativas y positivas. Desde ese momento al Estado le sería lícito, a través de los jueces, revisar las relaciones jurídicas de índole privado, conforme a criterios éticos superiores, que se ubican en las alturas de la pirámide kelseniana e irradiarían a todo el sistema. Y como ya hemos anticipado con el tiempo se daría otro paso que nos llevaría a entender el entrampado constitucional no solo como límite o estructura que deben respetar o dentro del cual se desarrollan los derechos subjetivos, sino como un mecanismo que “reconoce” derechos subjetivos públicos, ejecutables primero contra el Estado y, después, contra otros particulares. Analizada la evolución constitucional, desde un prisma histórico, se puede apreciar una mezcla extraña entre positivismo y “*ius naturalismo*” que ha dado lugar a una especie de neo-*ius naturalismo* kelseniano. Estas tesis, por lo demás, permiten una eficiente captura del regulador, como se ha podido apreciar del populismo latinoamericano que ha instrumentalizado las instituciones del liberalismo democrático para socavar la democracia desde dentro.

VI. LA CRÍTICA AL MODELO DE ASIGNACIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS SUBJETIVOS

El Congreso es el lugar que se plantea como una cancha en la cual los distintos actores y grupos de interés pueden transar sobre el equilibrio entre crecimiento económico y distribución, desde una perspectiva respetuosa de los derechos de actuación de los particulares¹⁷, dentro del pensamiento derecho liberal clásico; pero en la actualidad las decisiones, en torno a los derechos sociales ejecutables, se han trasladado desde el Congreso a la decisión jurisdiccional. Este modelo ha generado un sistema igualitario, pero a su vez ha afectado fuertemente el crecimiento en las sociedades que lo han adoptado.

¹⁷ A este fenómeno se refiere Cooter en los siguientes términos: “...[s]pecifically, constitutional rights of property direct transactions away from politics and into voluntary exchange. The phrase “transaction structure” refers to the way that people interact with each other in allocating resources”. Cooter, Robert D., p. 272.

La justificación precedente, sin embargo, se ha comenzado a poner en duda desde que la desigualdad se ha acelerado en los países *OCDE*. Dicha aceleración para algunos autores se debería a varios factores:

- a) Los grandes desequilibrios salariales, que se explican por la desarticulación de las economías de producción que tendían a otorgar una igualdad salarial a las personas de clase media y la tendencia del mercado a premiar la formación de capital unido a otros factores como el aumento de hogares con mujeres solteras ha aumentado la pobreza y ha afectado la distribución del ingreso. Estas conclusiones se verían avaladas no solo por las rentas, sino también por un aumento en las tasas de desempleo.
- b) El aumento de la renta del capital con relación al trabajo¹⁸.

VII. CONCLUSIONES

El *AED* nos sugiere aproximar, dentro de lo que se pueda, los costes sociales de la adopción de derechos fundamentales de prestación, ya sea que la decisión sea tomada por el Poder Judicial, Legislativo o Ejecutivo¹⁹. Ante las dificultades que la evaluación previa nos presenta, se puede recurrir a un análisis pormenorizado de las consecuencias distributivas que el reconocimiento de un derecho fundamental ejecutable produce en la sociedad²⁰.

¹⁸ Gradín, Carlos y del Río, Coral (2001). *Desigualdad, pobreza y polarización en la distribución de la renta*, Galicia, Universidad de Vigo, Instituto de Estudios Económicos-Fundación Pedro Barrié de la Maza, Colección Renta, Nº 11, Coruña en: <http://web.usal.es/~emmam/Docencia/Modelizacion/papers/coral.pdf> En igual sentido se puede consultar a pensadores de izquierda como Stiglitz o Piketty. Stiglitz, Joseph (2015). *La gran brecha. Qué hacer con las sociedades desiguales*, Buenos Aires, Taurus, y Piketty, Thomas (2014). *El capital en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica.

¹⁹ El cálculo costo-beneficio de la recepción de los derechos fundamentales no está exento de problemas, por cuanto en muchos casos los beneficios, de adoptarlos, saltan a la vista, pero los costos no se aprecian de inmediato. En este sentido, Kennedy señala que “[w]eighing the costs and benefits of human rights is difficult because the costs are often articulated in far more general terms than the benefits”. Kennedy, David (2002). “The international human rights movement: part of the problem?”, en 15 HARV. HUM. RTS. J. 101, p. 102.

²⁰ De este modo, Kennedy nos señala que ante las dificultades que presenta un método de evaluación costo-beneficio se puede recurrir a una “... is it often more useful to focus on “distributional consequences among individual for groups” than “costs and benefits””. Kennedy, David (2002), op. cit., p. 105.

A la asignación de derechos fundamentales, a través de la judicatura, se le pueden hacer las siguientes objeciones:

- a) Los derechos fundamentales pueden salirse del canon de desarrollo institucional, y en ello existe el peligro que la forma de entender los derechos fundamentales más que una solución sea un problema, sobre todo si se les considera como derechos absolutos y anteriores al Estado²¹.
- b) El sistema de derechos fundamentales impide las soluciones propias del Derecho Privado, y de mercado, aun en caso que ellas sean más justas; la lógica de los derechos fundamentales se presenta ligada al Derecho Públco, y son destructoras de riqueza.
- c) La tendencia a homogeneizarlo todo a través de los derechos fundamentales, afecta la diversidad. Los derechos humanos, asignados por la judicatura, promueven una forma de entender la política separada de la realidad y la economía. De este modo, el problema social se presenta como “*un derecho a*” que es ejecutable y está incluso fuera del foro político. Kennedy se refiere a esta forma de operar de los derechos fundamentales como “[t]o come into understanding of oneself as an instance of a pre-existing general –“I am a ‘person with rights’– exacts a cost, a loss of awareness of the unprecedented and plastic nature of experience, or a loss of a capacity to imagine and desire alternative futures. We could term this ‘alienation’”²².
- d) La forma en que la discusión constitucional de los derechos se produce es un problema en cuanto a la terminología que se impone. Así, se trata a los involucrados como “víctimas” o detentadores y “violadores”²³ y, aunque estos fenómenos involucran a la sociedad en su conjunto, excluye a amplios sectores afectados. De este modo, por ejemplo, se puede hablar de “derecho a una educación y a la salud pública, gratuita y de calidad”; pero se ignora que el imponer estos derechos como subjetivo impondrán una presión fiscal sobre otros grupos que de alguna u otra forma se invisibilizan.

²¹ Este fenómeno es representado por Kennedy, como “... [t]he claim here is that this institutional and political hegemony makes other valuable, often more valuable, emancipatory strategies less available” y agrega que “[t]his is easier to see when human rights attracts institutional energy and resources that would otherwise flow elsewhere. But this is not only a matter of scarce resources”. Kennedy, David (2002), op. cit., p. 108.

²² Kennedy, David (2002), op. cit., p. 111.

²³ Op. cit., p. 111.

e) La captura del regulador se produce de forma más fácil respecto del Congreso que del Poder Judicial, por cuanto orgánicamente el Congreso es controlado en torno a los eventuales casos de corrupción, por la judicatura. En la medida que la judicatura “cree derechos fundamentales” y no la ley, entonces el controlador de los procesos de captura tendría el doble rol de crear los referidos derechos y el de controlador respecto de sí mismo (estarían radicados en el mismo poder la función legisladora y jurisdiccional).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alonso García, Enrique (1984). *La interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Arango, Rodolfo (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis.
- Calabresi y Melamed (1972). “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, Nº 6. Versión en castellano: “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral”, *Estudios Públicos*, Nº 63, Santiago, invierno de 1996.
- Cooter, Robert D (2002). *The Strategic Constitution*, New Jersey, Princeton University Press.
- Gradín, Carlos y del Río, Coral (2001), *Desigualdad, pobreza y polarización en la distribución de la renta*, Galicia, Universidad de Vigo, Instituto de Estudios Económicos-Fundación Pedro Barrié de la Maza, Colección Renta, Nº 11, Coruña en: <http://web.usal.es/~emmam/Docencia/Modelizacion/papers/coral.pdf>
- Kennedy, David (2002), “The international human rights movement: part of the problem?”, en 15 HARV. HUM. RTS. J. 101.
- Piketty, Thomas (2014). *El capital en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica.
- Stiglitz, Joseph (2015). *La gran brecha. Qué hacer con las sociedades desiguales*, Buenos Aires, Taurus.

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN CHILE

CONSTITUTIONAL PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS IN CHILE

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN¹

Resumen: En el presente artículo se analiza la evolución del reconocimiento constitucional de los derechos sociales en Chile y de su garantía indirecta, a través del recurso de protección, ya sea por actos de particulares o de la administración, a la vez que los principales pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional en relación a preceptos legales que han sido controvertidos por vulnerar dichos derechos, particularmente en los últimos diez años.

Abstract: In this article the evolution of constitutional recognition of social rights in Chile and its indirect guarantee is analyzed through the use of protection, either by acts of individuals or administration, while the main pronouncements made by the Constitutional Court in relation to legal provisions that have been controversial for violating these rights, particularly in the last ten years.

Palabras clave: Derechos sociales y económicos. Evolución Constitucional. Jurisprudencia.

Key words: Social and economic rights. Constitutional evolution. Jurisprudence.

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Universidad Finis Terrae.

I. LOS DERECHOS SOCIALES EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES CHILENOS

1. Los primeros textos constitucionales del siglo XIX

Las primeras Cartas Fundamentales dictadas durante el siglo XIX² tienen escasa referencia a los derechos de contenido social y económico, más bien aluden a las libertades públicas, a la igualdad ante la ley, al derecho a la honra y de propiedad, a la vez que contienen garantías fundamentales del proceso penal³.

Existen sí ciertas declaraciones de carácter programáticas en algunos textos⁴. Del mismo modo, se hacen ocasionalmente referencias a la educación pública⁵.

² Una visión panorámica en Vásquez M., José I. y Navarro B., Enrique (2001). “Las Constituciones vigentes en Chile en el siglo XX y sus reformas”, en Enrique Navarro B. (editor), *20 años de la Constitución Chilena*, pp. 19-36.

³ El Reglamento de Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818 señala, en su artículo 1º, que “los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inalienable e inamisible a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil”. La Constitución de 1828 agrega que tienen el carácter de derechos imprescriptibles e inviolables “la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición y la facultad de publicar sus opiniones” (artículo 10º). Por su parte, la Constitución de 1833 asegura la igualdad ante la ley, ante los cargos y cargas, la libertad de movimiento, la libertad de opinión, el derecho de petición y la propiedad (artículo 12), además de garantías penales. Los textos en Valencia A., Luis (1951). *Anales de la República*.

⁴ El artículo 13 del Reglamento de 1818 indica que “todo individuo de la sociedad tiene incontestable derecho a ser garantido en el goce de su tranquilidad y felicidad por el Director Supremo y demás funcionarios públicos del Estado, quienes están esencialmente obligados a aliviar la miseria de los desgraciados y proporcionarles a todos los caminos de la prosperidad”.

⁵ El título VII de la Constitución de 1822 está dedicado a la “educación pública”. Así, el artículo 230 expresa que “la educación pública será uniforme en todas las escuelas, y se le dará toda la extensión posible en los ramos del saber, según lo permitan las circunstancias”. Del mismo modo, se “procurará poner escuelas públicas de primeras letras en todas las poblaciones” (artículo 231). Por su parte, la Constitución de 1823 indica entre los gastos esencialmente nacionales aquellos referidos a “la instrucción de los ciudadanos” (artículo 9º). En concordancia con ello se afirma que “la instrucción pública, industrial y científica, es uno de los primeros deberes del Estado” (artículo 257). En igual sentido, la Constitución de 1833 indica que “la educación pública es una atención preferente del Gobierno. El Congreso formará un plan general de educación nacional; y el Ministro del Despacho respectivo le dará cuenta anualmente del estado de ella en toda la República” (artículo 153). Adicionalmente, se precisa que “habrá una superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional, y su dirección bajo la autoridad del Gobierno” (artículo 154).

En general, en el siglo XIX, el énfasis se pone en las libertades más que en los derechos. Así, es usual la alusión a la libertad de enseñanza⁶. A su vez, en materia laboral, se reconoce en general la libertad de trabajo, sujeta sí a ciertas restricciones⁷.

2. La Constitución Política de 1925

El texto primitivo de la Constitución de 1925 también es lacónico en relación a los derechos sociales⁸.

Al referirse a la libertad de enseñanza, señala que “la educación pública es una atención preferente del Estado”, precisando que “la educación primaria es obligatoria”, estableciendo además una Superintendencia de Educación Pública, a cuyo cargo estará “la inspección de la enseñanza nacional”⁹.

A su vez, en materia laboral, insta a “la protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia”¹⁰. Del mismo modo, se establece el deber del Estado de “velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país”, obligando a destinar anualmente un presupuesto para un “servicio nacional de salubridad”¹¹.

En materia de propiedad, existe una referencia a sus eventuales limitaciones, como consecuencia indirecta de la utilidad pública de la misma¹², lo que fue

⁶ La reforma constitucional de 1874 reconoce expresamente “la libertad de enseñanza”.

⁷ La Constitución de 1833 señala que “ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad, o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional, y una ley lo declare así” (artículo 151). Sobre el texto de 1833, vid. Huneeus Z., Jorge (1879). *La Constitución ante el Congreso*, 2 vols. También sobre la carta de 1833 vid. Lastarria, José V. (1856). *La Constitución Comentada*; y al final del período Roldán, Alcibiades (1924). *Elementos de Derecho Constitucional*.

⁸ Vid. Silva B., Alejandro (1963). *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 Tomos.

⁹ Artículo 10 Nº 7 de la Constitución de 1925.

¹⁰ Artículo 10 Nº 14 de la Constitución de 1925.

¹¹ Ibíd. Inciso final.

¹² El artículo 10 Nº 10 indica que “el ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública a favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”.

objeto de diversas reformas constitucionales en 1963¹³ y 1967¹⁴. Esta última enmienda reconoce expresamente la función social de la propiedad¹⁵.

La reforma constitucional de 1971¹⁶ profundiza el Estado Social de Derecho en nuestro país. Así, se detalla de manera más precisa el rol del Estado en materia educacional¹⁷.

Por su lado, en el ámbito laboral, al reconocerse la libertad de trabajo y su protección, se indica que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de este, a una remuneración suficiente que asegure a ella y a su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan”¹⁸.

Cabe señalar que, por primera vez, se regula el derecho a la seguridad social, obligando al Estado a adoptar “todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humana, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional”¹⁹. Igualmente se imponen deberes adicionales al Estado en esta materia²⁰.

¹³ La Ley N° 15.295 modifica el artículo 10 N° 10 constitucional, en relación a la expropiación de ciertos predios.

¹⁴ La Ley N° 16.615 sustituye completamente el artículo 10 N° 10 de la Carta Fundamental.

¹⁵ Ella comprende “cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes”. De igual forma regula detalladamente el mecanismo de la expropiación.

¹⁶ Ley N° 17.398, publicada en el Diario Oficial del 9 de enero de 1971, conocido como el “Estatuto de Garantías Constitucionales”.

¹⁷ Se indica, en el nuevo artículo 10 N° 7, que “la educación es una función primordial del Estado, que se cumple a través de un sistema nacional del cual forman parte las instituciones oficiales de enseñanza y las privadas que colaboren en su realización, ajustándose a los planes y programas establecidos por las autoridades educacionales”. Se asegura apoyo del Estado a la educación privada gratuita y que no persiga fines de lucro. La educación nacional deberá ser “democrática y pluralista y no tendrá orientación partidaria oficial”. Se establece una Superintendencia de Educación Pública, la que tendrá a su cargo la “inspección de la enseñanza nacional”. Además se reconoce autonomía a las universidades.

¹⁸ Nuevo artículo 10 N° 14, inciso primero.

¹⁹ Nuevo artículo 10 N° 16, inciso primero

²⁰ El Estado “mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores”.

3. El texto constitucional vigente

El actual texto constitucional²¹, en primer lugar, señala que el Estado “reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. Del mismo modo, se establece que se encuentra “al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual 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, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

En armonía con ello se estable como deber del Estado el “resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”²².

En otro ámbito cabe señalar que, por primera vez, se consagra en un texto constitucional el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, señalando que es un deber del Estado “velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”²³.

Del mismo modo, se reconoce el derecho a la protección de la salud, otorgando al Estado la protección del “libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo”. Adicionalmente, le corresponde “la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud”. Del mismo modo, se indica que es deber preferente del Estado “garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones

²¹ Sobre las reformas constitucionales de 2005, vid. *Revista de Derecho Público*, N° 67 (2005), Navarro B., Enrique y otros.

²² Artículo 1º de la Constitución Política.

²³ Vid. Navarro Beltrán, Enrique (1993). “Recurso de Protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 20, p. 595; y Bertelsen Repetto, Raúl (1998). “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de 15 años de jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 25, p. 139. La jurisprudencia ha reconocido diversos tipos de contaminación: acústica, acuática, terrestre, atmosférica e, incluso, la visual. La reforma constitucional de 2005 precisó la procedencia del mismo contra actos u omisiones ilegales.

obligatorias”. Por último, a cada persona se le otorga el derecho individual de elegir el sistema de salud, ya sea público o privado²⁴.

En materia de educación, se estable que la educación “tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”. A los padres se les otorga el derecho preferente y deber de educar a sus hijos, correspondiéndole al Estado “otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”. Igualmente, le compete “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”.

A fines de los años noventa se le agrega al Estado el deber de promover “la educación parvularia”²⁵. De igual forma, se indica que “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”²⁶.

En el ámbito de la libertad de trabajo, además de reconocerla, se la ampara. Desde un punto de vista liberal, señala que “toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”. Se prohíbe “cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”. A su vez, se precisa que “ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”. Por último se regula la negociación colectiva²⁷ y la huelga²⁸.

²⁴ Artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República.

²⁵ Ley N° 19.634, artículo único, publicado en el DOF 02.10.1999.

²⁶ Ley N° 19.876, artículo único, publicado en el DOF 22.05.2003. Hasta ese momento solo se reconocía constitucionalmente la educación básica

²⁷ El artículo 19 N° 16, inciso 5º, indica que “La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella”.

²⁸ El artículo 19 N° 16, en su inciso final, preceptúa que “No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas

Finalmente, en el ámbito de la seguridad social, al regulársele, se establece que “el Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”. Del mismo modo, se indica que “la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias”. En el ámbito de las libertades se insiste en la libertad de afiliación²⁹ y de sindicación³⁰. Por último, cabe tener presente que las leyes que lo regulen deben ser de quórum calificado³¹.

No nos adentraremos, en esta oportunidad, en la naturaleza jurídica de los derechos sociales, materia sobre la cual se han sostenido diversas tesis, conceptualizándolos como disposiciones programáticas (Schmitt y Forsthoff), fuente de normas de fines para el Estado (Sommermann), mandato objetivo normativo (Böckenförde), derechos definitivos (Lübbe-Wolf y Neumann) o derechos *prima facie* (Alexy y Borowski)³².

II. LA PROTECCIÓN SOBRE DERECHOS NO TUTELADOS

Como se sabe, el artículo 19 de la Constitución Política reconoce a las personas diversos derechos, desde la vida a la propiedad, pasando por la igualdad, el honor, la libertad, etcétera.

Pues bien, el artículo 20 garantiza con el recurso de protección a la mayoría de los mismos, salvo los denominados derechos sociales³³ y económicos,

que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sujetos a la prohibición que establece este inciso”.

²⁹ Artículo 19 Nº 16, inciso 4º.

³⁰ Artículo 19 Nº 19, en el que se precisa su carácter voluntario, en cuanto asociación.

³¹ Así lo ha sentenciado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en los autos Rol Nº 534-2006.

³² En tal sentido, Bernal Pulido, Carlos (2005). “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales”, en *El derecho de los derechos*, Colombia, pp. 287-330.

³³ En relación a los derechos sociales en América, Bazán, Víctor (2005). “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, pp. 547 y ss. Una visión mexicana en Rodríguez O., Óscar (1998). *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Granada. En relación a Chile, Perú y Argentina, en Nogueira A., Humberto (coordinador) (2010). *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*. En el sistema

como es el caso del derecho a la protección de la salud, de educación y de seguridad social³⁴.

En el informe final de la Comisión de Estudio, se señaló sobre esta materia que “Es evidente que el recurso de protección no puede hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen para su debida satisfacción, de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social u otros”³⁵.

Sin embargo, nuestros tribunales superiores, y en particular la Corte Suprema, han tratado de dar debida protección a situaciones abusivas en que en principio se invocan derechos no protegidos.

Resulta, entonces, interesante analizar la forma que han buscado los tribunales para dar tutela indirecta a los mismos, en especial, a través de la aplicación indirecta de otros derechos. En particular, se ha recurrido de manera frecuente al derecho de propiedad (fenómeno que ciertos autores califican como “propietarización de los derechos”)³⁶ y a la igualdad ante la ley³⁷.

1. Frente al derecho a la protección de la salud

Como se ha señalado, el artículo 19 N° 9 garantiza el derecho a la protección de la salud, imponiéndole ciertos deberes al Estado, tales como los de protección de las acciones de salud, la coordinación y control de las mismas

europeo, particularmente en alemán, Benda, Ernesto (2001). “El Estado Social de Derecho”, en *Manual de Derecho Constitucional*, pp. 487 y ss. Un texto hispano-argentino en Ribotta, Silvana y Rossetti, Andrés (editores) (2010). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el desarrollo y la justicia*, Madrid.

³⁴ Sobre la materia vid. Soto Kloss, Eduardo (2001). “El recurso de protección, institución esencial de una sociedad libre”, en Enrique Navarro B. (editor), *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*, Santiago, pp. 421 y ss.

³⁵ Informe Final de la CENC (1981), *Revista Chilena de Derecho*, N° 8, p. 235.

³⁶ Vid. Vergara Blanco, Alejandro (1992). *La propietarización de los derechos. Propiedad sobre los derechos*, Informe Constitucional, N° 322. En respuesta, Soto Kloss, Eduardo (1992). *Propietarización de los derechos. No una “herejía” sino la “esencia” de lo que es derecho*, Informe Constitucional, N° 329.

³⁷ Vid. Navarro B., Enrique (2002). “Límites al recurso de protección en materia contractual”, *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 6, p. 56.

y el garantizar su ejecución. Solo se ampara el derecho a elegir el sistema de salud, ya sea público o privado³⁸.

En el caso de este derecho y frente a su afectación, particularmente por terceros (en especial, instituciones de salud previsional), se ha recurrido al derecho de propiedad sobre los derechos que emanan de los contratos o la no discriminación arbitraria.

Así, ya en 1989, se resolvía que la negativa arbitraria de una Isapre a otorgar la cobertura pactada contractualmente importaba privación de la legítima percepción de un beneficio pecuniario que se ha incorporado al patrimonio del recurrente³⁹.

Sin perjuicio de que, en otros casos, se ha estimado derechosamente que se está invitando a abandonar el sistema por lo que se vulneraría la libertad de elección del sistema de salud, reconocido en el inciso final del artículo 19 N° 9 y que sí se encuentra protegido.

En el último tiempo, han sido reiterados los fallos sobre la materia, sancionándose el término unilateral del contrato^{40 41}; el alza injustificada de los planes de salud⁴² o la negativa a cubrir cobertura^{43 44}, todos ellos por parte de la institución de salud (Isapre) respectiva.

En fallos posteriores se ha enfatizado que la facultad revisora de las Isapres “debe entenderse condicionada en su esencia a un cambio efectivo y plenamente comprobable del valor económico de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de los costos y no por un simple aumento debido a fenómenos inflacionarios o a la injustificada posición de que la variación pueda estar condicionada por la frecuencia en el uso del sistema, pues es de la esencia de este tipo de contrataciones la incertidumbre

³⁸ Sobre la materia vid. Bulnes A., Luz (2001). “El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980”, *Actualidad Jurídica*, N° 4. Con anterioridad, Álvarez R., Sergio (1990). “Aspectos del derecho a la protección de la salud como garantía fundamental de un Estado de Derecho”, *Revista de Derecho Público*, N° 47/48, p. 219.

³⁹ Corte Suprema, 22.05.89, *Gaceta Jurídica*, N° 107, p. 20.

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5698-2001.

⁴¹ En el mismo sentido, Corte Suprema, Rol N° 3.742-2002.

⁴² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3656-2002. En el año 2006, vid. Corte Suprema Roles N° 3902 y 6498.

⁴³ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 414-2002.

⁴⁴ En el mismo sentido, Corte Suprema, Rol N° 3552-2002. Lo mismo se ha reiterado en los años 2006 (Roles N° 2467 y 4486) y 2007 (Roles N° 5891 y 5628).

acerca de su utilización”⁴⁵. De este modo, también se ha señalado, debe tratarse de una alteración “objetiva y esencial de las prestaciones, apta para afectar a todo un sector de afiliados o, al menos, a todos los que contrataron el mismo plan”⁴⁶. También se ha puntualizado que la facultad para determinar unilateralmente el precio de prestaciones relativas a garantías explícitas en salud solo estará legitimada “cuando obedezca a una variación sobre la base de criterios objetivos de razonabilidad, servicio público y determinada en el costo de la cobertura de que se trata”⁴⁷.

Finalmente, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de una disposición por parte del Tribunal Constitucional, se ha entendido por la Corte Suprema, que las alzas por aplicación de las tablas de factores de edad y sexo carecerían de valor, toda vez que la columna vertebral del sistema de reajustabilidad por aplicación de las referidas tablas ha sido derogada⁴⁸.

2. Frente al derecho a la educación

El artículo 19 N° 10, como ya se explicó, reconoce el derecho a la educación, en sus diversas etapas, lo que incluye desde la educación parvularia a la enseñanza media, imponiéndosele ello como un deber especial al Estado, habiendo sido esto último modificado constitucionalmente⁴⁹. Este derecho, como se sabe, tampoco se encuentra tutelado, a pesar de las obligaciones que se imponen al Estado en tal sentido⁵⁰.

En el caso de acciones que afectan, en el hecho, el derecho a la educación (fundamentalmente por medidas adoptadas por establecimientos educacionales), los tribunales han entendido como infringido el derecho de propiedad sobre la matrícula o, en su caso, la no discriminación arbitraria.

⁴⁵ Corte Suprema, Rol N° 601-2011, 28.1.2011.

⁴⁶ Corte Suprema, Rol N° 192-2011, 28.1.2011.

⁴⁷ Corte Suprema, Rol N° 9044-2010, 24.2.2011.

⁴⁸ Corte Suprema, Rol N° 566-2011, 17.2.2011.

⁴⁹ Navarro B., Enrique (2001). “Las Constituciones Chilenas en el siglo XX y sus reformas”, en *20 años de la Constitución Chilena*, pp. 19-36.

⁵⁰ Vid. Gaete R., Sergio (1987). “El derecho-deber a la educación”, *Revista de Derecho Público*, N° 41/42, p. 231, y Orrego S., Cristóbal (1986). “El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 13, p. 463.

A fines de la década de los ochenta, encontramos sentencias que rechazan las acciones, sosteniendo que la conculcación del derecho a la educación, al estar excluida de la protección constitucional, no puede razonarse sobre la base de otros derechos⁵¹. Del mismo modo se denegaba la posibilidad de invocar el derecho de propiedad sobre los títulos profesionales, dado que no participarían del carácter de bienes incorporales⁵².

Sin embargo, casi dos años después, se sostiene por nuestro máximo tribunal que la calidad de estudiante universitario faculta al interesado para acceder al título, lo que configura una especie de propiedad, que se encuentra amparada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política⁵³, lo que también se ha señalado en los últimos años⁵⁴.

Por su lado, en la misma época, la Corte de Santiago estimaba infringido el artículo 19 N° 2 al expulsarse a un alumno sin seguir el procedimiento fijado por el estatuto reglamentario⁵⁵.

De igual forma, se ha resuelto que la negativa de un establecimiento educacional de entregar certificado de notas y estudio vulnera el derecho de propiedad del recurrente sobre “los logros académicos”⁵⁶.

3. Frente al derecho a la seguridad social

El artículo 19 N° 18 de la Constitución resguarda el derecho a la seguridad social, precisándose que las leyes que regulen su ejercicio serán de quórum calificado. En este caso, como se analizó, la acción del Estado debe estar dirigida a garantizar el acceso a las personas al goce de las prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. Del mismo modo, se impone al Estado el deber de supervigilar el adecuado ejercicio de este derecho. Dada su naturaleza prestacional, este derecho tampoco encuentra protección directa constitucional⁵⁷.

⁵¹ Corte Suprema, 26.05.87, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 84, p. 173.

⁵² Corte Suprema, 28.07.81, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 78, p. 142.

⁵³ Corte Suprema, 6.04.89, *Gaceta Jurídica*, N° 106, p. 27.

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1.182-2001.

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 18.12.89, *Gaceta Jurídica*, N° 114, p. 40.

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 60.845.

⁵⁷ Costa R., Vasco (2001). “Derechos laborales y Constitución de 1980”, en Enrique Navarro B. (editor), *20 años de la Constitución Chilena*, pp. 287 y ss.

Sobre esta materia, la Corte de Apelaciones de Santiago –a principios de los noventa- hacia presente que, al no encontrarse protegido constitucionalmente este derecho, no era posible obtener por esta vía tutelar la declaración de que determinados hechos revisten el carácter de accidentes del trabajo⁵⁸. Sin embargo, meses antes, la Corte Suprema precisaba que el desconocimiento por la autoridad previsional del acrecimiento de la pensión de montepío importa una vulneración del derecho de propiedad⁵⁹.

Del mismo modo, se ha sentenciado que los beneficios de una pensión de jubilación, debidamente reajustados, forman parte del patrimonio de la persona y están amparados por el artículo 19 N° 24 de la carta fundamental⁶⁰.

Como puede observarse, frente a situaciones inicuas, en donde aparentemente se ven afectados derechos no tutelados expresamente, nuestra Corte Suprema ha preferido dar protección efectiva, principalmente estimando vulnerado el derecho de propiedad⁶¹.

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL⁶²

El Tribunal Constitucional (TC) ha tenido oportunidad de analizar la temática de los derechos sociales, particularmente con motivo de la acción de inaplicabilidad⁶³.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 12.04.90, *Gaceta Jurídica*, N° 118, p. 26.

⁵⁹ Corte Suprema, 25.10.89, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 86, p. 153.

⁶⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 28.08.86, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 83, p. 185.

⁶¹ Una visión más completa en Navarro Beltrán, Enrique (2005). *Soluciones jurisprudenciales a desprotecciones constitucionales*, Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público, Ed. Lexis Nexis, pp. 291-294.

⁶² En esta materia, Navarro B., Enrique y Carmona S., Carlos (2015). “Recopilación de jurisprudencia del TC 1981-2015”, *Cuadernos 59 del TC*.

⁶³ Sobre la materia vid. Navarro B., Enrique (2008). “La Justicia Constitucional Chilena, después de la Reforma de 2005”, en *Libro Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*, Editorial Porrúa de México, pp. 327-349.

1. Derecho a la protección de la salud

En un caso se solicita la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, atendido la circunstancia que este permite a una institución de salud previsional privada incrementar en gran magnitud el costo de su plan de salud por haber aumentado la edad del contratante. El Tribunal Constitucional acoge el requerimiento, teniendo en consideración la importancia de los derechos sociales. Específicamente, declara que es inaplicable por ser contrario a la Constitución la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la ley Nº 18.933, incorporada al contrato de salud de la requirente⁶⁴.

En la sentencia se consigna que el derecho a la protección de la salud tiene un carácter social, “involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea”⁶⁵. De igual modo se expresa que este derecho “se halla sustancialmente ligado a otros atributos esenciales asegurados en nuestro Código Político, v. gr., el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos”⁶⁶.

Se destaca por el sentenciador que la disposición no tiene el carácter de norma programática, haciendo suyo la circunstancia que “la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”⁶⁷.

Por otra parte, la Magistratura Constitucional efectúa un análisis y adopta una tesis respecto a la naturaleza jurídica de estos derechos, precisando que se trata de derechos que suponen la actuación positiva del Estado⁶⁸.

⁶⁴ TC, Rol Nº 976, del 26 de junio del 2008. En el mismo sentido, sentencia Rol Nº 1.218, del 7 de julio del 2009. Más recientemente, Rol Nº 1287, del 8 de septiembre del 2009.

⁶⁵ Ibíd. Considerando 29.

⁶⁶ Ibíd. Considerando 32.

⁶⁷ Ibíd. Considerando 26.

⁶⁸ El TC indica que la naturaleza jurídica de los derechos sociales en el Estado de Derecho Contemporáneo se halla abundante y certeramente configurada, testimonio de lo cual son los pasajes siguientes, extraídos de una obra bien conocida: “Lo que tienen en común

Teniendo en consideración la relevancia de los derechos sociales en el Estado Social de Derecho, el Tribunal sentenció que estos también constituyen un límite a la actuación de legislador. De este modo, se concluye que “si bien la doctrina y jurisprudencia comparadas han señalado que los derechos sociales requieren la concretización legal de su contenido, también han realizado que la Constitución establece, en relación con ellos, un núcleo esencial, indisponible por el legislador”⁶⁹.

Con posterioridad, dicha Magistratura, luego de abrir proceso de oficio, declaró la inconstitucionalidad⁷⁰ de los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933⁷¹, referido a las facultades de la Superintendencia de Salud respecto de la tabla de factores, teniendo

estos derechos no es tanto su contenido, esto es, la esfera de la vida social a que se refieren, sino más bien la posición jurídica que otorgan a su titular. De esta forma, los derechos sociales permitirían a sus titulares exigir ya no abstención por parte del Estado, como sucedía en los derechos de libertad, sino más bien una actuación positiva de este en orden a su consecución. Por ello es más adecuado a su naturaleza la denominación de derechos de prestación”. Carmona Cuenca, Reencarnación (2000). *El Estado Social de Derecho en la Constitución, Consejo Económico y Social*, España, p. 150. Abundando en idéntico tópico se ha escrito que los derechos sociales son “Derechos de prestación (...) que suponen una acción positiva, normalmente de los poderes públicos, aunque también pueden ser los particulares más excepcionalmente, para ayudar a la satisfacción de necesidades básicas, que no pueden ser resueltas por la propia y excesiva fuerza del afectado (...).” Peces-Barba Martínez, Gregorio (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III, p. 460. (Consid. 28).

⁶⁹ Ibíd. Considerando 30.

⁷⁰ Sobre inconstitucionalidad vid. Navarro B., Enrique (2011). “El control de constitucionalidad de las leyes en Chile”, *Cuadernos del TC*, N° 43.

⁷¹ “Artículo 38 ter.- Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;

2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;

3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;

4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;

5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo...”.

en consideración que dichos preceptos no cumplían con los siguientes supuestos: a) ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud en el cual actúan las Instituciones de Salud Previsional, esencialmente en lo que concierne al rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado; b) ser indispensable para alcanzar los fines señalados; y c) guardar proporcionalidad con tales objetivos. Por lo anterior, el tribunal sentenció que los preceptos objetados eran incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y que lesionaban, asimismo, el derecho a la protección de la salud (particularmente en relación a las personas de mayor edad) y el derecho a la seguridad social (contrariando los principios de solidaridad y equidad)⁷².

Finalmente, más recientemente han existido pronunciamientos respecto de la vinculación de las licencias médicas con el derecho a la protección de la salud⁷³.

2. Derecho a la seguridad social

Un empleador demandado en juicio ejecutivo por no haber pagado las cotizaciones provisionales de los trabajadores de su empresa, solicita la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dos disposiciones legales⁷⁴

⁷² TC, Rol N° 1.710-10, del 6 de agosto del 2010.

⁷³ Las licencias médicas constituyen un “derecho vinculado a la protección de la salud”. Los bienes jurídicos que se trata de resguardar a través de la licencia médica son la vida y la salud, constitucionalmente asegurados en el art. 19, N°s 1 y 9, respectivamente. (TC, Rol 1801, c. 7). La diferencia entre los distintos tipos de licencias médicas se configura por dos factores básicos: la causa que origina la licencia y la forma de financiamiento. (Ibíd., c. 10)

⁷⁴ Estas disposiciones son, a saber, los artículos 12 y 14 de la Ley N° 17.322, cuyos textos preceptúan:

“Artículo 12.- El empleador que no consignare las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus trabajadores y sus reajustes e intereses penales, dentro del término de quince días, contado desde la fecha del requerimiento de pago si no opuso excepciones, o desde la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia que niegue lugar a ellas, será apremiado con arresto, hasta por quince días. Este apremio podrá repetirse hasta obtener el pago de las sumas retenidas o que han debido retenerse y de sus reajustes e intereses penales.

que permitían decretar el arresto en su contra para obtener el pago de la respectiva deuda. El Tribunal se pronunció por el rechazo el requerimiento⁷⁵.

En el fallo se señala que los derechos públicos subjetivos de la seguridad social se caracterizan por ser: “a) patrimoniales, en tanto forman parte del patrimonio de las personas, destinadas a asistirlas para que puedan llevar una vida digna, cuando se verifique algún estado de necesidad; b) personalísimos, de modo que son inalienables e irrenunciables; c) imprescriptibles, en cuanto las personas siempre podrán requerir al Estado o a los particulares que, en virtud del principio de subsidiariedad, administran parte del sistema, los beneficios para aplacar el estado de necesidad que los afecte; y d) establecidos en aras del interés general de la sociedad”⁷⁶.

En lo que dice relación con las cotizaciones previsionales, se afirma que se trata “de un acto mediante el cual de manera imperativa, por mandato de la ley, el empleador debe descontar determinadas sumas de dinero, de propiedad del trabajador, para garantizar efectiva y adecuadamente prestaciones de seguridad social vinculadas a estados de necesidad que son consecuencia de la vejez y sobrevivencia, esto es, jubilaciones y montepíos”⁷⁷.

Por su lado, en lo que respecta al arresto del empleador que no pague las cotizaciones previsionales, la Magistratura constitucional precisó que, en cuanto medida de apremio, cumplía los requisitos constitucionales para ser considerada una medida legítima.

Además, se pronunció en cuanto al fundamento del arresto del empleador señalando al efecto que “una orden de arresto determinada puede o no pugnar con la Carta Fundamental en la medida que ella inobserve o, por el contrario, cumpla con todos y cada uno de los requisitos y medidas ya señaladas, siendo esto último lo que ciertamente ocurre en el caso de autos, tal como se desprende de la lectura de los artículos 12 y 14 de la Ley N° 17.322, conforme a los cuales el apremio puede decretarse si el empleador –o

⁷⁵ “Artículo 14.- En caso que el empleador sea una persona jurídica de derecho privado o público, una comunidad, sociedad o asociación de hecho, el apremio a que se refiere el artículo 12 se hará efectivo sobre las personas señaladas en el artículo 18”.

⁷⁶ TC, Rol N° 576, del 24 de abril del 2007. En el mismo sentido Rol N° 519, del 5 de junio del 2007.

⁷⁷ Ibíd. Considerando 13.

⁷⁷ Ibíd. Considerando 14.

su representante– no consigna las sumas destinadas al fondo previsional y se cumplan rigurosamente los demás supuestos legales”⁷⁸.

De este modo, se concluye que “el arresto en materia previsional se encuentra establecido expresamente en una ley, en los términos ya señalados. Dicha normativa faculta expresamente a un juez para adoptar tal medida en tanto se den los supuestos legales previstos en los referidos artículos 12 y 14 de la Ley N° 17.322, esto es, que en el marco de un juicio ejecutivo el empleador –a través de su representante legal– no consigne las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus trabajadores, dentro del plazo de quince días contados desde la fecha de requerimiento de pago –si no opuso excepciones– o de la notificación de la sentencia que niegue lugar a las alegaciones opuestas. El empleador es legalmente intimado del arresto no solo al momento de producirse, sino también en el requerimiento de pago, al señalársele que en caso de mantenerse incumpliendo con su obligación dentro de un plazo, se podrá ver privado de su libertad. A su vez, la referida medida de apremio se lleva a cabo en lugares públicos destinados a tal efecto y se le pone inmediato término en cuanto el arrestado adopta la conducta legal y socialmente deseada, esto es, consigna las cotizaciones previsionales de propiedad del trabajador. Por último, cabe señalar que se está en presencia precisamente de un caso en que quien es privado de libertad por el arresto, lo ha sido por no respetar los derechos legítimos de terceros e incluso por actuar en perjuicio de ellos, de forma tal que en definitiva el empleador sufre el apremio como consecuencia de haber vulnerado un derecho básico de sus trabajadores, respecto de dineros que son de propiedad de estos últimos y que tienen por finalidad social el cubrir sus necesidades de previsión, que dicen relación, ni más ni menos, con su sobrevivencia y vejez”⁷⁹.

El TC, en definitiva, ha puntualizado que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional, en el que se recogen los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social⁸⁰.

⁷⁸ Ibíd.

⁷⁹ Ibíd. Considerando 20.

⁸⁰ TC 1572, c. 56. En el mismo sentido, Roles 1598, 1629, 1636, 1654, 1691, 1710, 1719, 1733, 1737, 1743, 1765, 1766, 1769, 1784, 1785, 1806, 1807, 1808, 1879, 1893, 1900, 1903, 1908, 1914, 1918, 1921, 1922, 1923, 1929, 1930, 1932, 1934, 1946, 1962, 1969, 1970, 1985, 2012 y 2106.

3. Derecho a la educación

En lo referente a este derecho fundamental, el Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidad de extenderse acerca de sus características en requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. No obstante, en el último tiempo, ejerciendo su atribución de control preventivo de normas orgánicas constitucionales y de resolver cuestiones de constitucionalidad que se susciten en la tramitación de proyectos de ley, ha podido pronunciarse sobre aspectos del derecho a la educación que han sido parte del debate de la doctrina publicista nacional.

El Tribunal destaca la diferencia y relación existente entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Así, se indica que la libertad de enseñanza no puede separarse del derecho a la educación, siendo su contraparte. Este exige “que el Estado cree las condiciones para que pueda ejercerse y así las personas logren su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida”. Ahora bien, “para lograr este propósito, pueden perfectamente establecerse regulaciones, pues la comunidad debe contribuir al desarrollo y al perfeccionamiento de la educación”⁸¹.

Además, ha resuelto que la calidad de la educación es un fin que no solo es persegurable por el legislador sino que, además, es una exigencia constitucional que deriva del derecho a la educación que asegura la Carta Fundamental. Así, “para este Tribunal la finalidad de mejorar la calidad de la educación es claramente una finalidad que legítimamente puede perseguir el legislador. Esta finalidad está comprendida como un derecho que la Constitución asegura a todas las personas en el artículo 19, N° 10, y, por lo tanto, su persecución no solo es legítima sino que es una exigencia que el legislador y la autoridad deben requerir”⁸².

Del mismo modo, se hace presente que la calidad de la educación es una exigencia para el Estado que impone el derecho a la educación. De forma que “cuando la Constitución asegura el derecho a la educación, exige que el Estado adopte las medidas para que la que reciban los alumnos sea de la mayor calidad posible”. Por lo tanto, “si la norma impugnada persigue ese objetivo y establece mecanismos idóneos para alcanzarlo, sin infringir

⁸¹ TC, Rol N° 1.363, del 28 de julio del 2009. Sentencia recaída en el control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que establece la Ley General de Educación.

⁸² Ibíd. Considerando 19.

otros principios constitucionales, este Tribunal no tiene ningún reproche que formular”⁸³.

Por último, se ha precisado que los titulares del derecho a la educación no son los docentes. En efecto, “ellos participan del proceso de instrucción y son parte de la comunidad educativa”. Sin embargo, “los verdaderos titulares son los alumnos; son ellos, como dice el proyecto, los que ‘tienen derecho a recibir una educación que les ofrezca oportunidades para su formación y desarrollo integral’ (artículo 10, letra a), sin perjuicio de que lo tengan también los padres (artículo 4º)”⁸⁴.

En fallos posteriores, se ha recordado que el derecho de otorgar educación reconocida oficialmente y conducente a la obtención de un título universitario o técnico-superior, importa la concurrencia de normas de organización y procedimientos que velen por los derechos de todos los integrantes de una comunidad educativa⁸⁵. Del mismo modo, que el derecho a la educación contiene algo más que acceder a un establecimiento educacional, ya que el individuo que lo posee tiene la oportunidad de obtener un beneficio de la educación recibida, es decir, el derecho a obtener, según la normativa de cada Estado, en una forma u otra, el reconocimiento oficial de los estudios realizados⁸⁶. Por último, el derecho a recibir educación tiene a los niños y jóvenes como centro del proceso de aprendizaje, puesto que se trata de un derecho social que asegura a todas las personas su pleno desarrollo en todas las etapas de la vida, a través del acceso a la enseñanza formal y no formal y a procesos de educación informal, ya sea de manera estructurada o sistemática, o a través del núcleo familiar y la experiencia de vida⁸⁷.

4. Función social de la propiedad

La Constitución Política de la República faculta a la ley para establecer limitaciones y obligaciones que graven el ejercicio del derecho de propiedad.

⁸³ TC, Rol N° 1.361, del 13 de mayo del 2009. Sentencia recaída en el requerimiento de diez Senadores de la República en contra de la constitucionalidad de determinados artículos del proyecto de ley que establece la Ley General de Educación (LEGE).

⁸⁴ Ídem. Considerando 56.

⁸⁵ TC, Rol 2731, c. 15.

⁸⁶ Ibíd., c. 25.

⁸⁷ Ibíd., c. 17.

Ellas son restricciones o acotamientos al ejercicio, común u ordinario, de este derecho. Mientras las limitaciones son, en general, prohibiciones de hacer algo, las obligaciones son mandatos de hacer y ambas deben fundarse en la función social de la propiedad⁸⁸.

La función social de la propiedad es la que permite equilibrar el interés privado que alimenta y orienta el ejercicio del haz de derechos que la constituyen y el interés público que justifica su protección como derecho fundamental. Así, la función social de la propiedad define la frontera que separa los poderes de la autoridad y del dueño sin eliminar el interés individual y sin otorgar una facultad irrestricta al poder regulador y al poder administrador⁸⁹. El TC ha recordado que el legislador no definió la función social de la propiedad, pero se desprende que la propiedad tiene un valor individual y social, por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad⁹⁰. Ahora bien, para determinar la legitimidad de una limitación, esta debe ser mesurada y razonable, no debe ocasionar daños innecesarios ni imponer un gravamen de magnitud considerable; la medida debe ser proporcionada, no entorpecer gravemente la actividad y no puede desnaturalizar otros bienes jurídicos⁹¹.

Los dueños de un fundo solicitan la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una disposición legal⁹² que facultaba a la autoridad administrativa para fijar en las tierras de su dominio las vías de acceso a las playas. Alegaron que la norma reprochada vulneraba su derecho de dominio, pues la vía de acceso limitaba gratuitamente a su propiedad y sin encuadrarse en las causales que la Constitución Política establece para limitar el derecho de propiedad. El Tribunal decidió rechazar el requerimiento, en

⁸⁸ TC, Rol 1298, c. 49. En el mismo sentido, Roles 2643 y 2644.

⁸⁹ TC, Rol 2643, c. 60. En el mismo sentido, Rol 2644.

⁹⁰ TC, Rol 1863, c. 41. En el mismo sentido, Roles 1986, 1992 y 1993.

⁹¹ TC, Rol 56, c. 12. En el mismo sentido, Roles 1863, 1986, 1991, 1992, 1993, 2487, 2643 y 2644.

⁹² La disposición objetada es el artículo 13, del Decreto Ley Nº 1939 de 1977 que preceptúa: “Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a estos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquellos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados”.

consideración principalmente a la función social de la propiedad⁹³. Se determinó que las limitaciones que impone la norma cuestionada son constitucionales, desde el momento que permiten la realización de un fin constitucionalmente lícito, esto es, la utilidad pública de ciertos bienes. Expresó el órgano jurisdiccional que el precepto legal en cuestión “al imponer a los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar la obligación de facilitar el acceso público a ellas y al otorgar a los Intendentes Regionales la potestad de imponerlo así y precisar las vías de acceso, ha empleado un medio necesario, o al menos adecuado, para alcanzar un propósito constitucionalmente legítimo, que queda comprendido en la función social de la propiedad, pues está establecido por el legislador como un medio idóneo de alcanzar un propósito constitucional, determinado en razón de la utilidad pública de ciertos bienes y del interés general”⁹⁴. A su vez, estableció que la limitación al dominio, que supone la norma y que habilitan para conceder el paso público a las playas para fines turísticos y de pesca, sí puede justificarse desde la perspectiva de la función social de la propiedad, toda vez que permite el acceso a las playas que son un bien nacional de uso público. Así, “las playas de mar son bienes nacionales de uso público. Su dominio pertenece a la Nación toda y su uso a todos sus habitantes. En consecuencia, pueden naturalmente ser empleadas por quienes acceden a ellas no solo, sino también para fines de recreación y pesca. De ese modo, si el legislador ha establecido que el paso público a ese bien nacional a través de propiedades colindantes solo puede decretarse para esos dos fines, entonces ha limitado y no ampliado el uso que los particulares pueden hacer de esa playa que es, en razón de disponerlo así otros preceptos legales cuya validez constitucional no ha sido impugnada, de dominio de la Nación toda. Si, como ya se ha demostrado, es legítimo que el Estado pueda determinar, en los términos que lo hace el artículo 13 del DL 1939, el derecho a paso por una propiedad privada para acceder a una playa de mar, por ser esta un bien de uso público en razón de la utilidad que ha de prestar a la Nación toda, entonces no cabe sostener que si ese paso se restringe (y no amplía) a dos posibles usos para el público, se pierde la razón de utilidad pública. No es el bien privado el que se puede utilizar para esos fines recreativos o de pesca, sino la playa, bien nacional que está reservado por otras normas al uso público”⁹⁵.

⁹³ TC, Rol N° 1.215, del 30 de abril del 2009. En el mismo sentido, Rol 1141-2008.

⁹⁴ Ibíd. Considerando 27.

⁹⁵ Ibíd. Considerando 31.

Por otra parte, en diversos pronunciamientos sobre disposiciones legales referidas a materias laborales⁹⁶ y de seguridad social⁹⁷, el Tribunal ha establecido que las cotizaciones previsionales que el empleador debe enterar para garantizar las prestaciones de seguridad social, son de propiedad del trabajador y, en razón de lo anterior, se encuentran tuteladas en el artículo 19, Nº 24 de la Constitución que asegura el derecho de propiedad. Así, se ha resuelto al respecto en relación a esta materia que “tal como lo ha señalado esta misma Magistratura, frente a las cotizaciones de los trabajadores dependientes se estaría en presencia de dineros pertenecientes o de propiedad del trabajador, tutelados por el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República, habida consideración que tales cotizaciones se extraen de la remuneración devengada a favor del afiliado”⁹⁸.

5. Protección constitucional al trabajo⁹⁹

El Tribunal Constitucional ha señalado que la Carta Fundamental “reconoce y ampara el derecho a una justa retribución por todo trabajo, aunque se imponga bajo la forma excepcional de una carga, lo que, por lo demás, se vincula ni más ni menos que con la dignidad de la persona”¹⁰⁰. De esta manera, se acepta el turno de los abogados “teniendo siempre derecho a una justa retribución por el trabajo realizado”¹⁰¹.

De igual forma, se ha destacado que ejercer libremente una profesión implica “desplegar o practicar los conocimientos de la respectiva carrera, ciencia o arte, certificados ya por una entidad competente del país celebrante y ofrecérselos a terceros, sin más limitaciones que las estrictamente

⁹⁶ TC, Rol Nº 767, del 30 de octubre del 2007, en que solicitó la inaplicabilidad del artículo 1 de la Ley Nº 18.865, relativa a las contrataciones de profesionales de los Centros de Atención Sanitaria Militar.

⁹⁷ TC, Roles Nºs 576, del 24 de abril del 2007 y 519, del 5 de junio del 2007. En ambos casos se requirió la declaración de inaplicabilidad de los artículos 12 y 14 de la Ley Nº 17.322, sobre Normas para la Cobranza Judicial de Cotizaciones, Aportes y Multas de las Instituciones de Seguridad Social.

⁹⁸ Ibíd. Considerando 17.

⁹⁹ Sobre la materia vid. Bulnes A., Luz (1980). “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, *RDP*, Nº 28, p. 215. También, Irureta U., Pedro (2006). *Constitución y orden público laboral. Un análisis del artículo 19 Nº 16 de la Constitución chilena*, Ed. U. Alberto Hurtado.

¹⁰⁰ TC, Rol Nº 1254, del 29 de julio del 2009, consid. 85.

¹⁰¹ Ibíd., consid. 87.

necesarias y que se derivan de las normas generales internas del país receptor o de las especiales que la regulan”¹⁰². La Carta Fundamental prohíbe “toda diferenciación en materia laboral, sea cual fuere el motivo invocado, salvo que se base en la aptitud, talento, cualidad o adecuación de una persona para el buen ejercicio de algo”¹⁰³, a lo que debe agregarse que solo el legislador puede impedir una clase de trabajo, “imposibilitando de esta manera, que una autoridad ajena a la función legislativa pueda adoptar una decisión de esta trascendencia”¹⁰⁴.

Se ha señalado en relación a la libertad de trabajo y su protección que “lejos de vulnerarse con la institución del desafuero, se reafirman con la aplicación de este a los contratos de plazo fijo, pues una relación laboral que finalizaría naturalmente con el vencimiento del plazo para el que fue convenida, necesita de autorización judicial para que el empleador le ponga término”¹⁰⁵.

Por su parte, se ha sostenido que no se vulnera la libertad de trabajo –cuyo contenido esencial es que “a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador, que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución”¹⁰⁶– en relación a una disposición que regula el procedimiento de exclusión de los síndicos de quiebra, dado que se trata de personas que no realizan “una actividad libre sino sujeta a una intensa regulación, donde se encuentra la inclusión en un registro habilitante y, consecuencialmente, la exclusión de este”¹⁰⁷.

A su vez, en relación a la prohibición que se impone a los jueces tributarios y aduaneros de ejercer cualquier actividad remunerada, se señaló que se ajusta a la Carta Fundamental, en cuanto se refiere al ejercicio de una actividad laboral por la cual se obtiene una retribución, “sin quedar comprendida en ella la administración del propio patrimonio que (...) posea”¹⁰⁸. Igualmente, en cuanto a la prohibición de ocupar cargos en otras entidades, sea que persigan o no fines lucro, se estimó que no vulnera la Constitución “si se tiene presente que se está regulando la libertad de trabajo de los nuevos

¹⁰² TC, Rol N°804, 28 de diciembre del 2007, consid. 11.

¹⁰³ Ibíd., consid. 29.

¹⁰⁴ Ibíd., consid. 30.

¹⁰⁵ TC, Rol N° 698, 14 de septiembre del 207, consid. 9.

¹⁰⁶ TC, Rol N° 1413, 16 de noviembre del 2010, consid. 21.

¹⁰⁷ Ibíd., consid. 23.

¹⁰⁸ TC, Rol N°1243, 30 de diciembre del 2008, consid. 43.

jueces con el razonable propósito de evitar los conflictos de intereses que, como consecuencia de las funciones que están llamados a desempeñar, se les puede presentar”¹⁰⁹.

Finalmente, debe destacarse un pronunciamiento dirigido contra el artículo 26 bis del Código del Trabajo, en cuanto regula las esperas entre turnos laborales que les corresponde cumplir a los choferes y auxiliares del transporte rural colectivo de pasajeros, el que se considera no imputable a la jornada de trabajo y cuya retribución o compensación se ajusta libremente al acuerdo entre las partes. El Tribunal Constitucional señala que si las aludidas esperas “dependen de la discrecionalidad de su empleador y si durante ellas los trabajadores no son libres para hacer lo que deseen sino que deben permanecer dispuestos a seguir las instrucciones que reciban de parte del empleador, esos lapsos deben ser considerados laborados”¹¹⁰. En tal sentido, se destaca que “la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo”¹¹¹.

En suma, se sostiene que “la garantía constitucional de libertad de trabajo y su protección que declara el artículo 19 N° 16° de la Constitución Política de la República, incluye el reconocimiento de que todo operario debe gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, lo que implica que pueda disponer de descanso adecuado y exista una limitación razonable de la duración del tiempo de trabajo, que le permita disfrutar de tiempo libre para compatibilizar sus obligaciones laborales con los otros aspectos de su vida”¹¹².

En otros fallos, se ha precisado sin embargo que no se desprende de la Carta Fundamental una obligación de pago de los tiempos de espera y descanso del personal de transporte interurbano, ya que de hacerlo no serían lapsus de libre disposición para los trabajadores, y su ocurrencia y duración dependerían del empleador. Por tanto, no es que el legislador haya liberado

¹⁰⁹ Ibíd., consid. 44.

¹¹⁰ TC, Rol N° 1852, 26 de julio del 2011, consid. 6. En el mismo sentido; Roles 2086, 2110, 2114, 2182, 2197 y 2470.

¹¹¹ Ibíd.

¹¹² Ibíd., consid. 7. En el mismo sentido, Roles 2086, 2110, 2114, 2182 y 2197.

al empleador de pagar dicha remuneración, sino que optó por entregar su retribución o compensación a la autonomía de las partes¹¹³.

IV. CONCLUSIONES

1. Los primeros textos constitucionales chilenos del siglo XIX no contienen mayores disposiciones referidas a derechos de contenido social y económico, sino más bien a las libertades públicas, aunque ocasionalmente se hace referencia a la educación pública.
2. La Constitución de 1925 establece que la educación pública es una atención preferente del Estado. A su vez, se impone al Estado el deber de velar por la salud pública. Con las reformas de 1971 se profundiza el Estado Social de Derecho al otorgarse al Estado un rol fundamental en materia educacional, además de regularse por primera vez el derecho a la seguridad social y la justicia de la remuneración laboral.
3. El actual texto constitucional refuerza la servicialidad del Estado y su finalidad de promover el bien común. Asegura nuevos derechos, como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y resalta el rol fundamental del Estado en relación a las diversas acciones vinculadas a la salud (preventivas y rehabilitadoras), a la promoción del derecho a la educación en sus diversos niveles y al acceso a las prestaciones básicas uniformes en materia de seguridad social.
4. El artículo 20 de la Constitución Política permite que cualquier afectado por un acto u omisión ilegal o arbitraria recurra de protección a las Cortes de Apelaciones en caso que sean amenazados, perturbados o privados sus derechos fundamentales. Entre estos últimos no se encuentran tutelados con la acción de protección los derechos de contenido social, de modo que frente a situaciones abusivas de particulares o de la autoridad la Corte Suprema ha dado amparo a través de otros derechos, como el derecho de propiedad y la igualdad ante la ley.
5. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de efectuar diversos pronunciamientos en relación a los derechos de contenido social y económico, particularmente a través de la acción de inaplicabilidad.

¹¹³ TC, Rol 2199, c. 7. En el mismo sentido, Roles 2213, c. 7 y 2470, c. 5.

6. Así, ha señalado que infringe la Carta Fundamental la disposición legal que autoriza modificaciones en los planes de salud en atención a factores vinculados a la edad o sexo del cotizante, declarándose incluso recientemente la inconstitucionalidad de la normativa. Por su lado, en el ámbito de la seguridad social, no ha estimado como contrarias a la Constitución el decretar órdenes de arresto en contra de empleadores que no han enterado cotizaciones previsionales que son de propiedad de sus trabajadores. También se ha resaltado el acceso de los ciudadanos a las playas, como bienes nacionales de uso público. Del mismo, se ha considerado recientemente como vulneratorio de la libertad de trabajo una disposición legal que deja al arbitrio del empleador los tiempos de esperas de los choferes de buses.

7. Por último, en el ámbito educacional, ha reconocido como legítimo la finalidad perseguida por el legislador de mejorar la calidad de la educación, lo que además es una exigencia para el Estado. Finalmente, se ha precisado que los verdaderos titulares del derecho a la educación son los alumnos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Álvarez R., Sergio (1990). “Aspectos del derecho a la protección de la salud como garantía fundamental de un Estado de Derecho”, *Revista de Derecho Público*, N° 47/48.
- Bazán, Víctor (2005). “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II.
- Benda, Ernesto (2001). “El Estado Social de Derecho”, en *Manual de Derecho Constitucional*.
- Bernal Pulido, Carlos (2005). “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales”, en *El derecho de los derechos*, Colombia.
- Bertelsen Repetto, Raúl (1998). “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de 15 años de jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 25.
- Bulnes A., Luz (1980). “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, *RDP*, N° 28.
- ____ (2001). “El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980”, *Actualidad Jurídica*, N° 4.

- Costar, Vasco (2001), “Derechos laborales y Constitución de 1980”, en *20 años de la Constitución Chilena*.
- Gaete R., Sergio (1987). “El derecho-deber a la educación”, *Revista de Derecho Público*, Nº 41/42.
- Huneeus Z., Jorge (1879). *La Constitución ante el Congreso*, 2 vols.
- Irureta U., Pedro (2006). *Constitución y orden público laboral. Un análisis del artículo 19 Nº 16 de la Constitución chilena*, Ed. U. Alberto Hurtado.
- Lastarria, José V. (1856). *La Constitución Comentada*.
- Navarro Beltrán, Enrique (1993). “Recurso de Protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, *Revista Chilena de Derecho*, Nº 20.
- _____. (2001). “Las Constituciones Chilenas en el siglo XX y sus reformas”, en *20 años de la Constitución Chilena*.
- _____. (2002). “Límites al recurso de protección en materia contractual”, *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Nº 6.
- _____. (2005). *Soluciones jurisprudenciales a desprotecciones constitucionales*, Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público, Ed. Lexis Nexis, pp. 291-294.
- _____. (2008). “La Justicia Constitucional Chilena, después de la Reforma de 2005”, en *Libro Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*, Editorial Porrúa de México.
- _____. y Carmona S., Carlos (2015). “Recopilación de jurisprudencia del TC 1981-2015”, *Cuadernos 59 del TC*.
- Nogueira A., Humberto (coordinador) (2010). *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*.
- Ribotta, Silvana y Rossetti, Andrés (editores) (2010). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el desarrollo y la justicia*, Madrid.
- Rodríguez O., Óscar (1998). *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Granada.
- Roldán, Alcibiades (1924). *Elementos de Derecho Constitucional*.
- Silva B., Alejandro (1963). *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 Tomos.
- Soto Kloss, Eduardo (1992). “Propietarización de los derechos. No una “herejía” sino la “esencia” de lo que es derecho”, *Informe Constitucional*, Nº 329 (junio).
- _____. (2001). “El recurso de protección, institución esencial de una sociedad libre”, en *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*, Santiago.
- Valencia A., Luis (1951). *Anales de la República*.

Vásquez M., José I. y Navarro B., Enrique (2001). “Las Constituciones vigentes en Chile en el siglo XX y sus reformas”, en *20 años de la Constitución Chilena*.

Vergara Blanco, Alejandro (1992). “La propietarización de los derechos. Propiedad sobre los derechos”, *Informe Constitucional*, N° 322 (junio).

LA HUELGA COMO HECHO SOCIAL Y COMO DERECHO FUNDAMENTAL¹

THE STRIKE AS A SOCIAL FACT AND AS A FUNDAMENTAL RIGHT

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA²

Resumen: En el presente artículo, se analiza el derecho a huelga y su regulación en la Constitución vigente y en la normativa internacional y su reconstrucción dogmática que se ha intentado realizar desde la doctrina y la jurisprudencia, para luego desarrollar su proyección en el nuevo texto constitucional.

Abstract: This paper analyzes the strike right and its regulation in the current Constitution and the international law, as a dogmatic reconstruction who has been attempted to does from the doctrine and jurisprudence, in order to develop its projection in the new constitutional text.

Palabras clave: Derecho de huelga. Derecho social. Nueva Constitución.

Key words: Right to strike. Social Right. New Constitution.

¹ Ponencia presentada en el Seminario “La Constitución Laboral” realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el día 5 de abril del 2016.

² Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

I. PROEMIO

La huelga en la Constitución vigente es una norma de principio situada en la parte dogmática encuadrable desde la taxonomía de normas jurídicas como un mandato de prohibición dirigido a los poderes públicos y en especial al legislador y que reza: “No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sujetos a la prohibición que establece este inciso”³.

La Constitución de 1980, desde un horizonte ideológico autoritario y neoliberal, que trasunta coherentemente en la Constitución económica y social, aborda los derechos económicos, sociales y culturales desde la negación, conectándolo a un principio de subsidiariedad y a un modelo de Estado mínimo. El mandato de prohibición reseñado y la no consagración del derecho al trabajo son un reflejo de lo dicho.

No obstante la exigua regulación normativa de la Constitución, tanto la jurisprudencia como la doctrina han intentado reconstruir dogmáticamente la protección constitucional del trabajo y de la huelga, lo cual se refleja en las decisiones del Tribunal Constitucional, que utilizando una hermenéutica sistemática y progresiva, identifica en el trabajo y la huelga bienes constitucionales protegidos⁴. La doctrina constitucional y laboral da un salto más allá, al sustentar la *iufundamentalidad* de la huelga en un nuevo

³ Zúñiga, Francisco y Sepúlveda, Enrique (2010). “La huelga en la Constitución. El caso de los trabajadores de empresas de servicio”, en *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*, Santiago, CECOCH, Librotecnia, pp. 401-402. Véase también Zúñiga, Francisco (2008). “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, N° 20. También en: “Nueva Constitución para Chile. Las ‘Bases’ y las nuevas ideas políticas-constitucionales”, *Revista de Derecho Público*, 2014.

⁴ STC Rol N° 2110 - 11. 16 de octubre del 2012.

concepto de derechos fundamentales (Nogueira Alcalá)⁵, en un bloque de constitucionalidad o un despliegue dogmático (Gamonal, Ugarte)⁶.

Se trata de un salto teórico-metodológico deudor del *neoconstitucionalismo* (*neoiusnaturalismo*) y de una apertura sin resguardos a las fuentes de derecho internacional de los derechos humanos sobre el trabajo, la sindicación y la huelga, asilados en las potencialidades rematerializadoras del derecho constitucional en su parte dogmática que posee el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución⁷.

Tal como hemos señalado en otras ocasiones, nuestra perspectiva es crítica de los enfoques *neoconstitucionales* y *originalistas*, independiente de si sus soportes ideológicos sean interpretaciones conservadoras o progresistas de los derechos fundamentales antes enunciados⁸.

La *iusfundamentalidad* del derecho al trabajo, del derecho a la negociación colectiva, del derecho de sindicación y del derecho de huelga debe arrancar de una decisión constituyente que abra el horizonte ideológico, autoritario y neoliberal de la Constitución a un horizonte pluralista que abree de las tres tradiciones y culturas constitucionales modernas: constitucionalismo liberal, democrático y social; en las magnitudes que la soberanía popular fije; todo en coherencia con modelo de Estado social adecuado.

Luego, y en particular el derecho de huelga, debe ser una tarea a abordar en el proceso constituyente genético de una nueva Constitución, y el piso de tal reconocimiento debe ser la Constitución de 1925 reformada en 1971,

⁵ Nogueira, Humberto (2009). “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 7, Nº 2, pp. 143-205.

⁶ Véase Gamonal, Sergio (2013). “El derecho a la huelga en la Constitución”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, vol. 20, Nº 1. Ugarte, José Luis (2014). “La huelga en el Derecho Laboral chileno: superando el espejismo”, en *Jornadas del Trabajo*.

⁷ Espejo, Nicolás et al. (2009). *Manual sobre justiciabilidad de Derechos Sociales para jueces de Iberoamérica*, Santiago de Chile, Red Iberoamericana OXFAM-Chile, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, p. 176.

⁸ Nuestras críticas al neoconstitucionalismo (*neoiusnaturalismo*) de izquierdas o de derechas, han sido desarrolladas en variadas intervenciones y artículos científicos; a modo de ilustración: Zúñiga, Francisco (2010). “Judicatura y activismo judicial”, *Revista de Derecho Público*, Nº 73, pp. 66-68. Zúñiga, Francisco (2012). “Nueva Constitución y constitucionalismo del bicentenario”, *Revista de Derecho Público*, Nº 76, pp. 128-130. Zúñiga, Francisco (2012). “Nueva constitución y constitucionalismo en Chile”, en *Anuario de Derecho constitucional Iberoamericano*, Año XVIII, pp. 175-177.

sin perjuicio de recurrir al derecho constitucional comparado a la hora de buscar una fórmula adecuada y sistémica⁹.

En lo que sigue, abordaremos el tema que nos convoca realizando, en primer término, una serie de consideraciones previas sobre la regulación normativa (internacional y constitucional) del derecho al trabajo y sus conexiones con el derecho a la huelga (II), para luego emprender el análisis sobre los contenidos y límites del derecho a la huelga y su complementariedad con el derecho convencional (III), su reconocimiento como derecho fundamental y el abordaje dogmático que la doctrina laboral y constitucional ha realizado del derecho en comento (IV), para finalmente desarrollar en nuestras conclusiones los derroteros que pueden transitarse en la elaboración de un nuevo texto fundamental para la consagración del derecho a la huelga en nuestro ordenamiento constitucional (V).

II. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO

1. La exigua configuración constitucional del trabajo en Chile como consecuencia del techo ideológico neoliberal y autoritario de la Constitución de 1980

El artículo 19 N° 16 de la CPR regula una heterogeneidad de objetos de protección, cuyo acento es la garantía de la libertad de trabajo, asegurando la facultad de los individuos a la libre contratación y elección de trabajo complementada con una norma de prohibición de trato discriminatorio en materia laboral. Esta opción constitucional, tal como nos recuerda la doctrina, no solo engloba en un solo precepto todas las manifestaciones del trabajo humano independiente de la naturaleza del vínculo laboral, sino que trae aparejada una interpretación reducida e individual de la norma constitucional, velando el carácter jurídico-social de la garantía¹⁰.

⁹ Cazor Aliste, Kamel y Cortés Moreno, Gonzalo (2012). “Las indefiniciones teóricas y dogmáticas del derecho de huelga en Chile”, en *Derechos económicos sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago, Librotecnia, pp. 248-249.

¹⁰ Irureta, Pedro (2006). *Constitución y orden pública laboral. Un análisis del art. 19 N° 16 de la Constitución Chilena*, Santiago, Colección de Investigaciones Jurídica, Universidad Alberto Hurtado, N° 9, p. 33.

Los resultados concretos de la fórmula constitucional son la negación del derecho al trabajo como derecho fundamental y en el reforzamiento de una lectura de la libertad de trabajo y contratación en conexión con la libertad de empresa, en clave de derechos civiles, los cuales se encuentran consagrados positivamente en el ordenamiento constitucional y debidamente garantizados mediante la acción de tutela de derechos fundamentales¹¹.

El artículo 19 Nº 16 dispone que la Constitución asegura a todas las personas:

La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba

¹¹ Zúñiga, Francisco y Sepúlveda, Enrique (2010), op. cit., p. 404, 402.

someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso.

Como es posible apreciar, desde el primer inciso del artículo 19 N° 16 de la CPR, se detecta el carácter liberal de la garantía, cuyo acento se encuentra en la autonomía de la persona para realizar cualquier actividad laboral o productiva lícita, concretadas en libertades como la de trabajo, de contratación, de la elección de trabajo, de la libertad de afiliación y no discriminación laboral, alejándola de cualquier posibilidad interpretativa de adscribir a su contenido un derecho social fundamental.

De ahí que haya sido tanto la doctrina como la jurisprudencia de los tribunales las encargadas de extender el alcance de la regulación constitucional contenida en el artículo 19 N° 16 de la CPR, articulando una garantía protectora del trabajador limitando las consecuencias hermenéuticas de una lectura *canónica* y liberal del trabajo¹².

Bajo esta interpretación, la doctrina ha sostenido que la disposición constitucional no solo ampara la libertad de trabajo sino al trabajo mismo¹³. En efecto, una comprensión acotada de la libertad de trabajo y de contratación como la expresión constitucional de la autonomía privada en las relaciones laborales, implica desconocer los deberes estatales y la función de la ley como instrumento regulador del mercado del trabajo y garantía protectora de la parte más débil de la relación

¹² Marzi, Daniela (2012). “Derecho al trabajo: trabajo con contenido y fines”, en *Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago, Librotecnia, p. 140.

¹³ Bulnes, Luz (1980). “La libertad de trabajo y protección en la Constitución de 1980”, *Revista de Derecho Público*, N° 28.

laboral¹⁴. Asimismo, la protección constitucional del trabajo importa su valoración como un atributo de la dignidad del sujeto, una herramienta indispensable para el despliegue de su personalidad y como un factor relevante para el desarrollo social y económico de la sociedad de la cual ese sujeto forma parte, lo cual permite conectar esta actividad humana con su indisociable dimensión social¹⁵.

De igual manera, la jurisprudencia ha trazado nuevos contornos a la garantía constitucional en comento, complementando sus contenidos constitucionales. En consonancia con lo señalado más arriba, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la CPR no solo protege el trabajo en tanto que libertad de hacer (y que, por lo tanto, comprende un derecho de defensa y la obligación correlativa de no interferencia por parte de terceros), sino que resguarda al trabajo propiamente tal. En ese sentido:

[...] la protección constitucional del trabajo del artículo 19, Nº 16, de nuestra Carta Fundamental no se limita solo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de este y que pueden exigirse efectivamente del Estado¹⁶.

Por lo tanto, la limitada configuración constitucional del trabajo (y su acento en la autonomía laboral) en nuestro ordenamiento jurídico, ha debido ser complementada por una interpretación extensiva de la categoría de “protección al trabajo”, lo cual le ha permitido a la jurisprudencia formular su contenido, elementos esenciales y definir sus límites internos con referencias a aspectos concretos en el desarrollo de la relación laboral como son las jornadas laborales, los tiempos de descanso de los trabajos,

¹⁴ Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto (1994). *Derecho Constitucional*. Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 287.

¹⁵ Irureta, Pedro, op. cit., p. 57.

¹⁶ STC Rol N° 2470, 2 de diciembre del 2013. En el mismo sentido, véase STC Rol N° 2197, 16 de octubre del 2012, STC Rol N° 2182, 16 de octubre del 2012, STC Rol N° 2114, 16 de octubre del 2012.

la huelga, entre otros¹⁷. En este trabajo de hermenéutica constitucional, además, el razonamiento judicial se ha auxiliado de las herramientas e instrumentos normativos que entrega el ordenamiento jurídico convencional y sus órganos de control.

La normativa convencional y su relación de complementariedad con el derecho interno: hacia la construcción sistemática de un derecho al trabajo

La normativa convencional sitúa el trabajo como objeto de protección y cuya tutela jurídica se configura en virtud de la consagración de un derecho humano y de obligaciones estatales correlativas. En ese sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone:

Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Artículo 7

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

¹⁷ En este sentido, a modo de ejemplo, es posible recordar los razonamientos desarrollados por el Tribunal Constitucional en relación a la jornada diaria y descansos en tiempos libres de choferes de servicios de transporte rural, STC Rol N° 1852, 26 de julio del 2011. Por su parte, la Corte Suprema ha sistemáticamente densificado la garantía al trabajo de forma indirecta a través de la protección de derechos laborales como la huelga, la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva; véase el paradigmático fallo: CS Rol N° 5.673 - 2006, 11 de septiembre del 2007.

- i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
- ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

En similares términos, el derecho al trabajo se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, en los artículos 23 y 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 8º de la Declaración Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el artículo 5º e) de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 32 de las Convención sobre Derechos de los Niños, así como los convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo, los artículos 13, 15 y 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en los artículos 6º, 16 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 6º, 7º, 8º y 9º del Protocolo de San Salvador.

Del análisis de la normativa internacional más arriba citada, es posible entender el derecho al trabajo como aquel derecho social subjetivo orientado a garantizar la libertad de trabajo bajo condiciones dignas y el derecho a acceder a un puesto de trabajo en igualdad de condiciones¹⁸. Si bien esta concepción del derecho al trabajo es ampliamente reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos, tratándose de nuestra Constitución, una primera lectura de sus disposiciones parece solo reducir

¹⁸ Espejo, Nicolás (2009). *Manual sobre justiciabilidad de Derechos Sociales para jueces de Iberoamérica*, Santiago, Oxfam, p. 163.

el objeto protección *iusfundamental* a la libertad de trabajo, en desmedro del derecho al trabajo¹⁹.

Sin embargo, a partir de una interpretación sistemática y lógica del derecho al trabajo, la doctrina ha enfatizado una estructura dual del mismo: la garantía de la libertad de trabajo y su protección y el trabajo mismo²⁰. En efecto, la consagración de la libertad de trabajo y, a su vez, la “justa retribución” de la labor realizada, implica el reconocimiento a una condición indispensable para garantizar la calidad de vida decente, adecuada y digna al trabajador, lo cual conlleva implícitamente el reconocimiento del derecho al trabajo, tal cual como lo hacen los instrumentos internacionales de los derechos humanos²¹. En consecuencia, bajo los parámetros convencionales, es posible inferir de nuestro ordenamiento constitucional, tanto la consagración como la garantía del derecho al trabajo como la libertad de trabajo con una justa retribución²².

En ese orden de ideas, el contenido normativo del derecho al trabajo implica el derecho de toda persona a tener la oportunidad de acceder a un trabajo libremente aceptado, e instar al Estado a que tome medidas destinadas a garantizar el reconocimiento y la protección de un conjunto de condiciones que permitan el acceso, mantención y pérdida del trabajo productivo, así como el resguardo de una calidad de vida digna, decente y adecuada del trabajador²³.

El titular de este derecho al trabajo –y su correlativa libertad– es toda persona parte de una relación laboral –privada o pública– como asimismo quienes se desenvuelvan como independientes²⁴. Tal como sucede con el resto de los derechos fundamentales, tanto el derecho al trabajo y la libertad

¹⁹ Nogueira, Humberto (2009). *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo 3, Santiago, Librotecnia, p. 399.

²⁰ Bulnes, Luz, op. cit., pp. 207 a 224.

²¹ Nogueira, Humberto, op. cit., p. 400. Silva Bascuñán, Alejandro (2010). *Tratado de Derecho Constitucional* (con la colaboración de María Pía Silva Gallinato), Tomo XIII, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 438.

²² Ibíd., p. 400. Gamonal, Sergio (2013). “El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 11, pp. 425-458.

²³ Espejo, Nicolás (2009), op. cit., p. 176.

²⁴ Irureta, Pedro (1993). “Libertad de Trabajo”, en *Derecho del Trabajo: normas y realidad. Estudios en homenaje al profesor Ramón Lurenas*, Ediciones Universidad Andrés Bello, p. 38. Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; Nogueira, Humberto (2005). *Derecho Constitucional*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica, pp. 286-287.

de trabajo, presentan diversos contenidos y ámbitos de protección, lo cual, en este caso, resulta más compleja debido a su doble dimensión de derecho prestacional y derecho de libertad.

La trayectoria doctrinaria y jurisprudencial del derecho al trabajo que hemos analizado no ha sido distinta al de otros derechos sociales de carácter laboral en nuestro ordenamiento constitucional. Así ha sucedido con el derecho a la huelga, cuyo concepto, límites y consagración positiva no solo presentan una evidente omisión constitucional, sino que desconocen la tradición constitucional chilena, lo cual pasaremos a revisar en los próximos apartados.

III. LA HUELGA COMO DERECHO ECONÓMICO SOCIAL Y CULTURAL

Tradicionalmente, la huelga ha sido conceptualizada como la suspensión unilateral de las obligaciones que emanen del contrato²⁵. Esta definición, de marcado acento privatista, ha dado paso a una comprensión social o colectiva de la huelga, siendo entendida como la abstención colectiva concertada de la prestación laboral en forma temporal por parte de los trabajadores efectuada en forma voluntaria y pacífica, con el objeto de alcanzar sus reivindicaciones laborales, sindicales, económicas o políticas, estableciendo un equilibrio entre partes con fuerza económico desiguales²⁶.

En ese sentido, y como ha sido destacado por la Organización Internacional del Trabajo, la huelga no es un fin en sí misma, sino que es un medio o instrumento para la realización de fines vinculados a los intereses y expectativas de los trabajadores²⁷.

²⁵ Tal como lo advierten Brofman et al., la huelga ha evolucionado desde una lectura privatística como un “hecho protegido por el derecho” a un derecho fundamental de naturaleza social y una dimensión concreta de la libertad sindical y del derecho a negociar colectivamente. Brofman, Alan; Martínez, Juan Ignacio y Núñez, Manuel (2012). *Constitución Política Comentada. Parte Dogmática*, Santiago, Legal Publishing, p. 356.

²⁶ Nogueira, Humberto (2009), op. cit., p. 435.

²⁷ Bernard; Odero, Alberto, y Guido, Horacio (2000). *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, p. 11.

En el caso de nuestro país, el constituyente de 1980 no incluyó regulación alguna de la huelga como derechos de los trabajadores²⁸. En efecto, nuestro texto constitucional solo se limita a consagrar un mandato de prohibición de la huelga dirigido a ciertos destinatarios que desarrollan sus labores en determinados establecimientos (funcionarios de la Administración del Estado, personas que trabajen en corporaciones o empresas que atiendan servicios de utilidad pública, etcétera), descargando en la ley la delimitación de dicha prohibición.

Esta deliberada “desregulación constitucional” de la huelga arranca de su comprensión como un hecho de carácter negativo para la convivencia social y política²⁹. Sin perjuicio de ello, cierta doctrina ha entendido que la ausencia de una regulación específica de la huelga no impide que ella sea configurada por el legislador con las restricciones que establece el inciso final del artículo 19 N° 16 de la Constitución³⁰.

Ahora bien, la reducción normativa de la Constitución de 1980 de la huelga a un mandato de prohibición, permite desde una perspectiva de *constitutione ferenda* analizar y dilucidar los contenidos esenciales de la huelga en tanto que derechos de los trabajadores de naturaleza social en virtud de los desarrollos acometidos por la normativa convencional del derecho del trabajo y los organismos internacionales que cautelan su cumplimiento.

En ese sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su artículo 8º.1. literal d), asegura “El derecho de huelga ejercido de conformidad con las leyes de cada país”.

Por su parte, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha precisado que “Los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no solo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional,

²⁸ Zúñiga, Francisco y Sepúlveda, Enrique (2010), op. cit., p. 406.

²⁹ Cea, José Luis (2004). *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 438. Tal como lo pone de relieve Cea, al citar a la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución: “La Comisión no considera a la huelga como un derecho, sino como una solución de fuerza que no conlleva en sí ningún principio de justicia, y además, en nuestro país ha sido usada por ciertos grupos políticos como un instrumento de la lucha de clases [...]”.

³⁰ Nogueira, Humberto (2009), op. cit., p. 435.

sino que engloban también la búsqueda de soluciones, a las cuestiones de política ‘económica y social’”³¹.

De ahí que la consideración de la huelga como derecho responda a la necesidad de equilibrar las relaciones entre empresarios y trabajadores en el ámbito laboral y sirva como herramienta para la búsqueda de la paz social. A su vez, el ejercicio del derecho a la huelga se articula y encuentra una especial conexión con otros derechos que se desenvuelven en las relaciones laborales, como la libertad sindical y la negociación colectiva que en conjunto permiten otorgar plena efectividad a los derechos de los trabajadores en sus relaciones con el empleador. De ahí que, y tal como lo ha determinado el Tribunal Constitucional español, la eficacia de la huelga como medio de presión social es un elemento esencial y que define dicho derecho³². En virtud de lo anteriormente señalado, es que se ha considerado a la huelga un derecho fundamental o un valor constitucional imprescindible para el ordenamiento jurídico, tal como lo ha dictaminado el Consejo Constitucional francés³³.

En consonancia con la perspectiva de *constitutione ferenda* que hemos asumido, es menester considerar a la hora de dilucidar los contenidos y elementos indispensables del derecho a la huelga, la jurisprudencia y resoluciones del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT, la cual contiene

³¹ Organización Internacional del Trabajo (2006). *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT Ginebra*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, párrafo 526, p. 116. Véase también Balmaceda, Manuel (1998). *Principio de derecho internacional del trabajo O.I.T.*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 216.

³² STC español N° 71/1984, 21 de marzo de 1984. En el mismo sentido, pero relativo a la efectividad del derecho a la huelga y la sustitución interna de trabajadores paralizados, STC español N° 132/1992, 28 de septiembre de 1992. Asimismo, no es posible dejar de citar la sentencia N° 11 de 1981 del Tribunal Constitucional español la cual no solo desarrolló los elementos constitucionales basales del derecho a la huelga, sino que vino a determinar el sentido de la cláusula de esencialidad de los derechos presente en la Constitución española (art. 53.1) y su utilidad como herramienta de interpretación para determinar los límites internos y externos que configuran cada derecho fundamental. STC español N° 11/1981, de 8 de abril de 1981.

³³ SCC francés N° 2007-556 DC, 16 de agosto del 2007. En cuyo considerando 10 establece que: “[...] los constituyentes pretendieron señalar que el derecho de huelga es un principio de valor constitucional pero que tiene límites y habilitaron al legislador para determinarlos operando la conciliación necesaria entre la defensa de los intereses profesionales, de los cuales la huelga es un medio, y la salvaguardia del control general que puede vulnerar la huelga [...]”.

un importante cuerpo de principios, reglas y limitaciones aplicables a la materia analizada.

El Comité de Libertad Sindical ha determinado que “el derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales de que disponen para promover sus intereses profesionales”³⁴.

Entre las principales facultades que integran el derecho de huelga, pueden señalarse las de:

- a) Ejercer o no el derecho de huelga;
- b) Facultad de establecer el pliego de peticiones de reivindicaciones en defensa de los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores;
- c) Facultad de convocar a huelga en el marco del bloque constitucional de derechos, como asimismo de ponerle término a dicha convocatoria;
- d) Facultad para adoptar las medidas necesarias para su desarrollo dentro del marco jurídico vigente;
- e) Facultad para determinar la modalidad que adoptará la huelga y el plazo determinado o indefinido de ella³⁵.

En ese sentido, el Comité de Libertad sindical de la OIT “ha reconocido siempre el derecho a la huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales”³⁶, entendiendo por intereses económicos y sociales, como la búsqueda por parte de los trabajadores de “[...] soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida”³⁷. Ahora bien, para el Comité, la finalidad de una huelga realizada por los trabajadores no puede estar revistada de una motivación puramente política, encontrándose excluida de los principios de la libertad sindical³⁸, sin perjuicio de que se reconoce que “[...] los sindicatos deberían poder organizar huelgas de protesta, en particular para

³⁴ Organización Internacional del Trabajo (2006), op. cit., párrafo 522, p. 215.

³⁵ Nogueira, Humberto (2009), op. cit., pp. 437-438.

³⁶ Organización Internacional del Trabajo (2006), op. cit., párrafo 521, p. 115.

³⁷ Ibíd., párrafo 527, p. 116.

³⁸ Ibíd., párrafo 528, p. 116.

ejercer una crítica contra la política económica y social del gobierno”³⁹, en solidaridad de una organización sindical con una huelga legal ya iniciada⁴⁰ o en apoyo al reconocimiento legal de un sindicato⁴¹.

Como nos recuerda Nogueira, el ejercicio del derecho de huelga implica la lesión de derechos, intereses y bienes de terceras personas (empresarios, Estado, consumidores, usuarios) en cuanto medida de presión social, cuyas consecuencias pueden incluso ir más allá del territorio estatal⁴².

Por ello, es que el contenido del derecho y la configuración de sus límites externos dependerá tanto de las restricciones legales que desarrolle sus contenidos como de la resolución de los conflictos con otros derechos fundamentales por parte de los tribunales de justicia⁴³. Generalmente, esta tensión suele resolverse compatibilizando, por una parte, la no suspensión de servicios esenciales o indispensables y el legítimo ejercicio de acciones materiales que comprende el derecho a la huelga de modo de no impedir la consecución de sus objetivos.

En ese sentido, todo tipo de regulación o limitación del derecho a la huelga debe ser efectuado por el legislador, en tanto órgano constitucionalmente habilitado para delimitar el contenido y las condiciones de ejercicio de un derecho fundamental. Esta función configurada de la ley debe observar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de la regulación legal, de modo de no tornar ineffectivo el derecho vaciando su contenido esencial. De ahí que la restricción del ejercicio del derecho a la huelga no puede provenir de la potestad reglamentaria, materializada en una decisión administrativa sostenida en conceptos jurídicos indeterminados cuyo “núcleo discrecional” muchas veces resulta inaccesible al control judicial⁴⁴.

Una consideración similar cabe realizar respecto de la prohibición de la huelga, en tanto manifestación concreta de las limitaciones de las

³⁹ Ibíd., párrafo 529, p. 117.

⁴⁰ Ibíd., párrafo 534, p. 118.

⁴¹ Ibíd., párrafo 535, p. 118.

⁴² Nogueira, Humberto (2009), op. cit., p. 438.

⁴³ En nuestro país, el conflicto entre el ejercicio de la huelga y libertades constitucionales como el de empresa o el derecho de propiedad del empresario ha traído aparejado la delimitación de los contenidos normativos del derecho a huelga, en particular, en casos sobre el reemplazo de huelguistas o la “sustitución interna” de trabajadores movilizados. Véase CS Rol N° 5.331-2006, 2 de octubre del 2007. En el mismo sentido, CS Rol N° 7.239-2013, 11 de marzo del 2014 y CS Rol N° 28.919-2015, 7 de marzo del 2016.

⁴⁴ Cazor Aliste, Kamel y Cortés Moreno, Gonzalo (2012), op. cit., pp. 254-255.

cuales puede ser objeto este derecho. En efecto, como se desprende de los estándares fijados por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, si bien se admite la prohibición de la huelga en la función pública o tratándose de servicios esenciales, su regulación no puede resultar demasiado detallada, ni restrictiva ni menos aún hacer depender de criterios discrecionales la determinación de qué trabajadores no deben ejercer el derecho a la huelga.

Como lo hemos advertido en otra oportunidad, la prohibición constitucional de la huelga consagrada en el artículo 19 N° 16 de la CPR vulnera los estándares de los instrumentos internacionales y los criterios desarrollados por los órganos de supervisión de los convenios de la OIT⁴⁵. Si bien la Constitución, al formular dicha prohibición dirigida a los funcionarios del Estado, de las municipalidades, las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional, reserva a la ley la determinación de los establecimientos cuyos trabajadores estarán sujetos a dicho mandato, el legislador laboral le entrega esa calificación a la Administración, la cual cuenta con un amplio margen de apreciación para establecer y modular la prohibición del ejercicio del derecho a huelga⁴⁶.

Esta regulación mínima del derecho a la huelga de los funcionarios públicos ha tenido una accidentada trayectoria en la jurisprudencia de los tribunales de justicia de nuestro país, cuyas decisiones han carecido de uniformidad y coherencia. Así lo demuestra la sentencia de los últimos años referente a la aplicación de medidas disciplinarias a funcionarios públicos en el contexto de movilizaciones, rechazándose en un primer momento las instrucciones de procedimientos disciplinarios y las imposiciones de sanciones, para luego reconocer la potestad de la Administración de ejercer y aplicar dichas

⁴⁵ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Chile 11/26/2004* “41. El Comité anima al Estado Parte a que vele por que no se restrinjan los derechos sindicales de las autoridades judiciales y los miembros de los partidos políticos establecidos en el artículo 8 del Pacto. Asimismo, lo alienta a que revise el artículo 381 del Código del Trabajo, que prevé la posibilidad de sustituir a los trabajadores en huelga, y el artículo 384, que contiene una definición demasiado poco precisa de los servicios esenciales en que la huelga está prohibida”.

⁴⁶ Véase el artículo 384 del Código del Trabajo. Asimismo: Zúñiga, Francisco y Sepúlveda, Enrique (2010). “La huelga en la Constitución. El caso de los trabajadores de empresas de servicio”, en *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*, op. cit., pp. 404, 419.

medidas en virtud de las atribuciones jerárquicas y de mando que se reconocen a los jefes de los servicios públicos⁴⁷.

En relación a la limitación más intensa que puede sufrir el derecho a la huelga, como lo es su prohibición, el Comité de Libertad Sindical ha determinado que “la prohibición de la huelga solo podría ser aceptable, con respecto a los funcionarios públicos, que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o con respecto de los trabajadores de los servicios esenciales en el sentido estricto del término”⁴⁸. El citado Comité ha definido los servicios esenciales como aquellos “servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o parte de la población”⁴⁹ o también denominados “servicios esenciales en sentido estricto” respecto de los cuales resulta admisible establecer restricciones o prohibiciones a la procedencia de la huelga.

Cabe precisar que la normativa convencional ha regulado aquellas situaciones en que, acaeciendo la huelga, se requieran “servicios mínimos” destinados a resguardar la seguridad de las personas o de las instalaciones, en la medida que se cumplan con los siguientes presupuestos: a) la huelga repercuta en servicios esenciales en sentido estricto; b) se trate de servicios no esenciales en que la huelga de cierta duración y extensión puede provocar la alteración de las condiciones de vida de un país; y c) la huelga afecte a servicios públicos trascendentales. En todos estos casos, la normativa internacional y sus órganos de control han considerado indispensable establecer, en caso de huelga, servicios mínimos de funcionamiento a quienes requieran de ellos con urgencia⁵⁰.

Para la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios son considerados como servicios esenciales, en sentido estricto, el sector

⁴⁷ Véase en relación al primer momento, v.gr. CS Rol N° 1.890-2011, 25 de abril del 2011, y CS Rol 2094-2011, 25 de abril del 2011, y en relación al segundo momento CS Rol N° 4.992-2011, 27 de septiembre del 2011.

⁴⁸ Organización Internacional del Trabajo (2006), op. cit., párrafo 541, pp. 118-119.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Organización Internacional del Trabajo (1994). *Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949. Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 81^a reunión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, párrafo 161, p. 76. Organización Internacional del Trabajo (2006). *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT Ginebra*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, párrafo 606, p. 131.

hospitalario, los servicios de electricidad, las fuerzas armadas, los bomberos, los servicios penitenciarios, los servicios de agua potable, los servicios telefónicos y el control de tráfico aéreo.

Por otra parte, el Comité ha señalado que un servicio considerado no esencial puede convertirse en tal, en la medida que la huelga tenga una duración prolongada o que las dimensiones de la paralización pongan en peligro la vida, la salud o la seguridad de la población⁵¹.

Finalmente, en aquellos casos en que el derecho de huelga se encuentra limitado o suprimido en ciertas empresas o para ciertos trabajadores, el Comité ha recomendado establecer “garantías compensatorias” que posibiliten la eficaz defensa de los intereses de los trabajadores, tales como procedimiento de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos⁵².

IV. LA HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En nuestro medio, la doctrina se encuentra conteste sobre la ausencia de consagración y configuración constitucional del derecho a la huelga en nuestro texto fundamental, debido principalmente, a la ideología dominante de los redactores de la Constitución de 1980⁵³.

Ante ese vacío normativo, tanto la doctrina laboral como constitucional se han abocado a construir una lectura alternativa de la Constitución que permita predicar la *fundamentalidad* del derecho a la huelga. Así, por ejemplo, Nogueira Alcalá aborda conceptualmente la huelga como un derecho fundamental asilado en una concepción neoconstitucionalista (neoiusnaturalista), definiendo la iusfundamentalidad a partir de los valores soportantes de los derechos y no de la fuente formal del derecho de su establecimiento y/o garantía.

Por su parte, para Ugarte y Caamaño, la omisión constitucional en la consagración del derecho a la huelga puede ser resuelta con la teoría de los derechos implícitos. En virtud de esta tesis, la prohibición constitucional

⁵¹ Ibíd., párrafo 159-160, pp. 75-76.

⁵² Ibíd., párrafo 164, p. 77.

⁵³ Cazor Aliste, Kamel y Cortes Moreno, Gonzalo (2012), op. cit., pp. 247-248.

expresa de la huelga para ciertos sectores y funcionarios permite inferir que la Constitución reconoce “implícitamente” el rango constitucional de la huelga para el resto de los casos⁵⁴.

Finalmente, para Gamonal, la consagración y construcción dogmática del derecho a la huelga como un derecho fundamental depende de una doble operación: el reconocimiento de la huelga como uno de los pilares de la libertad sindical (al igual que el sindicato y la negociación), cuyo fundamento positivo es el artículo 19 N° 19 de la CPR, reforzada por la aceptación de la tesis del bloque de constitucionalidad y sus consecuencias interpretativas en la aplicación del texto fundamental en material laboral⁵⁵.

V. CONCLUSIONES

Nuestras conclusiones sobre la huelga como un hecho social y como un derecho fundamental tiene un telón de fondo histórico positivo: su recepción en la Constitución de 1925 reformada por el Estatuto de Garantías de 1971.

La fórmula empleada por el constituyente histórico es la siguiente: la Constitución asegura ahora a todos los habitantes de la República la libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene *derecho al trabajo*, a la *libre elección de este*, a una *remuneración suficiente* que asegure a ella y su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una *justa participación* en los beneficios que de su actividad provengan. Asimismo, se asegura el *derecho a sindicarse* en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena, *y el derecho de huelga*, todo ello en conformidad a la ley. Los sindicatos y las federaciones y confederaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley. Los sindicatos son libres para cumplir sus propios fines.

⁵⁴ Caamaño, Eduardo y Ugarte, José Luis (2008). *Negociación Colectiva y Libertad Sindical, un enfoque crítico*, Santiago, LegalPublishing; Ugarte, José Luis (2007). “La tutela de los derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XX, N° 2, pp. 46-77; Ugarte, José Luis (2000). “La libertad sindical y la Constitución del 80: como superar una vieja lectura”, *Revista Laboral Chilena*, Santiago, pp. 66-79.

⁵⁵ Gamonal, Sergio (2013). “El derecho a la huelga en la Constitución chilena”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Chile, N° 1, pp. 122-123.

El inciso final del N° 14 del Art. 10 señala que ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

A mi juicio, la fórmula del constituyente histórico debe ser el piso de una nueva Constitución y de un proceso constituyente que abra el horizonte ideológico autoritario-neoliberal de la Constitución⁵⁶. La fórmula tiene ventajas: la Constitución reformada coexistió con una legislación del trabajo compatible, es una decisión que gozó de amplia legitimidad democrática, y que brinda al legislador democrático un amplio margen de decisión, en armonía con el tratamiento de la huelga prohibida, la negociación, y los servicios mínimos.

Por otra parte, el derecho constitucional comparado latinoamericano, tanto de las constituciones de la transición (década de 1980) como de las constituciones del nuevo constitucionalismo (1988)⁵⁷, le confieren al derecho de huelga *iusfundamentalidad* y amplia libertad al legislador democrático, contrariando la acusación y tópico de la grafomanía constitucional⁵⁸.

Finalmente, se requiere un abordaje sistémico de los derechos fundamentales de la Constitución económica y social, en particular los del trabajo (derecho al trabajo, derecho de sindicalización, derecho a la

⁵⁶ Esta estrategia forma parte de la operación constituyente destinada a cambiar la vieja Constitución por una “Constitución del Bicentenario”, en la cual confluyan la tradición liberal, democrática y social; véase Zúñiga, Francisco (2014). “Presentación”, en *Nueva Constitución y momento constitucional* (Francisco Zúñiga, coordinador), Santiago, Legal Publishing. También: Zúñiga, Francisco (2013). “Nuevos derechos y Estado de Chile”, en *La codificación y la recepción legislativa de las demandas sociales*, Santiago, Legal Publishing, pp. 26-29.

⁵⁷ En diversas constituciones latinoamericanas, se consagra la libertad sindical, el derecho a la huelga y el de sindicación: Argentina, artículo 14 bis; Bolivia, artículo 159; Brasil, artículos 8 y 9; Colombia, artículos 39 y 56; Costa Rica, artículos 60 y 61; Ecuador, artículo 35; El Salvador, artículos 47 y 48; Guatemala, artículos 102, 104 y 116; Honduras, artículo 128; México, artículo 123; Nicaragua, artículos 83 y 87; Panamá, artículos 64 y 65; Paraguay, artículos 96 y 98; Perú, artículos 28, 42 y 153; República Dominicana, artículo 8; Uruguay, artículo 57; Venezuela, artículos 95 y 97. Base de Datos Políticos de las Américas (2006). Derecho a la Sindicalización y huelga. *Estudio Constitucional Comparativo*. [Internet]. Centro de Estudios Latinoamericanos, Escuela de Servicio Exterior, Universidad de Georgetown. En: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/huelga.html>

⁵⁸ Sartori, Giovanni (1996). *Ingeniería Constitucional Comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, p.213. Véase sobre la “incontinencia” o “maximalismo” en las redacciones de las Constituciones latinoamericanas: Zúñiga, Francisco. “Constitución y cláusulas económicas y sociales”. Algunas notas acerca de la operatividad de las normas constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales*, N° 21, pp. 319-345.

negociación colectiva, y derecho de huelga), derechos que pertenecen a una categoría especial de derechos económicos, sociales y culturales “no prestacionales”; y que trasladan al campo del conflicto capital-trabajo, a la lucha social y política los rangos de simetría en la relación de estos dos factores centrales del desarrollo capitalista moderno.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS (BIBLIOGRAFÍA CITADA)

Libros y revistas

- Balmaceda, Manuel (1998). *Principio de derecho internacional del trabajo de la O.I.T.*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Base de Datos Políticos de las Américas (2006). Derecho a la Sindicalización y huelga. *Estudio Constitucional Comparativo*. [Fecha de consulta: 11 de octubre del 2016]. Centro de Estudios Latinoamericanos, Escuela de Servicio Exterior, Universidad de Georgetown. Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/huelga.html>
- Bernard; Odero, Alberto y Guido, Horacio (2000). *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- Brofman, Alan; Martínez, Juan Ignacio y Núñez, Manuel (2012). *Constitución Política Comentada. Parte Dogmática*, Santiago, Legal Publishing.
- Bulnes, Luz (1980). “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, *Revista de Derecho Público*, N° 28, Universidad de Chile.
- Caamaño, Eduardo y Ugarte, José Luis (2008). *Negociación Colectiva y Libertad Sindical, un enfoque crítico*, Santiago, Legal Publishing.
- Cazor Aliste, Kamel y Cortés Moreno, Gonzalo (2012). “Las indefiniciones teóricas y dogmáticas del derecho de huelga en Chile”, en *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago, Librotecnia, pp. 248-249.
- Cea, José Luis (2004). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Chile. 11/26/2004*.
- Espejo, Nicolás (2009). *Manual sobre justiciabilidad de Derechos Sociales para jueces de Iberoamérica*, Santiago de Chile, Red Iberoamericana OXFAM-Chile, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

- Gamonal, Sergio (2013). “El derecho a la huelga en la Constitución chilena”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Chile, N° 1, pp. 122-123.
- ____ (2013). “El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena”, *Estudios Constitucionales*, vol.11, pp. 425-458.
- Irureta, Pedro (1993). “Libertad de Trabajo”, en *Derecho del Trabajo: normas y realidad. Estudios en homenaje al profesor Ramón Luco Larenas*, Ediciones Universidad Andrés Bello, p. 38.
- ____ (2006). *Constitución y orden pública laboral. Un análisis del art. 19 N° 16 de la Constitución Chilena*, Santiago, Colección de Investigaciones Jurídica, Universidad Alberto Hurtado, N° 9.
- Marzi, Daniela (2012). “Derecho al trabajo: trabajo con contenido y fines”, en *Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago, Librotecnia.
- Nogueira, Humberto (2009a). “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 7, N° 2, pp. 143-205.
- ____ (2009b). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo 3*, Santiago, Librotecnia, Santiago.
- Organización Internacional del Trabajo (1994). *Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949. Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 81^a reunión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- Organización Internacional del Trabajo (2006). *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT Ginebra*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- Sartori, Giovanni (1996). *Ingeniería Constitucional Comparada*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Silva Bascuñán, Alejandro (2010). *Tratado de Derecho Constitucional* (con la colaboración de María Pía Silva Gallinato), Tomo XIII, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Ugarte, José Luis (2000). “La libertad sindical y la Constitución del 80: como superar una vieja lectura”, *Revista Laboral Chilena*, Santiago, pp. 66-79.

- ____ (2007). “La tutela de los derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XX, N° 2, pp. 46-77.
- ____ (2014). “La huelga en el Derecho Laboral chileno: superando el espejismo”, en *Jornadas del Trabajo*.
- Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto (1994). *Derecho Constitucional. Tomo I*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Zúñiga, Francisco y Sepúlveda, Enrique (2010). “La huelga en la Constitución. El caso de los trabajadores de empresas de servicio”, en *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*, Santiago, CECOCH, Librotecnia, pp. 401-402.
- Zúñiga, Francisco. “Constitución y ‘cláusulas económicas y sociales’. Algunas notas acerca de la operatividad de las normas constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales*, N° 21, pp. 319-345.
- ____ (2008). “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, N° 20.
- ____ (2010). “Judicatura y activismo judicial”, *Revista de Derecho Público*, N° 73, pp. 66-68.
- ____ (2012). “Nueva Constitución y constitucionalismo del bicentenario”, *Revista de Derecho Público*, N° 76, pp. 128-130.
- ____ (2012). “Nueva constitución y constitucionalismo en Chile”, en *Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano*, Año XVIII, pp. 175- 177.
- ____ (2013). “Nuevos derechos y Estado de Chile”, en *La codificación y la recepción legislativa de las demandas sociales*, Santiago, LegalPublishing.
- ____ (2014). “Nueva Constitución para Chile. Las ‘Bases’ y las nuevas ideas políticas-constitucionales”, *Revista de Derecho Público*, número especial marzo, pp. 25-40.
- ____ (2014). “Presentación”, en *Nueva Constitución y momento constitucional* (Francisco Zúñiga, coordinador), Santiago, Legal Publishing, Santiago.

Jurisprudencia citada

Nacional

Tribunal Constitucional. STC Rol N° 1852, 26 de julio del 2011

Tribunal Constitucional. STC Rol N° 2110-11. 16 de octubre del 2012

Tribunal Constitucional. STC Rol N° 2197, 16 de octubre del 2012

Tribunal Constitucional. STC Rol N° 2182, 16 de octubre del 2012

Tribunal Constitucional. STC Rol N° 2114, 16 de octubre del 2012

Tribunal Constitucional. STC Rol N° 2470, 2 de diciembre del 2013

Corte Suprema. Rol N° 5.673-2006, 11 de septiembre del 2007

Corte Suprema. Rol N° 5.331-2006, 2 de octubre del 2007

Corte Suprema. Rol N° 1.890-2011, 25 de abril del 2011

Corte Suprema. Rol 2094-2011, 25 de abril del 2011

Corte Suprema. Rol N° 4.992-2011, 27 de septiembre del 2011

Corte Suprema. Rol N° 7.239-2013, 11 de marzo del 2014

Corte Suprema. Rol N° 28.919-2015, 7 de marzo del 2016

Extranjera

STC español N° 11/1981, de 8 de abril de 1981

STC español N° 71/1984, 21 de marzo de 1984

STC español N° 132/1992, 28 de septiembre de 1992

SCC francés N° 2007-556 DC, 16 de agosto del 2007

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y ACCIÓN DE PROTECCIÓN

RIGHT TO HEALTH PROTECTION AND ACTION OF PROTECTION

MIRIAM HENRÍQUEZ VIÑAS¹

Resumen: El presente trabajo analiza la estructura y el contenido del derecho a la protección de la salud en nuestro sistema constitucional. Asimismo, identifica el alcance de la tutela que recibe el derecho a la protección de la salud en sede de protección, a pesar de estar excluido del catálogo de derechos amparados por este arbitrio constitucional. Puntualmente analiza los casos de rechazo por parte de las instituciones de salud previsional a brindar una cobertura adicional a sus afiliados para enfermedades catastróficas relativas a ciertos tratamientos o medicamentos, correspondiente al período 2006-2015.

Abstract: This paper analyzes the structure and content of the right to health protection in our constitutional system. It also identifies the scope of the protection it receives the right to health protection in host protection, despite being excluded from the catalog of rights protected by this constitutional discretion. Punctually it analyzes the cases of rejection by the health insurance institutions to provide additional coverage to its members for catastrophic illnesses related to certain treatments or medications for the period 2006-2015.

Palabras clave: Derecho a la protección de la salud. Acción de protección. Jurisprudencia.

Key words: Right to health protection. Protection action. Jurisprudence.

¹ Abogado, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado. Email mhenriqu@uahurtado.cl
Agradezco la colaboración de los ayudantes-alumnos Ignacio Carrera Rojas, Ariel Pérez Aubel y Guillermo Álvarez Oportus, de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, en la búsqueda y selección de jurisprudencia correspondiente al período 2010 a 2015. Sin su valioso trabajo este artículo no habría recogido con precisión el estado de la actual jurisprudencia de protección en materia de salud.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar la estructura y el contenido del derecho a la protección de la salud en nuestro sistema constitucional, así como estudiar la jurisprudencia recaída en sede de protección a su respecto, considerando que el derecho a la protección de la salud está excluido del catálogo de derechos amparados por este arbitrio constitucional. Más precisamente busca dilucidar si los tribunales de alzada fallan los recursos de protección fundándose en la afectación del derecho a la protección de la salud soslayando lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política –que excluye la tutela del derecho en comento– o resuelven en su favor indirectamente y por conexión o incorporación con otros derechos sí tutelados por esta vía.

Para la consecución de esto último, revisaremos y analizaremos por vía ejemplar los fallos acogidos en sede de protección resueltos por las Cortes de Apelaciones respectivas y confirmados por la Corte Suprema. Más precisamente, nos dedicaremos a estudiar las acciones interpuestas ante la negativa de las Instituciones de Salud Previsional (en adelante, Isapres) a brindar una cobertura adicional a sus afiliados para enfermedades catastróficas relativas a ciertos tratamientos o medicamentos, correspondiente al período 2006-2015. Excepcionalmente, se analizarán casos en que el sujeto recurrido es Fonasa o el Ministerio de Salud. El inicio del período de estudio, año 2006, se explica por haber comenzado en el año 2005 la llamada “Reforma de Salud”, que comprendió esencialmente la dictación de la Ley de Autoridad Sanitaria y la Ley de Garantías Explícitas en Salud (AUGE).

Cabe recordar que la cobertura adicional para enfermedades catastróficas (C.A.E.C.) es un beneficio adicional al plan complementario de salud que ciertas Isapres ofrecen a sus afiliados y beneficiarios y que consiste en el ciento por ciento de cobertura para los gastos de una enfermedad catastrófica, cuando dichos gastos superen el deducible. A su vez, corresponde aclarar que una enfermedad catastrófica es todo diagnóstico, enfermedad o patología cuyos copagos (montos a pagar por el afiliado) sean superiores al deducible que le corresponde pagar al afiliado o beneficiario.

Sobre la negativa de las Isapres a otorgar cobertura adicional para enfermedades catastróficas (C.A.E.C.) pueden distinguirse jurisprudencialmente una serie de casos que se originan por: a) una

hospitalización que requiera atención inmediata e impostergable en un prestador ajeno a la red C.A.E.C.; b) de hospitalizaciones domiciliarias; y c) procedimientos y medicamentos no incluidos en el arancel aplicable al contrato de salud². Como se adelantó, el presente trabajo solo analizará los casos del último supuesto.

I. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

La Constitución Política de la República de Chile consagra el derecho a la protección de la salud en el artículo 19 Nº 9, que dispone: “La Constitución asegura a todas las personas. 9) El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de la rehabilitación del individuo. Le corresponderá asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado”.

La Constitución al asegurar el derecho “a la protección de la salud” –y no el derecho a la salud– consagró un derecho prestacional de protección y no un derecho prestacional en sentido estricto. Esta afirmación se basa en las distinciones que realiza Robert Alexy en tipos de derechos.

Para Alexy: “Todo derecho a una acción positiva, es decir, a una acción del Estado, es un derecho prestacional”³. Como derechos subjetivos, todos los derechos prestacionales son relaciones triádicas entre un titular de derecho fundamental, el Estado, y una acción positiva del Estado. Si el titular de un derecho fundamental *a* tiene un derecho frente al Estado *e* a que este realice la acción positiva *h*, entonces, el Estado tiene frente a *a* el deber de realizar *h*⁴.

² Un estudio sobre los tres supuestos, entre los años 2006 a 2009, puede revisarse en: Henríquez, Miriam (2010). “¿Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas? Análisis jurisprudencial 2006–2009”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº1, pp. 401-424.

³ Alexy R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 391.

⁴ Ibíd., p. 394.

A su vez, Alexy distingue los derechos prestacionales (en sentido amplio) en tres grupos: a) derechos de protección, b) derechos a la organización y al procedimiento, y c) derechos prestacionales en sentido estricto⁵.

Los derechos prestacionales de protección son los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que este lo proteja de intervenciones de terceros⁶. La salud es uno de los posibles bienes protegidos.

Por su parte, los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría también obtenerlo de los particulares⁷. Son ejemplo los derechos sociales fundamentales, como el derecho a la seguridad social, al trabajo, a la educación y el derecho a la salud.

Sin perjuicio de la distinción realizada, la doctrina constitucional ha concluido que el derecho a la protección de la salud es un derecho distinto al derecho a la salud, pero a pesar de ello le ha atribuido el carácter de derecho social⁸.

⁵ Ibíd., p. 393.

⁶ Ibíd., p. 398.

⁷ Ibíd., p. 443.

⁸ En tal sentido, Silva Bascuñán considera que el derecho a la protección de la salud forma parte de los “derechos sociales” o de segunda generación que, superando la concepción liberal del Estado, se basan en los principios de igualdad y de solidaridad y cuyo titular es la persona humana, la que puede exigir su cumplimiento a la sociedad en su conjunto”. Silva Bascuñán, Alejandro (2008). *Tratado de Derecho Constitucional. De los derechos y deberes constitucionales*. Tomo XII, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p.130. Por su parte, Nogueira Alcalá expone que el derecho a la protección de la salud consistiría “en la facultad de toda persona a conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como su restablecimiento en caso de enfermedad, disfrutando de su vida con el más alto nivel de vida posible, junto al acceso de condiciones sociales mínimas de salubridad, a fin de posibilitar el desarrollo de una vida digna”. Postura que asigna al derecho en comento simultáneamente condiciones de derecho de protección y prestacional en sentido estricto. Además, le imprime un contenido teleológico al asociarlo a la finalidad de asegurar una existencia digna. Nogueira, Humberto (2000). *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales. Los derechos sociales fundamentales*. Tomo III, Santiago, Editorial Librotecnia, p. 108. Finalmente, Cea Egaña relaciona íntimamente el derecho a la salud con el derecho a la vida y advierte que la Constitución garantiza el derecho a la atención o a la protección de la salud, incluso a los procesos preventivos, pero no el derecho a la salud. A pesar de lo dicho, el autor estima que el presente derecho tiene carácter social: “o sea que él genera para el Estado y esa Sociedad obligaciones motivadas en la igualdad de oportunidades y la solidaridad respectivamente”. Cea, José Luis (2004). *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 309.

A nuestro juicio, el derecho a la protección de la salud en su configuración constitucional importa el derecho del titular a que el Estado lo proteja de intervenciones de terceros que atenten contra su salud. En pos de esa protección, el Estado tiene una serie de deberes fijados por la propia Constitución, tales como: a) proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de la rehabilitación del individuo; b) coordinar y controlar las acciones relacionadas con la salud; c) garantizar la ejecución de las acciones de salud sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas; y d) legislar sobre la materia, estableciendo la forma y condiciones que han de ejecutarse las acciones de salud⁹.

El constituyente de 1980 definió así que el rol del Estado es solo de protección y estableció un espacio fértil para la iniciativa privada. Este juicio se acredita por los propios enunciados constitucionales que expresan que las acciones de salud se prestarán a través de instituciones públicas o privadas y la facultad de cada persona para elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado. Lo anterior, a su vez, se ratifica por la circunstancia de que solo la facultad de escoger el sistema de salud está amparada por el recurso de protección. La configuración del derecho a la protección a la salud, tal como la contempla nuestra Constitución, encaja con la tradición de la comprensión liberal de los derechos fundamentales.

Corresponde aclarar, para finalizar este apartado, que las afirmaciones expuestas sobre la configuración constitucional del derecho a la protección de la salud son meramente descriptivas y no representan mi visión sobre el estatuto que merece este importante derecho.

II. RECURSOS DE PROTECCIÓN ACOGIDOS EN FAVOR DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

En general, los tribunales superiores de justicia no han fallado en contra de lo dispuesto por el artículo 20 que excluye de su amparo el derecho a la protección de la salud cuando de coberturas adicionales para enfermedades catastróficas se trata. Por tanto, tampoco se ha dado la ocasión para que en

⁹ En el mismo sentido, ver Henríquez, Miriam (2012). “El derecho a la protección de la salud”, en Gonzalo Aguilar (coordinador), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago, Editorial Librotencia, pp. 433-447.

sede de protección las Cortes hayan ampliado el contenido del derecho a la protección de la salud con miras a su amparo.

En tal sentido, respecto a las coberturas denegadas para medicamentos no incluidos en el arancel aplicable al contrato de salud, corresponde analizar el caso *Maritza Segura y otro con Isapre Consalud* interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Concepción en el año 2006, por la negativa de la Isapre a dar cobertura al medicamento enbrel y las consultas al especialista para Helen Nicole, hija de la recurrente, quien padecía de artritis idiopática juvenil sistémica¹⁰. Los recurrentes invocaron la conculcación del derecho a la protección de la salud previsto en el artículo 19 N° 9 de la Constitución.

La Isapre aludida fundó su negativa en que se trata de atenciones de salud y medicamentos de administración ambulatorios, no bonificables, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 de las condiciones de la cobertura adicional para enfermedades catastróficas, salvo las excepciones allí indicadas, entre las que no se encuentra la cobertura solicitada por la recurrente.

La Corte de Apelaciones rechazó el recurso de protección considerando que no procede tal acción por la vulneración de un derecho no amparado en el artículo 20, como es el derecho a la protección de la salud, y expresó que la conducta de la recurrente no es antijurídica puesto que se ajusta a la legislación vigente y a lo libremente pactado por las partes.

Más exactamente señaló en el considerando sexto: Que, por último, es necesario considerar como lo dice nuestra Constitución Política que “cada persona tiene el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado. En el sistema de salud estatal, efectivamente es el Estado quien tiene la obligación y responsabilidad de entregar las coberturas de salud a que tienen derecho todas las personas asegurándoles las prestaciones necesarias básicas, las que entrega a través de la red pública de salud. Si se elige el sistema de salud privado para obtener coberturas más completas, se puede suscribir contratos con las Instituciones de Salud Previsional o Isapres, pactando los términos en que operará dicho contrato, como es el caso de la recurrente. Esta, al celebrar el contrato de salud con la recurrente, no pactó expresamente la cobertura reclamada por el presente recurso, como consta de los antecedentes acompañados al proceso, ni esta

¹⁰ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 924-2006, 13 de junio del 2006.

se encuentra contemplada dentro de la cobertura obligada en el Arancel Fonasa ni en la ley de Isapres”. Concluyendo en el considerando séptimo: “Que lo expuesto precedentemente, permite concluir que no ha existido por parte de la Isapre Consalud S.A. una actuación arbitraria ni ilegal, puesto que su negativa a otorgar la cobertura pedida por la actora se ajustó tanto a las leyes antes señaladas, como a lo libremente pactado entre las partes, por lo que el recurso de protección deducido no puede prosperar”. En el mismo sentido, la Corte Suprema confirmó la sentencia apelada¹¹.

Sin embargo, en estos últimos años es posible constatar una serie acotada de fallos que acogieron recursos de protección basados en la vulneración del derecho a la protección de la salud, del artículo 19 N° 9 de la Constitución, a pesar de no encontrarse este derecho amparado por el artículo 20, salvo respecto de la facultad para elegir entre el sistema estatal o privado de salud.

En este plano destaca el caso *Patricia Vásquez con Fonasa* del año 2009¹². La Corte de Apelaciones de Santiago, en el recurso interpuesto por doña Patricia Elena Vásquez, ante la negativa de Fonasa de proporcionar el medicamento herceptin para el tratamiento del cáncer de mama, hizo referencia a una serie de asuntos antes de resolver el recurso: a) señaló que la finalidad del Estado es el bien común (considerando segundo); b) que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos fundamentales (considerando tercero); c) que los derechos constitucionales amagados en el caso concreto son el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de la salud.

Sobre el derecho a la protección de la salud, la Corte de Apelaciones realizó un interesante razonamiento, señalando: “Que si bien esta última garantía, del número 9 en la parte transcrita, no se encuentra amparada por el recurso de protección según lo establece el artículo 20, sí constituye un derecho garantizado a todas las personas por la Carta Primera, por lo que no es posible desentenderse de su existencia para una adecuada administración de justicia” (considerando cuarto).

Luego, en el considerando quinto, la Corte de Apelaciones de Santiago hizo referencia al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puntualmente en su artículo 12, que trata sobre el derecho a la

¹¹ Corte Suprema, Rol N° 3101-2006, del 19 de julio del 2006.

¹² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7.766-2009, 24 de noviembre del 2009

salud, evidenciándose que su mención tuvo como objeto complementar el contenido del derecho constitucional del artículo 19 N° 9 de la Constitución. Tal conclusión se desprende de la redacción de la sentencia que se detiene en las medidas que debe adoptar el Estado para asegurar este derecho, entre las que destacan las necesarias para la prevención y el tratamiento de enfermedades, la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia y servicios médicos. En palabras de la Corte: “Que, por último, el Decreto Supremo N° 326, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989, promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969; que en su artículo 12 dispone: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: ... c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”. De conformidad a lo ya expresado en el motivo tercero, este Pacto y el derecho consignado precedentemente constituye uno esencial que emana de la naturaleza humana y como tal es deber del Estado respetarlo y promoverlo” (considerando quinto).

Finalmente, cabe decir que la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección, razonando que la negativa de Fonasa y del Ministerio de Salud a proporcionar el medicamento herceptin es arbitrario e ilegal y vulnera las garantías constitucionales del derecho a la vida y explícitamente señala a la protección a la salud, ordenando proporcionar el medicamento a la recurrente. Tal sentencia fue confirmada por la Corte Suprema; sin embargo, esta última dispuso excluir del considerando duodécimo las expresiones “en materia de salud” y “protección de la salud”¹³.

Como podemos observar, salvo casos puntuales como el exemplificado, no concurren sentencias del máximo tribunal o de los tribunales de alzada que fallen contra el texto expreso de la Constitución, sea incorporando dimensiones inéditas del derecho a la protección de la salud o bien reconociéndole garantías jurisdiccionales que no posee.

¹³ Corte Suprema, Rol N° 9.317-2009, 28 de enero del 2010.

III. RECURSOS DE PROTECCIÓN ACOGIDOS MEDIANTE LA CONEXIÓN CON OTROS DERECHOS

En los años recientes, son cada vez más frecuentes los casos en que las Cortes acogen acciones de protección en favor del derecho a la protección de la salud por vía indirecta conectándolo con otros derechos como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica o la igualdad ante la ley, en aquellos casos en que la institución de salud se niega a brindar cobertura de un tratamiento o medicamento necesario para la cura de una enfermedad en el marco de la cobertura adicional para enfermedades catastróficas.

En el año 2013, en el caso *María Appelgren con Isapre Fundación Banco Estado*, se incoó un recurso de protección por María de la Paz Appelgren en contra de la decisión de la Isapre de no brindar cobertura catastrófica al tratamiento medicamentoso con herceptin que requiere para el cáncer que la aquejaba. La accionante adujo que con ello se vulneraba el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 19 N° 1, N° 2 y N° 24 de la Constitución Política.

La recurrente solicitó terapia con el medicamento herceptin, cuya bonificación conforme al sistema GES (Sistema de Garantías Explícitas en Salud) fue rechazada por la recurrida por tratarse de una prestación excluida de cobertura conforme al listado específico de prestaciones GES.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso; sin embargo, la Corte Suprema revocó la sentencia apelada y dispuso que la Isapre recurrida financie y proporcione el medicamento herceptin. El razonamiento de esta decisión se fundó en la afectación del derecho a la vida. Lo afirmado puede leerse en el considerando octavo: “Que de lo expuesto se desprende que la recurrida no ha podido negarse a cubrir el costo del medicamento herceptin, en los términos en que le fue solicitado por la actora, y al hacerlo ha incurrido en un acto ilegal y arbitrario que, sin duda, amenaza la garantía del derecho a la vida de la recurrente Sra. Appelgren Balbontín, pues la decisión de la Isapre de no costearle el mentado fármaco en los términos pedidos la priva, en la práctica, del acceso al mismo, medicina que ha sido prescrita por sus médicos tratantes con fines paliativos y cuya ausencia conduciría inevitablemente –cuestión no controvertida en autos– a una notoria desmejora de su calidad de vida y a una disminución significativa de sus expectativas de sobrevida, atendido el carácter y estado de avance del cáncer de mama que padece”¹⁴.

¹⁴ Corte Suprema, Rol N° 1118-2013, del 13 de mayo del 2013.

Este razonamiento, es decir que la no cobertura del medicamento afecta el derecho a la vida puesto que desmejoraría su calidad de vida o supondría una disminución de las expectativas de sobrevida, se reitera en forma casi uniforme en las sentencias sucesivas, como se verá.

En el mismo año 2013, se dedujo recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en el *caso Sergio Neira contra Isapre Masvida*¹⁵. La acción se interpuso en representación de Sergio Neira ante la negativa de la Isapre de otorgar el medicamento soliris o eculizumab, prescrito al recurrente como única alternativa de tratamiento efectivo de la enfermedad hemogloburina paroxística nocturna. A juicio del accionante, el rechazo de la Isapre afectó el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 19 N° 1 y 2 de la Constitución Política.

La Isapre recurrida esgrimió que no ha cometido un acto ilegal o arbitrario por cuanto en la especie no procede la cobertura adicional para enfermedades catastróficas, la que expresamente excluye de cobertura a los medicamentos e insumos no registrados en el Instituto de Salud Pública, encontrándose el medicamento soliris en tal situación.

La Corte de Apelaciones acogió la acción. Por su parte, la Corte Suprema la confirmó y antes de pronunciarse sobre la posible afectación de los derechos, se pronunció sobre una serie de asuntos atendidas las particularidades del caso: a) el medicamento es considerado por el médico tratante y por el Ministerio de Salud como la única forma de aliviar la enfermedad que padece el accionante, así es reconocido por el Ministerio del ramo que autoriza el financiamiento de soliris u otros medicamentos para los usuarios del sistema público de salud a pesar de no encontrarse aprobado por el Instituto de Salud Pública (considerando octavo); b) el uso de soliris se autoriza por el Ministerio de Salud a pesar de no estar registrado en Chile porque es indispensable para los pacientes que sufren “hemoglobinuria paroxística nocturna”, por lo que se está en presencia de un uso medicinal urgente (considerando noveno); c) los usuarios del sistema público de salud sí pueden acceder al medicamento soliris, con cargo al Fondo Extraordinario, con el cual se financian medicamentos de alto costo, no así los afiliados al sistema privado, dado que ellos no pueden acceder al mencionado fondo y las Isapres no tienen la obligación legal de contar con fondos especiales para casos extraordinarios como el que afecta al recurrente (considerando décimo).

¹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 33832-2013, del 19 de diciembre del 2013.

Las singularidades señaladas fueron consideradas por la Corte de Apelaciones de Santiago y explícitamente por la Corte Suprema, resolviendo acoger el recurso incoado fundado en la afectación del ejercicio del derecho a la vida y a la integridad física y síquica y a la igualdad ante la ley, disponiendo que la Isapre Masvida entregue el financiamiento del medicamento soliris.

La Corte Suprema en el considerando duodécimo expuso claramente sobre la afectación del derecho a la vida y a la igualdad ante la ley: “Que en estas condiciones, la negativa de la recurrente de otorgar el medicamento que requiere Sergio Neira Fernández, constituye un acto arbitrario que, sin duda, amenaza la garantía del derecho a la vida y a la integridad física del recurrente, pues lo priva, en la práctica, del acceso al mismo, infiriéndole un daño grave y significativo que afecta no solo este derecho fundamental, sino que además, conculca la igualdad ante la ley desde que deja al recurrente en un plano de desigualdad frente a los usuarios del sistema público quienes, eventualmente, una vez analizados sus casos pueden acceder a cobertura del medicamento soliris”¹⁶.

Luego, en el 2014, en el caso *Pía Prado con Ministerio de Salud*, se dedujo recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁷. La recurrente, Pía Prado, era afiliada de la Isapre Fundación, quien solo le reembolsaba el 10% de la droga herceptin indicada para el tratamiento de cáncer de mama. Ante esta situación, la actora recurrió a la Superintendencia de Salud a fin de que impusiera a la Isapre la cobertura total del medicamento; sin embargo, dicha institución respondió negativamente y respaldó los argumentos de la Isapre. Atendida la respuesta de la Superintendencia, la accionante señaló que se vio en la necesidad de solicitar dicho financiamiento al Ministerio de Salud, mediante carta del 7 de febrero del 2014, en la cual expuso su situación. La recurrente respondió negativamente la solicitud, informándole a la recurrente que no es posible acceder a su petición, pues los fondos estatales son para los pacientes de Fonasa. La actora estimó que la decisión del Ministerio de Salud constituye un acto arbitrario e ilegal que vulnera las garantías constitucionales consagradas en los números 1º y 2º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona y el derecho a la igualdad ante la ley.

¹⁶ Corte Suprema, Rol N° 413-2014, 21 de enero del 2014.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 30.788-2014, 17 de julio del 2014.

En este caso, la Corte de Apelaciones de Santiago hizo referencia a una serie de asuntos antes de resolver el recurso: a) reseñó el artículo 19 Nº 1 de la Constitución, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a fin de configurar el derecho a la vida (considerando sexto); b) señaló que el principal obligado a asegurar el derecho a la vida es el Estado (considerando séptimo); c) afirmó que las normas y principios previamente señalados inspiran la decisión que el Estado de Chile ha tomado de incorporar el cáncer de mama dentro de las patologías cubiertas por el sistema GES con la finalidad de que dichas enfermedades sean diagnosticadas y tratadas, resultando contrario a ese espíritu que se establezcan ciertos y determinados criterios y requisitos por el organismo estatal de manera de excluir a las personas que, como en el caso de la recurrente, no están afiliadas al sistema público de salud, pues ella se encuentra en el sistema privado de salud (considerando octavo).

Finalmente, la Corte de Apelaciones acogió el recurso fundado en la afectación del derecho a la vida y a la igualdad ante la ley. El tribunal de alzada afirmó: a) que constituye un trato desigual, una discriminación arbitraria, que los afiliados al sistema público cuenten con financiamiento del medicamento herceptin, mientras que los afiliados al sistema privado no tengan dicha cobertura; b) que esta desigualdad afecta el derecho a la vida, señalando que la privación del medicamento priva de la vida; y c) que el derecho a la vida es absoluto. Así en el considerando noveno expuso: “Que, sin perjuicio de lo que se viene diciendo, la conducta de la recurrente atenta contra la igualdad ante la ley, pues a ciertas personas se les otorga el financiamiento del medicamento herceptin, pudiendo eventualmente salvar sus vidas y paliar la dolorosa enfermedad que las aqueja, mientras que a otras enfermas se les niega en definitiva el derecho a la vida, que es absoluto y, que por tanto está al margen de cualquier requisito, condición o establecimiento de normas técnicas y o presupuestarias que pretendan fijar en definitiva prioridades de acceso, todo lo cual importa una discriminación arbitraria que carece de justificación razonable”.

Así, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la acción y dispuso que la Unidad de Cáncer del Ministerio de Salud, en el más breve plazo, suministre a la recurrente el medicamento herceptin. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, cuyo considerando cuarto destaca cómo la decisión de la recurrente afecta el ejercicio del derecho a la vida de la actora con argumentos semejantes a los inaugurados en el 2013: “Que en cuanto a la

garantía del derecho a la vida e integridad física y psíquica de la recurrente, es indudable que este derecho se ve amenazado actualmente con motivo de la decisión de la recurrida de no suministrar cobertura al medicamento denominado herceptin, pues la privación de ese fármaco prescrito por su médico tratante con fines paliativos conduciría inevitablemente a una notoria desmejora de su calidad de vida y a una disminución significativa de su tiempo de sobrevida”¹⁸.

Con un razonamiento idéntico, la Corte Suprema confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso *Sonia Guzmán con Isapre Chuquicamata*¹⁹. La accionante dedujo recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago ante la negativa de la Isapre a brindar cobertura del medicamento herceptin señalado para el tratamiento del cáncer de mama puesto que el medicamento no estaría dentro del respectivo listado de prestaciones específicas para la patología del cáncer. La accionante consideró que dicho rechazo constituiría un acto arbitrario e ilegal que afecta el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 19 N° 1, 2 y 24 de la Constitución.

Tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema acogieron la acción, y mandaron a la Isapre a financiar y proporcionar a la recurrente el medicamento herceptin, fundándose principalmente en la afectación del ejercicio del derecho a la vida de la recurrente. Así, como en casos previos, puede leerse en el considerando cuarto del fallo del máximo tribunal: “Que en cuanto a la garantía del derecho a la vida e integridad física y psíquica de la recurrente, es indudable que tal derecho se ve amenazado actualmente con motivo de la decisión de la recurrida de no suministrarle cobertura al medicamento denominado herceptin, pues la privación de ese fármaco prescrito por su médico tratante con fines paliativos conduciría inevitablemente a una notoria desmejora de su calidad de vida y a una disminución significativa de su tiempo de sobrevida”²⁰.

De esta forma, podemos decir que las Cortes del país han amparado el derecho a la protección de la salud mediante la conexión con aquellos derechos tutelados por la acción constitucional de protección. Puntualmente lo han conectado con el derecho a la igualdad ante la ley, en los casos en que se produce la negativa de la Isapre a brindar cobertura de un

¹⁸ Corte Suprema, Rol N° 2.232-2014, del 17 de julio del 2014.

¹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 14.7825-2013, del 7 de mayo del 2013.

²⁰ Corte Suprema, Rol N° 11.631-2014, del 6 de agosto del 2014.

medicamento que sí se encuentra cubierto por el sistema público de salud; y con el derecho a la vida, cuando la falta de cobertura del medicamento o su cobertura parcial desmejora la calidad de vida del accionante y disminuye significativamente su sobrevida.

CONCLUSIONES

La configuración constitucional del derecho a la protección de la salud importa el derecho del titular a que el Estado lo proteja de intervenciones de terceros que atenten contra su salud. El constituyente de 1980 definió así que el rol del Estado es solo de protección y estableció un espacio fértil para la iniciativa privada. Este juicio se acredita por los propios enunciados constitucionales que expresan que las acciones de salud se prestarán a través de instituciones públicas o privadas y la facultad de cada persona para elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado. Lo anterior, a su vez, se ratifica por la circunstancia de que solo la facultad de escoger el sistema de salud está amparada por el recurso de protección.

Revisado el período jurisprudencial 2006-2015 en sede de protección no concurren sentencias del máximo tribunal ni de los tribunales de alzada que fallen contra texto expreso de la Constitución, sea incorporando dimensiones inéditas del derecho a la protección de la salud o bien reconociéndole garantías jurisdiccionales que no posee, salvo casos aislados.

Por su parte, las Cortes de Apelaciones del país no actúan de forma deliberada sobreinterpretando el contenido de otros derechos con el fin de robustecer la tutela del derecho a la protección de la salud. El amparo del derecho a la protección de la salud se ha alcanzado mediante la conexión con aquellos derechos que están amparados por la acción constitucional de protección. Puntualmente lo han conectado con: a) el derecho a la igualdad ante la ley, en los casos en que se produce la negativa de la Isapre a brindar cobertura de un medicamento o tratamiento que sí se encuentra cubierto por el sistema público de salud, mandando financiarlo y suministrarlo; y b) el derecho a la vida, cuando la falta de cobertura del medicamento o tratamiento, o su cobertura parcial, desmejora la calidad de vida del accionante y disminuye significativamente su sobrevida. Es decir, las Cortes interpretan el derecho a la vida como el derecho a recibir lo mínimo e indispensable para mantenerse con vida.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alexy R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cea, José Luis (2004). *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Henríquez, Miriam (2010). “¿Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas? Análisis jurisprudencial 2006-2009”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, N°1, pp. 401-424.
- (2012). “El derecho a la protección de la salud”, en Gonzalo Aguilar (coordinador), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago, Editorial Librotencia, pp. 433-447.
- Nogueira, Humberto (2009). *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales. Los derechos sociales fundamentales*, Tomo III, Santiago, Editorial Librotecnia.
- Silva Bascuñán, Alejandro (2008). *Tratado de Derecho Constitucional. De los derechos y deberes Constitucionales*, Tomo XII, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia citada

- Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 924-2006, 13 de junio del 2006
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 14.7825-2013, del 7 de mayo del 2013
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 30.788-2014, 17 de julio del 2014
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 33832-2013, del 19 de diciembre del 2013
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7.766-2009, 24 de noviembre del 2009
- Corte Suprema, Rol N° 1118-2013, del 13 de mayo del 2013
- Corte Suprema, Rol N° 2.232-2014, del 17 de julio del 2014
- Corte Suprema, Rol N° 3101-2006, del 19 de julio del 2006
- Corte Suprema, Rol N° 413-2014, 21 de enero del 2014
- Corte Suprema, Rol N° 9.317-2009, 28 de enero del 2010
- Corte Suprema, Rol N° 11.631-2014, del 6 de agosto del 2014

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN CHILE. CONSTITUCIÓN Y JURISPRUDENCIA

RECOGNITION OF THE RIGHT TO EDUCATION IN CHILE. CONSTITUTION AND JURISPRUDENCE

RODRIGO PICA FLORES¹

Resumen: El presente trabajo versa sobre la introducción del derecho a la educación en el constitucionalismo chileno, desde la Carta de 1925 al estatuto de garantías de 1970; para posteriormente abordar su reconocimiento en la carta de 1980, sus reformas y su configuración actual a la luz de la jurisprudencia.

Abstract: This work focuses on the introduction of the right to education in the Chilean constitutionalism, from the letter of 1925 to the status of guarantees 1970 and later address recognition in the letter of 1980, its reforms and its current configuration in light of jurisprudence.

Palabras clave: Derechos sociales. Evolución constitucional. Jurisprudencia.

Key words: Social rights. Constitutional developments. Jurisprudence.

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad San Sebastián.

I. ANTECEDENTES

1. La Carta de 1925

El artículo 10, N° 7º de la Carta de 1925, reconoció de manera parcialmente explícita el derecho a la educación, junto a la libertad de enseñanza, señalando que aseguraba a todos los habitantes de la República:

7º La libertad de enseñanza.

La educación pública es una atención preferente del Estado.

La educación primaria es obligatoria.

Habrá una Superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional y su dirección, bajo la autoridad del Gobierno.

Agregó en el artículo 150 el deber de los municipios de promover la educación y de cuidar de las escuelas primarias y demás servicios de educación que se paguen con fondos municipales.

2. Modificaciones

La normativa del artículo 7º fue modificada por el denominado estatuto de garantías constitucionales de 1970, buscando resguardar la educación privada, el pluralismo, la libertad de pensamiento, la autonomía universitaria y el mérito, siendo sustituida la antigua norma por la siguiente:

7º La libertad de enseñanza.

La educación básica es obligatoria.

La educación es una función primordial del Estado, que se cumple a través de un sistema nacional del cual forman parte las instituciones oficiales de enseñanza y las privadas que colaboren en su realización, ajustándose a los planes y programas establecidos por las autoridades educacionales.

La organización administrativa y la designación del personal de las instituciones privadas de enseñanza serán determinadas por los particulares que las establezcan, con sujeción a las normas legales.

Solo la educación privada gratuita y que no persiga fines de lucro recibirá del Estado una contribución económica que garantice su financiamiento de acuerdo a las normas que establezca la ley.

La educación que se imparta a través del sistema nacional será democrática y pluralista, y no tendrá orientación partidaria oficial. Su modificación se realizará también en forma democrática, previa libre discusión en los organismos competentes de composición pluralista.

Habrá una Superintendencia de Educación Pública, bajo la autoridad del Gobierno, cuyo Consejo estará integrado por representantes de todos los sectores vinculados al sistema nacional de educación. La representación de estos sectores deberá ser generada democráticamente.

La Superintendencia de Educación tendrá a su cargo la inspección de la enseñanza nacional.

Los organismos técnicos competentes harán la selección de los textos de estudio sobre la base de concursos públicos a los cuales tendrán acceso todos los educadores idóneos, cualquiera que sea su ideología. Habrá facilidades equitativas para editar y difundir esos textos escolares, y los establecimientos educacionales tendrán libertad para elegir los que prefieran.

Las Universidades estatales y las particulares reconocidas por el Estado son personas jurídicas dotadas de autonomía académica, administrativa y económica.

Corresponde al Estado proveer a su adecuado financiamiento para que puedan cumplir sus funciones plenamente, de acuerdo a los requerimientos educacionales, científicos y culturales del país.

El acceso a las Universidades dependerá exclusivamente de la idoneidad de los postulantes, quienes deberán ser egresados de la enseñanza media o tener estudios equivalentes, que les permitan cumplir las exigencias objetivas de tipo académico.

El ingreso y promoción de profesores e investigadores a la carrera académica se hará tomando en cuenta su capacidad y aptitudes. El personal académico es libre para desarrollar las materias conforme a sus ideas, dentro del deber de ofrecer a sus alumnos la información necesaria sobre las doctrinas y principios diversos y discrepantes.

Los estudiantes universitarios tienen derecho a expresar sus propias ideas y a escoger, en cuanto sea posible, la enseñanza y tuición de los profesores que prefieran.

Puede observarse en la norma de 1970 un conjunto de avances y garantías explícitas, que hoy forman parte del debate:

- la libertad de cátedra
- el pluralismo
- la autonomía universitaria
- la orientación democrática en los contenidos
- la actividad universitaria como parte integrante del contenido del derecho a la educación y
- la distinción entre establecimientos con y sin fines de lucro para determinar el aporte estatal

La norma del estatuto de garantías tuvo corta vida, abrogada la Constitución de 1925, la Carta de 1980 partió de un paradigma distinto.

II. LA CONSTITUCIÓN DE 1980

La Carta de 1980, fuertemente marcada por el trauma del proyecto Escuela Nacional Unificada, buscó diferenciar claramente el derecho a la libertad de enseñanza y el derecho a la educación, a efectos de dejar a salvo la primera.

Por otra parte, desarrolló el derecho a la educación en un marco ideológico en el que se buscaba minimizar los derechos de contenido económico, social y cultural. Además de no dotarlos de mecanismos de justiciabilidad, en el entendido de que nada que fuera una carga patrimonial para el Estado debía ser justiciable, además de buscar el fortalecimiento de la educación privada.

En su texto original, la carta de 1980, sin definir la educación, dispuso en su art. 19 que aseguraba a todas las personas:

10º.- 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. Correspondrá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

La educación básica es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ella de toda la población.

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.

Este derecho no puede ser comprendido en la Carta de 1980, sin referencia a la libertad de enseñanza, que denota asignarle al Estado un rol más bien certificador y regulador, garante de una oferta múltiple en un sistema de libre elección de establecimientos públicos y privados con predominio del subsidio estatal, todo lo cual recibió un copioso desarrollo legislativo, para establecer un sistema de provisión educacional preminentemente privada, en un marco de reforzamiento de la libertad de enseñanza que incluye para el particular libertad de organización, ideario y contenidos mientras cumpla con el mínimo exigido por ley.

Por otra parte, la Carta de 1980 borró de un plumazo la referencia constitucional explícita a un conjunto de avanzados y necesarios elementos que aparecen en el estatuto de garantías de 1970: la libertad de cátedra, el pluralismo, la autonomía universitaria, la orientación democrática en los contenidos, las referencias a la actividad universitaria como parte del derecho a la educación y la distinción entre establecimientos con y sin fines de lucro para determinar el aporte estatal.

Sin definir lo que es educación en la Carta Fundamental, se establece el pleno desarrollo de la persona como objetivo de la misma, asignando a los padres –no al Estado como contraparte de un derecho subjetivo ni tampoco a la comunidad– el rol de educar a los hijos, combinado ello con un conjunto de deberes estatales:

- 1) Proteger el ejercicio del derecho por parte de los padres, lo que debe ser entendido conjuntamente con el derecho de ellos a elegir el

establecimiento educacional, contenido en la norma sobre libertad de enseñanza.

- 2) Financiar un sistema gratuito para garantizar acceso universal a la educación básica que se proclama como obligatoria.
- 3) Fomentar el desarrollo de la educación, investigación y creación en todos los niveles.

Llama la atención la falta de definición de la educación, de referencias a la educación pública, de bases y fundamentos explícitos de la educación superior y de otros derechos ligados, como la autonomía universitaria, la libertad de cátedra, etcétera.

Otro punto especialmente llamativo es el rol de “financista” y “de fomento” que se le asigna al Estado respecto de la educación básica, sin que se establezca el deber directo e inmediato del Estado de educar mediante un sistema público expresamente aludido, sino solo el de pagar e incentivar, lo que debe ser entendido además con el rol de “reconocimiento oficial” o “validatorio” que se le asigna al Estado en la norma constitucional sobre libertad de enseñanza.

En este orden, por más que el sujeto pasivo del derecho a la educación sean “los padres” según la Constitución, al establecerla como derecho fundamental y como deber al mismo tiempo, se confunde al titular, que en realidad es el educando y no los padres; se confunde además al sujeto pasivo, en principio los mismos padres, ignorando la estructura y funcionalidad derivada de entender a la educación en tanto derecho fundamental y, por ende, como límite al poder estatal, pues en clave iusfundamental el obligado a la prestación del derecho fundamental es conceptualmente el Estado –a lo menos en primer término–, debiendo agregarse el deber de respeto y promoción estatal en materia educativa.

No se puede negar la naturaleza eminentemente prestacional del derecho fundamental a la educación, más allá de que buscara ser negada mediante la enunciación del rol de los padres en la carta del 8o.

En este sentido, por más que se minimice el rol del Estado, sigue siendo el garante del acceso y el obligado a prestar o a asegurar la prestación educacional.

Cabe señalar que, en función de la reserva de ley y de su escasa conceptualización en la carta fundamental, el derecho a la educación en Chile puede caracterizarse como uno de intensa configuración legislativa,

con un amplio margen de autonomía para el legislador, sin perjuicio de lo relacionado con la libertad de enseñanza. Así, quizás la legislación más importante hoy sea la ley de subvenciones escolares y la LGE (Nº 20.370, con sus modificaciones posteriores y texto refundido), ambas recientemente reformadas por la denominada Ley de inclusión, N° 20.845, “DE INCLUSIÓN ESCOLAR QUE REGULA LA ADMISIÓN DE LOS Y LAS ESTUDIANTES, ELIMINA EL FINANCIAMIENTO COMPARTIDO Y PROHÍBE EL LUCRO EN ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES QUE RECIBEN APORTES DEL ESTADO”, que significó un giro de gran relevancia en el sistema, al establecer un conjunto de limitaciones a los particulares en la transferencia y el uso de recursos públicos para prestaciones educacionales por privados.

III. REFORMAS A LO LARGO DE SU VIGENCIA

A pesar de que el paradigma del derecho a la educación en la Carta del 80 no ha sido tocado en su esencia conceptual, a lo largo de su vigencia, dicha Carta ha sufrido dos importantes reformas en materia de derecho a la educación.

La Ley N° 19.876, del año 2003, agregó como obligatoria la enseñanza media, agregando también el deber del Estado de financiar acceso un sistema gratuito de universal acceso, hasta la edad de veintiún años. Hasta antes de esta reforma, el nivel de obligatoriedad de la enseñanza en la carta de 1980 era el mismo instaurado en 1920: solamente el nivel primario, hoy denominado básico en nuestro país.

La Ley N° 20.710, del año 2013, reformó la constitución agregando la obligatoriedad de la educación pre básica² en el nivel de transición (ahora requisito para acceder al nivel básico), agregándole la gratuidad y al Estado el deber de financiarla desde el nivel medio menor. Hoy los expertos coinciden en que la estimulación temprana es una de las claves en el proceso educativo y que la diferencia entre acceder a ella o estar excluido va a marcar el desarrollo de capacidades cognitivas de forma irreversible,

² Denominada parvularia en la reforma, aun cuando entre ellas existe relación de género a especie.

motivo por el cual nuestro país se inscribió en la tendencia mundial de consagrar el nivel preescolar como un derecho y como obligatorio.

No deja de sorprender que la educación superior no aparezca siquiera mencionada en el texto de la norma constitucional sobre derecho a la educación, que nada garantiza en cuanto a su acceso, financiamiento ni menos gratuidad, lo que lleva a pensar acerca de si el constituyente de 1980 y los derivados posteriores no la han considerado en realidad como un derecho, limitándose a englobarla tangencial o colateralmente en cuanto a los deberes estatales de fomento de los diversos niveles educativos y de la investigación y creación.

IV. AUSENCIA DE TUTELA JURISDICCIONAL DIRECTA

Como todos los derechos de contenido económico y social, la Carta del 80 no estableció tutela jurisdiccional, mas ya entrados los años 90 el fenómeno de la “propietarización de los derechos” y la conexión con derechos espejos llevaron al establecimiento de mecanismos de tutela de estos derechos allí donde el constituyente no los quiso, siempre por medio de la acción de protección, cuando el prestador de servicios educacionales priva de ellos al educando.

En principio, en la década de los 90, se usó el derecho de propiedad sobre derechos emanados de contratos de colegiatura para impugnar expulsiones en establecimientos privados; posteriormente, el uso de la garantía de no discriminación arbitraria sirvió para impugnar expulsiones y renovaciones de matrícula.

La introducción de los reglamentos de convivencia, particularmente desde la dictación de la reciente ley sobre violencia escolar, ha hecho llegar los principios de tipicidad y del debido proceso a la relación entre educadores y educandos, lo que acarrea que hoy las sanciones, incluyendo la cancelación de matrícula, sean enjuiciadas a la luz de los siguientes estándares:

- Si la causal de expulsión o cancelación estaba o no establecida en el reglamento respectivo
- Si se siguió o no el proceso debido y se actuó de acuerdo al reglamento
- Si la expulsión emanó o no de autoridad competente
- Si la sanción es o no proporcionada a la entidad del hecho sancionado

Según dichos estándares se enjuiciará la arbitrariedad o legalidad de la medida de expulsión y si vulnera o no los derechos a la integridad física y síquica, no ser discriminado y a no ser enjuiciado por comisiones especiales, existiendo numerosos casos en los cuales los alumnos han sido reintegrados³.

Por otra parte, la ley anti discriminación N°20.609 recientemente se ha revelado como un mecanismo eficaz para conflictos de este tipo, como se vio recientemente en el caso del colegio religioso que expulsó a una alumna por la separación de sus padres⁴.

V. JURISPRUDENCIA DEL TC

En materia de derecho a la educación, la jurisprudencia más relevante del TC se contiene en diversos fallos.

En reciente fallo, el TC⁵ aludió el derecho a recibir educación caracteriza el artículo 19, numeral 1º, de la Constitución, teniendo a los niños y jóvenes como centro del proceso de aprendizaje, puesto que se trata de un “derecho social que asegura a todas las personas su pleno desarrollo en todas las etapas de la vida, a través del acceso a la enseñanza formal y no formal y a procesos de educación informal, ya sea de manera estructurada o sistemática, o a través del núcleo familiar y la experiencia de vida”, siguiendo los conceptos de la doctrina⁶, agregando que “por ende, este derecho de los niños y jóvenes a recibir educación es auxiliado por el derecho preferente y deber consecuencial de los padres de educar a sus hijos”.

Cabe mencionar que, en los fallos referidos a la LGE ya aludida, el TC⁷ reconoció como principio fundamental que la titularidad de este derecho radica en los alumnos, sin perjuicio del derecho que tengan también sus padres; que parte del contenido del mismo es entregar educación de calidad,

³ Ver entre otras, sentencias de la Corte Suprema Roles N°3376-2015, 5208-2015, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N°69-2015, de la Corte de Apelaciones de Copiapó Rol N°412-2014, de la Corte de Apelaciones de Concepción Rol N°9-2015 y de la Corte de Apelaciones de Talca Rol N°3552-2015.

⁴ TC, Rol N° 1009-2014, Corte de Apelaciones de Concepción.

⁵ TC, Rol N° 2731.

⁶ García, Gonzalo y Contreras, Pablo (2014). *Diccionario Constitucional Chileno*.

⁷ TC, Rol 1361 (año 2009).

en la mayor medida posible y en condiciones de igualdad, señalando incluso que esta es una finalidad legítima del legislador y que, al mismo tiempo, es una exigencia que se le debe requerir⁸.

Esta línea se verá profundizada en las recientes sentencias dictadas en los últimos dos años acerca de la figura del administrador provisional de universidades y la llamada ley de inclusión escolar, en las cuales la calidad y el buen uso de recursos públicos para su logro es conceptualizada como una de las garantías del logro de educación de calidad, reconociéndose en este orden una amplia potestad regulatoria al legislador, en lo que podría conceptualizarse, a este respecto, como un cambio de línea jurisprudencial si se compara con los antiguos fallos dictados en materia de libertad de enseñanza y uso de recursos públicos⁹.

A este respecto, en una antigua sentencia, establece el deber del Estado de fomentar la educación parvularia, varios años antes de la reforma constitucional que la consagró como un derecho de manera explícita¹⁰.

Por otra parte, existe también rica jurisprudencia referida a la autonomía universitaria¹¹, cuestión que es de particular importancia después de la eliminación de la carta de 1925 en la materia.

VI. FALTA DE REFERENCIAS A INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN LA PRAXIS CHILENA EN TORNO A ESTE DERECHO

En la jurisprudencia y generalmente en la doctrina sorprende que a la hora de conceptualizar el derecho a la educación no se usen referencias al derecho internacional de los derechos humanos; en este sentido, debe tenerse presente que por la vía del art. 5 inc 2 de la CPR ingresa a nuestro sistema constitucional por una parte el art. 13 del PIDESC, que dispone:

⁸ Rol 1363 referido también a la LGE.

⁹ Sin perjuicio de lo señalado, en el fallo ROL 410-2004 en orden a que el otorgamiento de subvenciones a privados habilita al legislador a imponer cargas proporcionadas y adecuadas al logro de la finalidad específica.

¹⁰ Rol 339, año 2001.

¹¹ En particular las sentencias 352, 523, 1615, 2700 y 2731.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Por la misma vía ingresa también el art. 28 de la CIDH que dispone:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
- e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Las alusiones a dichas normas solo aparecerán en los últimos dos años¹².

¹² Sea en el fallo Rol 2731 o en los votos particulares del fallo 2787, ambos del TC.

De dichas normas, se establece claramente un acceso universal, que en la enseñanza superior incluye además el estándar de capacidad, agregando el deber de los Estados de progresar hacia la gratuidad en ella, deber que el Estado Chileno tenía incumplido hasta la dictación de la última ley de presupuesto.

El art. 13 del PIDESC sí define orientaciones y contenidos mínimos que debe tener el sistema educacional de la misma forma que lo hace el art. 13 de la CIDN en un marco de tolerancia, diversidad, promoción del desarrollo de los derechos humanos, cuestiones que en la carta de 1980 no se encuentran y que, por otra parte, la carta del 80, en sus normas de libertad de enseñanza, prohíbe dar reconocimiento oficial a lo que se denomina “orientarse a propagar tendencia político partidaria alguna”, con el consecuente riesgo de que algún no demócrata interprete los principios básicos del régimen democrático y el respeto por los derechos humanos como parte del contenido de tendencias partidistas, con las perniciosas consecuencias que de ellos resultaría.

En otro sentido, la aludida norma de la CIDN establece claramente el principio de no discriminación para acceder a las prestaciones educacionales, cuestión que en Chile se encontraba también incumplida al considerarse en nuestro sistema que la selección de alumnos en establecimientos subvencionados por el Estado era parte del contenido de la libertad de enseñanza, lo cual fue recientemente modificado por la denominada ley de inclusión.

De igual forma, en el marco del principio de no discriminación, el Estado Chileno dictó el año 2000 la ley 19.688 que impide las prácticas discriminatorias hacia alumnas embarazadas, estándar que también se encontraba incumplido en esa fecha.

Por otra parte, el comité de DESCS de la ONU ha desarrollado un conjunto de observaciones generales acerca del significado de la aludida norma del PIDESC, siendo la más importante de ella quizás el art. 13 que tampoco es recogida en la jurisprudencia chilena hasta el reciente fallo¹³, al señalar que “si el derecho a recibir educación tiene por finalidad una especial asunción pública de habilidades, pericias y estudios, es porque los niños y jóvenes, y sus familias, reivindican que ese desarrollo personal reconduzca

¹³ Rol 2731.

las diversas etapas de avance en la vida. Tanto la progresión personal como la inclusión social del esfuerzo educativo implican reconocer que “la educación es el medio indispensable de realizar otros derechos humanos” (Observación General N° 13 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). El sentido del legítimo ascenso social, de la promoción del mérito y de propiciar igualdad de oportunidades, importa que el derecho a la educación pueda producir efectos útiles y tangibles para todos los millones de ciudadanos que salen día a día a estudiar”.

EL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

THE RIGHT TO HEALTH IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT

CAROLINA CARREÑO ORELLANA¹

Resumen: En el presente artículo, se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relacionada con el derecho a la salud, y en especial, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres.

Abstract: In this article, the jurisprudence of the Constitutional Court regarding the right to health is analyzed, and in particular the declaration of unconstitutionality of Article 38b of the Act Isapres.

Palabras clave: Derecho a la salud. Jurisprudencia. Ley de Isapres.

Key words: Right to health. Jurisprudence. Isapres law.

¹ Licenciada en Derecho, abogada, Universidad Finis Terrae. Ayudante de Derecho Constitucional, U. Finis Terrae.

1. EL DERECHO A LA SALUD, DOCTRINA

1.1 Alcances

Si bien la clasificación de los derechos civiles y políticos versus los derechos económicos sociales era antiguamente aceptada, hoy se encuentra en desuso respecto a su exigibilidad, por cuanto ambos emanan de la dignidad del ser humano, quien además es el titular de estos. Este mismo camino ha tomado la mayoría de las constituciones vigentes, así como la jurisprudencia de los tribunales y cortes constitucionales. Aun más, nuestra propia Carta Política los ubica en el mismo numeral, lo que indicaría que para el Constituyente tendrían igual jerarquía.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante “TC” o “la Magistratura”) ha señalado que “la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, también llamados derechos de prestación o de segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica. Acertadamente, se ha escrito (...) que en tales derechos el núcleo normativo es que el sujeto tiene un título para exigir que se entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos. Entre tales derechos encontramos la prestación de un servicio (educación, salud, protección del riesgo, etcétera)”².

La consagración del derecho a la salud como un derecho fundamental ha constituido uno de los avances más importantes y, asimismo, uno de los pilares sobre los que actualmente se sustentan las sociedades civilizadas. Lo anterior se explica porque esta garantía viene a reforzar la idea de que el derecho a la vida va más allá que el mero respeto a no perderla, sino que implica también la forma cómo la vivimos Así, la protección de esta tiene por finalidad superior y última la tutela de la existencia humana exenta de afecciones, o con las enfermedades inevitables bajo control y, en lo posible, sin dolor para quienes las padecen³.

Actualmente, la salud es considerada un concepto amplio, que abarca tanto el plano físico como psicológico, así como el ambiente que nos rodea, de tal

² Tribunal Constitucional. 6 de agosto del 2010. Rol N° 1.710-2010. considerando 26°.

³ Cea Egaña, José Luis (2012). *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, 2° ed., Santiago de Chile, Ediciones UC, p. 325.

forma que en la medida que estos tres aspectos estén en un buen nivel, la persona estará en un buen estado de salud.

A su vez, es considerado como un patrimonio nacional y como derecho, es catalogado del tipo prestacional, en el entendido que necesita de la asistencia y participación del Estado para ejercerlo. A nivel constitucional, el derecho a la salud conlleva que el administrador deba realizar todas las acciones tendientes para su promoción, protección y recuperación y rehabilitación del sujeto, así como su coordinación y su control, sea que se presten por entidades públicas o privadas. Asimismo, se ampara el derecho a elegir el sistema de salud al que se desee acoger.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua lo define como “el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”⁴. Luego, y de acuerdo a sus acepciones, aquello “que sirve para conservar o restablecer la salud corporal” o que esté “de buena salud, de aspecto sano”⁵, será considerado saludable.

La doctrina no ha sido unívoca en un concepto de salud. Es más, se ha ampliado de manera considerable, a tal punto que hoy en día abarca aspectos sicológicos y una clara connotación social. Lo anterior, a juicio de Bascuñán, explica el carácter simultáneamente individual y social que reviste, razón por la cual debe necesariamente ser considerado como un integrante del bien común, valor cuya concreción y realización está consagrado como la finalidad de la sociedad organizada⁶. Es contemplado, entonces, como algo positivo, digno de ser cautelado, motivo por el cual hoy en día las acciones para protegerla van más allá de la mera recuperación, incorporándosele el fomento, la protección y la rehabilitación⁷.

Concordamos también con las opiniones que elevan su estándar a patrimonio nacional y, como tal, es un factor preponderante en el desarrollo del país, siendo fundamentalmente esta la razón por la cual el Estado está llamado a ejercer una función dinámica y activa en la búsqueda de este bien esencial⁸.

⁴ *Diccionario de la Real Academia Española*, vigésima segunda edición, 2001, p. 2017.

⁵ Ibíd., p. 2017.

⁶ Silva Bascuñán, Alejandro. “De los derechos y deberes constitucionales”, en *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XII, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, pp. 128 y ss.

⁷ Evans de la Cuadra, Enrique (2004). *Los derechos constitucionales*, 3º ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica, p. 324.

⁸ Silva Bascuñán, Alejandro, op. cit., p. 130.

1.2 Un real derecho prestacional

El derecho a la protección de la salud –tal y como lo consagra nuestra Carta Política–, es un claro ejemplo de derecho social prestacional, pues su satisfacción pasa por el otorgamiento de prestaciones, lo que se ve reflejado en particular en el inciso cuarto⁹ del N° 9 del artículo 19 de nuestra Constitución. Además, contempla una facultad garantizada jurisdiccionalmente vía recurso de protección: la de elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado¹⁰. Se trata entonces de un derecho de configuración legal lo que se traduce en que, en el hecho, no se basta a sí mismo; por lo tanto, sus límites los fija el legislador siendo, sin duda, los recursos económicos uno de los más importantes, por cuanto es inmanente a este derecho¹¹.

Además, esta garantía prestacional no solo implica la exigencia del otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo costo, sino también abarca otros aspectos que podrían, de dañarse, afectar nuestra salud. Así, será necesario que la autoridad vele por la no contaminación de un río o la no comercialización de productos alimenticios en mal estado¹², y de ocurrir estos, por subsanar sus efectos.

Ahora bien, ¿cuál es el real alcance del derecho a la salud, tal y como está contemplado en nuestra Constitución? Relevante es la respuesta, puesto que de ella logramos dilucidar cuál es el rol que le toca al Estado para su eficaz protección.

La doctrina es unívoca en señalar que por protección a la salud debemos entender una doble acción del Estado, la que envuelve, por una parte, la no

⁹ Art 19: EL Estado asegura a todas las personas:

N° 9: “Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias”.

Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 15 de diciembre del 2012, BCN.

¹⁰ Art 19, N° 9, inciso final.

Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 15 de diciembre del 2012, BCN.

¹¹ Bronfman Vargas, Alan; Martínez Estay, José Ignacio; Núñez Poblete, Manuel (2012). *Constitución política comentada. Parte dogmática, doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, AbeledoPerrot Legal Publishing Chile, p. 225.

¹² Carbonell, Miguel (2008). “Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: esbozo de algunos problemas”, *Estudios Constitucionales*, 6 (2), p. 58.

ejecución de acciones que vayan en contra de la salud y, por otra, adoptar las providencias necesarias para resguardar la salud de todas las personas. Debe entenderse, no obstante, que esta doble acción está dirigida tanto para el Estado como para los particulares¹³.

Se resguarda “el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo¹⁴”, de tal forma que, al ser parte esencial de este derecho el acceso y goce de las prestaciones de salud, la denegación arbitraria a estas constituye una perturbación o privación que afecta inconstitucionalmente el ejercicio del derecho en análisis¹⁵.

La Constitución le entrega a la Administración el deber preferente de normar, planificar, coordinar, controlar, ejecutar, en definitiva, garantizar todas aquellas medidas tendientes a cautelar este derecho fundamental, pudiendo entregarles a los particulares, de manera subsidiaria, la facultad de ejecutar algunas acciones especialmente referidas al campo de la recuperación y rehabilitación.

Al ser un derecho social prestacional consagrado a nivel constitucional, le corresponde, asimismo, el resguardo a un derecho mínimo vital y asegurando –mediante planes de salud– prestaciones básicas y uniformes a todos los que lo soliciten, incluyendo a personas de los sectores más vulnerables de la población, indigentes o sin capacidad de pago, con el

¹³ Bulnes Aldunate, Luz (1988). “El Derecho a la Salud en los ordenamientos constitucionales”, *Gaceta Jurídica*, Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial, 97 (julio), pp.3-12.

¹⁴ Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:
9º.- El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado.

Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 15 de diciembre del 2012, BCN.

¹⁵ Nogueira Alcalá, Humberto (2007). *Derechos fundamentales y Garantías constitucionales*, Tomo 3. Los derechos sociales fundamentales, Santiago de Chile, Librotecnia, p. 111.

fin de consagrar el deber encomendado en el artículo 1º inciso final¹⁶ del Código Político.

Por otro lado, es indiscutible que posee una íntima conexión con varias garantías, entre ellas la vida y la integridad física y psíquica, por cuanto no se entendería una sin el correcto desempeño de la otra. La igualdad ante la ley, ya que implica un acceso igualitario a todas las acciones de salud. La seguridad social, ya que esta es la manifestación de aquella. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, porque, de lo contrario, el daño al entorno en donde habitamos repercutiría directamente en nuestro estado de salud. Por su parte, la propiedad puede ser limitada si es que ella afectara la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

Finalmente, a nivel internacional, existen varios tratados jurídicos, ratificados por nuestro país, que reconocen expresamente el derecho a la salud. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. Reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”¹⁷, señalando –a título de ejemplo– diversas medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.

Sostiene que el derecho a la salud, en todas sus formas y en todos sus niveles, abarca ciertos elementos esenciales, interrelacionados entre sí. Así, supone la disponibilidad de cada Estado para contar con un número suficiente de bienes y servicios públicos de salud, una admisibilidad tanto física como económica a estos y sin discriminación, así como un adecuado acceso a la información. Además, todos los servicios deben ser respetuosos con las minorías y concebidos para cuidar la confidencialidad de los pacientes

¹⁶ Artículo 1º.- Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 15 de diciembre del 2012, BCN.

¹⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [en línea]: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. [fecha de consulta: 23 de septiembre del 2012]. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>

(aceptabilidad) y ofrecer una buena calidad tanto de atención como de bienes y servicios¹⁸.

Consagra, además, el derecho a la salud materno-infantil y reproductiva, así como el derecho a la higiene en el trabajo y el medio ambiente y, en especial, la adopción de medidas preventivas en materia de afecciones y accidentes laborales¹⁹. Exige el establecimiento de programas de prevención y tratamiento de enfermedades –en especial el VIH²⁰– así como la creación de establecimientos, bienes y servicios de salud²¹.

Ahora, si bien nuestra actual Constitución consagra el deber de los órganos del Estado de respetar y promover tanto los derechos garantizados por ella como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes²², alguna parte de la doctrina entendió que, en un principio, dicha normativa elevaba a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos a rango constitucional²³, aunque luego surgirían opiniones señalando que ello no era efectivo. Posteriormente, se intentaría imponer la noción de “bloque de constitucionalidad” para sustentar dicha tesis, idea que actualmente es apoyada por el Tribunal Constitucional²⁴.

Este debate resulta interesante ya que, de aceptar que algunos de los pactos mencionados tienen rango constitucional, se podría entender que el derecho a la protección de la salud se vería complementado con los principios y valores presentes en ellos, lo que transformaría su fisonomía²⁵.

Como sabemos, hoy en día en materia prestacional, nuestro sistema de salud cuenta con dos diferentes prestadores: FONASA, del sector público, que recibe un importante aporte fiscal y que cubre al 73% de la población, versus las ISAPRES, las que constituyen seguros privados que administran fondos públicos y que actualmente atienden a cerca de un 15%

¹⁸ Ibíd., N°12.

¹⁹ Ibíd., N°15.

²⁰ Ibíd., N°16.

²¹ Ibíd., N° 17.

²² Artículo 5º, inciso 2, segunda parte. Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 15 de diciembre del 2012, BCN.

²³ Couso, Javier y Reyes, Mauricio (2009). “Notas acerca del origen y trayectoria del derecho constitucional a la protección a la salud en Chile”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 16 (2), pp. 161-194.

²⁴ Ibíd., p. 190.

²⁵ Ibíd., p. 190.

de la población. Existe un considerable porcentaje que no está cubierto en ninguno de los dos sistemas.

2. JURISPRUDENCIA DEL DERECHO A LA SALUD EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La primera sentencia dictada en materia de salud, específicamente en materia previsional²⁶, se remonta al año 1990 a propósito de un control de constitucionalidad sobre el proyecto de ley que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapres y deroga el D.F.L. N° 3, de salud, de 1981. Entre otras disposiciones, el proyecto de ley sometido a control establecía –en su artículo 1°– que “corresponderá a la Superintendencia, la supervigilancia y control de las Instituciones de Salud Previsional a que se refiere el Título II de esta ley”.

Años después se volverá a revisar –en dos oportunidades– el sistema previsional, a propósito del control de constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas, al señalar que este sistema de previsión “es sin perjuicio del derecho de cada persona a elegir el sistema de salud que dese acogerse y que la Constitución Política le asegura en el inciso final del N° 9 de su artículo 19”²⁷.

En el ámbito de las políticas públicas, la plena integración de personas con discapacidad²⁸, el maltrato de menores²⁹, la normalización de las plantas de funcionarios de salud³⁰, a la sanción del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas³¹, el que estableció el estatuto de atención primaria

²⁶ Tribunal Constitucional. 15 de enero de 1990, Rol N° 92-1989. “Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapres y deroga el D.F.L. N° 3, de salud, de 1981”.

²⁷ Tribunal Constitucional. 15 de febrero de 1990. Rol N° 98-1990. Y con fecha de sentencia de 2 de julio de 1996, Rol N° 237-1996.

²⁸ Tribunal Constitucional. 4 de enero de 1994. Rol N° 178-1993.

²⁹ Cabe destacar que esta misma materia vino en una segunda oportunidad meses después de ese mismo año (Rol 192-94). Tribunal Constitucional. 2 de abril de 1994. Rol N° 187-1994.

³⁰ Tribunal Constitucional. 10 de mayo de 1994. Rol N° 189-1994.

³¹ Tribunal Constitucional. 4 de enero de 1995. Rol N° 198-1994.

de salud municipal³² la modificación de las bases generales del medio ambiente³³ y la píldora del día después³⁴, entre otras.

Interesantes fueron los proyectos de ley que revisó sobre, por ejemplo, la modificación de la ley de alcoholes y prohibió el consumo en la vía pública con riesgo de sanción de multa³⁵, el que creó el sistema nacional de ADN en nuestro país³⁶, el que estableció un sistema de atención a los menores y los adolescentes a través de una red de colaboración del SENAME y su subvención³⁷, el que modificó la legislación actual sobre publicidad y consumo de tabaco³⁸. También tuvo que revisar el proyecto sobre violencia escolar³⁹, la regulación de los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud⁴⁰, sobre otorgamiento y uso de licencias médicas⁴¹. Por último, en los últimos años le tocó revisar la ley sobre regulación de la venta y arriendo de videojuegos excesivamente violentos a menores de dieciocho años y exigencia de control parental a consolas⁴² y la que modificó la ley orgánica constitucional de votaciones populares y escrutinios, estableciendo la facultad de excusarse de la obligación de ser vocal de mesa para las mujeres en estado de embarazo y puerperio⁴³.

Destaca el control del proyecto de ley sobre composición de los alimentos y su publicidad que fue enviado al Tribunal Constitucional para su control preventivo y obligatorio y que contenía dos enunciados normativos “relativos a incorporar actividades didácticas y físicas dirigidas a formar hábitos de alimentación saludable y a la promoción de actividades deportivas los que –a juicio de la Magistratura– no implicaban el establecimiento de un

³² Tribunal Constitucional. 14 de marzo de 1995. Rol N° 204-1994.

³³ Tribunal Constitucional. 18 de enero de 1995. Rol N° 206-1995.

³⁴ Tribunal Constitucional. 11 de enero del 2007. Rol N° 591. “Requerimiento de inconstitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584 (Ministerio de Salud), fechada el 1º de septiembre de 2006, la cual aprueba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”.

³⁵ Tribunal Constitucional. 27 de junio del 2002. Rol N° 353-2002.

³⁶ Tribunal Constitucional. 19 de agosto del 2004. Rol N° 419-2004.

³⁷ Tribunal Constitucional. 15 de junio del 2005. Rol N° 447-2005. “Control de constitucionalidad del proyecto de ley que establece un sistema de atención a los menores y los adolescentes a través de una red de colaboración del SENAME y su subvención”.

³⁸ Tribunal Constitucional. 13 de abril del 2006. Rol N° 474-2006.

³⁹ Tribunal Constitucional. 1 de septiembre del 2011. Rol N° 2.055-2011.

⁴⁰ Tribunal Constitucional. 27 de marzo del 2012. Rol N° 2.159-2012.

⁴¹ Tribunal Constitucional. 17 de mayo del 2012. Rol N° 2.181-2012.

⁴² Tribunal Constitucional. 15 de mayo del 2014. Rol N° 2.659-2014.

⁴³ Tribunal Constitucional. 20 de junio del 2013. Rol N° 2.485-2013.

requisito mínimo exigible a cada nivel de enseñanza, sino solo se traducían en cursos específicos y obligatorios que en la especie no están expresamente configurados”⁴⁴. Además, el TC estimó que “tampoco estas disposiciones del proyecto de ley establecían una norma objetiva de general aplicación, puesto que se trataba simplemente de actividades y no de regulaciones y, finalmente, porque no constituían estas actividades un requisito para el reconocimiento oficial de un establecimiento educacional lo que impedía caracterizarlas como una norma orgánica constitucional”⁴⁵.

Especial atención merece el primer control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modificó diversas disposiciones de la normativa que regula a las instituciones previsionales de salud⁴⁶, tema que revisaremos más adelante. Dicho proyecto requería como necesario considerar el estado de salud de los afiliados, así como también el de los beneficiarios del plan, para efectos de hacer las revisiones correspondientes. Además, reparó por primera vez en los criterios de sexo y edad como factores determinantes para la fijación del precio de los contratos de salud ya suscritos. Cabe destacar, sin embargo, que dicho artículo no fue a control constitucional.

También fue sometido a control de constitucionalidad el proyecto de ley que establece el sistema de salud de las Fuerzas Armadas, y en el que se dedicó un acápite al resguardo al derecho a la salud y a la seguridad social de los beneficiarios⁴⁷. En este caso, resultó interesante el control de su artículo 2º, cuya original redacción expresaba que el sistema aseguraba “el derecho al libre e igualitario acceso a la medicina curativa y, además, al personal en servicio activo, el derecho a la asistencia médica preventiva”. A juicio de la Magistratura, el artículo así redactado estaba afectando un acceso igualitario a las acciones de prevención en materia de salud que reconoce la Carta Fundamental en el numeral 9 de su artículo 19, por cuanto da acceso a la asistencia médica preventiva solamente al personal en servicio activo, dejando sin esta atención al personal pasivo. En su sentencia, el TC obliga a hacer presente la necesidad de su debida complementación⁴⁸.

⁴⁴ Tribunal Constitucional. 5 de junio del 2012. Rol N° 2.224. Considerando octavo.

⁴⁵ Tribunal Constitucional. 5 de junio del 2012. Rol N° 2.224. Considerando noveno.

⁴⁶ La sentencia, si bien se refiere a una disposición administrativa en materia de salubridad pública, no hace referencia al derecho a la salud, sino que se refiere al derecho a la vida y el derecho de los padres a educar a sus hijos. Tribunal Constitucional. 23 de marzo de 1995. Rol 210-1995.

⁴⁷ Tribunal Constitucional. 2 de julio de 1996. Rol 237-1996.

⁴⁸ Ibíd., considerandos 16º y 17º.

En cuanto a requerimientos presentados en materia de salud, debió resolver un requerimiento presentado por diputados en contra de la resolución exenta que aprueba las normas nacionales sobre regulación de la fertilidad⁴⁹ y un sinnúmero de solicitudes para que declarara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, materia que, por su significancia y efectos, revisaremos al final del texto.

Destaca un requerimiento parlamentario respecto de la ley de trasplantes⁵⁰ por el énfasis que se hace sobre la protección de la salud, en cuanto derecho social y su íntima conexión con otros atributos esenciales asegurados en la Constitución. Así señala que “el Estado debe velar, como se lo exige la Constitución, por la vida de las personas, (que) lo hace directamente a través de su poder público para cautelar las de acciones de terceros y reconoce el derecho a la protección de la salud conforme al artículo 19, N° 9°, con el objeto de que, en caso de enfermedades, se preserven sus vidas”⁵¹.

Ahora bien, en materia de salud, pero en relación a la protección al medio ambiente, tuvo que revisar el proyecto de ley que estableció mecanismos de protección y de evaluación de los efectos producidos por el deterioro de la capa de ozono⁵². En cuanto a requerimientos presentados, debió resolver una presentación realizada por diputados en contra del decreto que establece la normativa de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde el tranque de relaves al estero Carén⁵³. También debió revisar el proyecto de ley que reguló la instalación de torres de soporte de antena de emisoras. Especialmente relevante fue el control de constitucionalidad del proyecto que creó los tribunales ambientales⁵⁴.

⁴⁹ Tribunal Constitucional. 11 de enero del 2007. Rol N° 591-2006. “Requerimiento de inconstitucionalidad, presentado por un grupo de Diputados, respecto de la Resolución Exenta N° 584 (Ministerio de Salud), fechada el 1º de septiembre de 2006, la cual aprueba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”.

⁵⁰ Tribunal Constitucional. 13 de agosto de 1995. Rol N° 220-1995.

⁵¹ Ibíd., considerando 8°.

⁵² Tribunal Constitucional. 27 de enero del 2006. Rol N° 466-2006.

⁵³ Tribunal Constitucional. 26 de abril del 2007. Rol N° 577-2006.

⁵⁴ Tribunal Constitucional. 17 de mayo del 2012. Rol N° 2.180-2012.

3. CASO EMBLEMÁTICO: EL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY DE ISAPRES Y SU VULNERACIÓN AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

3.1 Antecedentes

A la fecha, han sido presentados más de doscientos requerimientos de inaplicabilidad por constitucionalidad en contra de dicha norma, los que solo el año 2011⁵⁵ representaron el 22% del total de casos presentados ante el TC.

El fenómeno “Isapres” comenzó el año 2008 con la primera presentación de un requerimiento de inaplicabilidad⁵⁶ en contra del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 o normas relacionadas con ella. Si bien dicha presentación no fue admitida a trámite por la Sala, que consideró que no cumplía con las exigencias requeridas para toda presentación de una inaplicabilidad, marcó un importante precedente: en adelante y hasta varios años después, el tribunal deberá revisar una gran cantidad de solicitudes para que declarara, en sede de protección, la inaplicabilidad de dicha normativa por atentar derechos fundamentales de los afiliados.

No resulta en vano decir que, a partir de entonces, el número de requerimientos presentados tuvo un aumento exponencial. Basta con señalar que hasta antes de comenzar el proceso de constitucionalidad iniciado de oficio por el TC en abril del año 2010, se fallaron más de 120⁵⁷ requerimientos declarando su inaplicabilidad.

Ahora bien, del total de requerimientos que terminaron en sentencia, cuatro⁵⁸ fueron claves al momento de resolver la naturaleza del derecho

⁵⁵ Tribunal Constitucional. Cuenta Pública del Presidente del Tribunal Constitucional, Santiago, Chile, 2011, p. 42.

⁵⁶ El primer requerimiento presentado ante la Magistratura Constitucional impugnando el artículo 38 ter data del año 2008. Rol N° 1.187-2008, que fue desestimado por no haber cumplido con las exigencias del artículo 39 de la LOC del TC, esto es: “El requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de constitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas”.

⁵⁷ Datos obtenidos en: Tribunal Constitucional. Jurisprudencia Constitucional. Tomos XIV al XVIII, que comprenden sentencias dictadas entre los años 2008 y 2012.

⁵⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional Roles N° 976-07, 1218-08, 1287-08 y 1273-08, dictadas entre los años 2008 y 2010.

que estamos revisando y, especialmente, acerca de decidir el futuro de la normativa impugnada, no solo por cuanto coinciden en una sólida línea argumentativa y doctrinaria, sino que serán los fallos que posteriormente sentarán las bases para el proceso de inconstitucionalidad del artículo 38 ter. Es interesante revisar algunos de los pasajes de dichas sentencias, pues varios de estos argumentos se repetirán en el fallo que derogó una parte del artículo 38 ter a propósito del proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por la Magistratura.

Ahora bien, con respecto al derecho a la protección de la salud, el TC fue unánime en sostener que –para los efectos del caso concreto– es la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud⁵⁹, el que se erige y desenvuelve sobre una base cierta de jerarquía constitucional y de orden público, cualidades que presuponen su incorporación y vigencia en toda convención de esa especie⁶⁰ y que por lo mismo resulta(n) irrenunciable(s) y ha(n) de ser incorporada(s) en todo contrato de salud (...)⁶¹.

Agregó que “el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea⁶².

Por otro lado, y con respecto a la administración de esta garantía, sostuvo que “no solo es deber del Estado y de sus órganos respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente”⁶³ y que, como manifestación de este mismo principio, “ellas (las Instituciones de Salud Previsional) deben siempre y, en todo caso, procurar que los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, en especial aquel cuya satisfacción les ha sido reconocida y está amparada por la Carta Fundamental, no sean afectados en su esencia o menoscabados por la imposición de condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, con sujeción a lo previsto en el artículo 19, Nº 26, de la Carta Política”.

⁵⁹ Ibíd., considerando 43º.

⁶⁰ Ibíd., considerando 44º.

⁶¹ Ibíd., considerando 45º.

⁶² Ibíd., considerando 29º.

⁶³ Ibíd., considerando 34º.

A su vez, fue contrario a la excesiva libertad que poseían las prestadoras de establecer libre y discrecionalmente los precios de los planes, ya que ella “debe suponerse siempre limitada por los valores, principios y disposiciones constitucionales, deducción lógica que, si fuera desconocida o ignorada, sería equivalente a quebrantar el valor de la supremacía que singulariza a la Constitución”⁶⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, fue solo el primero de los fallos, Rol N° 976-2007, el que acogió el requerimiento solo en cuanto a la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter, por considerarla contraria al derecho a la salud. Aquí, recordó lo resuelto por la Corte Suprema⁶⁵, la que sostuvo “que la actuación de la recurrente ha vulnerado la garantía del N° 9, inciso final del artículo 19, N° 9, de la Constitución, que consagra el derecho de una persona a elegir el sistema de salud que ella desea, opción que puede verse afectada, ya que por lo excesivo de los costos estaría obligada esa persona a incorporarse al sistema de salud”⁶⁶.

Por otra parte, sostuvo que si bien justifica la existencia del alza del plan en virtud a condiciones objetivas y generales de riesgo, no se observa una proporcionalidad en las prestaciones que exige todo contrato válidamente celebrado, lo que va en contra de lo señalado por la Constitución, esto es, tender siempre a “maximizar el goce del derecho a la protección de la salud y no a dejarlo sin vigencia efectiva, v. gr., al impedir que el cotizante mantenga el régimen privado de atención al cual había resuelto acogerse”⁶⁷.

Destaca también la base constitucional y de orden público del contrato de salud, motivo por el cual “todas las cláusulas del referido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho, más todavía si el afiliado envejece y, a raíz de ello, sube considerablemente el factor respectivo, lo cual repercute en el mayor costo de su plan de salud”, lo que al no poder seguir pagando el plan se ve en la obligación de abandonar el sistema privado y volver al público, hecho que “obviamente (...) significa que el afectado se halla impedido de ejercer tales derechos, a pesar de estarle asegurados por la Constitución en cualquier tiempo y circunstancia”⁶⁸.

⁶⁴ Ibíd., considerando 57°.

⁶⁵ Ibíd., considerando 66°.

⁶⁶ Ibíd., considerando 63°.

⁶⁷ Ibíd., considerando 61°.

⁶⁸ Ibíd., considerando 63°.

En otro ámbito, es interesante indicar que el fallo hizo mención a la naturaleza de los derechos sociales o de la segunda generación, negando la doctrina que sostiene que serían simples declamaciones o meras expectativas y considerándolos de una naturaleza similar a los derechos civiles o políticos⁶⁹ y, por ende, exigibles ante el Estado, de tal forma que, a su juicio, el derecho a la protección de la salud “es de índoles social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea”⁷⁰, para concluir que “si bien la doctrina y la jurisprudencia comparadas han señalado que los derechos sociales requieren la concretización legal de su contenido, también ha realzado que la Constitución establece, en relación con ellos, un núcleo esencial, indisponible para el legislador”⁷¹.

3.2 Declaración de inconstitucionalidad de oficio de parte del artículo 38 ter. Argumentos del TC para estimar infringido el derecho a la salud por parte de la normativa

En lo que dice relación con esta garantía, en su sentencia⁷², el TC se refirió al rol constitucional del legislador y del administrador en la regulación de los derechos sociales. Así, sostuvo que “los principales derechos sociales que la Constitución asegura a todas las personas son configurados a partir de la posibilidad de acceder a una determinada prestación. Así sucede con el derecho a la protección de la salud, en que se debe proteger “el libre e igualitario acceso a las acciones”⁷³, para lo que “la Ley Fundamental le asigna al Estado un rol de control o supervigilancia, garantizando a “los particulares el derecho a elegir que las prestaciones le sean entregadas por entidades estatales o por entidades privadas”⁷⁴, es decir, impide la existencia de un monopolio de la entrega de las prestaciones de salud.

Incluso va más allá, por cuanto sostiene que la Carta Magna le ha asignado al Estado “el deber preferente de garantizar la ejecución de las acciones

⁶⁹ Ibíd., considerando 26º.

⁷⁰ Ibíd., considerando 29º.

⁷¹ Ibíd., considerando 30º.

⁷² Tribunal Constitucional. 6 de agosto del 2010. Rol N° 1.710-2010.

⁷³ Ibíd., considerando 114º.

⁷⁴ Ibíd., considerando 117º.

de salud”, entendiendo por ello que se trata de una “conducta impuesta en interés general o de la colectividad”⁷⁵ descrita de modo abstracto y genérico⁷⁶, y en donde el Estado “no es el único obligado a cumplir el deber que se le entrega, sino que él es el principal responsable”⁷⁷. A mayor abundamiento, señala que “el establecimiento de este deber “significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con el orden público económico que ampara la Constitución, en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica, permitiendo así que los particulares asuman un rol de promotores de estas últimas”⁷⁸.

Sumado a lo anterior, deja en claro que la Carta Fundamental le entrega al Estado el deber de “el control de las acciones relacionadas con la salud”, siendo perfectamente legítimo, en consecuencia, que el legislador otorgue, a los efectos del ejercicio de tal deber-atribución, una potestad normativa a la Superintendencia de Salud, en su condición de organismo de la Administración del Estado⁷⁹.

Más adelante, establece “que una misma materia no puede ser regulada indistintamente por la ley y por normas administrativas y que, en consecuencia, no le corresponde al legislador legalizar o deslegalizar materias, pues eso lo define el constituyente⁸⁰, por lo tanto solo se puede concluir que el mismo legislador fue quien vulneró la Constitución, al entregarle la determinación de los márgenes del factor a calcular según edad y sexo a un organismo regulador, como lo es la Superintendencia del ramo, en la determinación permanente de este⁸¹.

Luego, postula que las normas impugnadas tampoco cumplen con lo señalado en el inciso cuarto del numeral que consagra este derecho, toda vez que tampoco fija “las condiciones” del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud y, por consiguiente, son inconstitucionales⁸². Lo anterior, en razón de que dado que dichos preceptos

⁷⁵ Ibíd., considerando 120°.

⁷⁶ Ibíd., considerando 120°.

⁷⁷ Ibíd., considerando 121°.

⁷⁸ Ibíd., considerando 121°.

⁷⁹ Ibíd., considerando 123°.

⁸⁰ Ibíd., considerando 149°.

⁸¹ Ibíd., considerando 141°.

⁸² Ibíd., considerando 142°.

permiten un complejo mecanismo de reajustabilidad del precio de los planes de salud que se ofrecen en el sector privado, mecanismo que, en definitiva, produce la dispersión de la determinación de esas condiciones en distintos actores. Para el Tribunal resulta claro, además, que en tal esquema el papel del afiliado, que es el actor principal del derecho a la protección de la salud, prácticamente desaparece, pues queda constreñido a aceptar o a rechazar lo que la entidad previsional le ofrezca⁸³.

Por otra parte, no le cabe duda alguna de que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, sostiene que las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público⁸⁴.

A mayor abundamiento, estima que el hecho de que se calculen precios desproporcionados en relación a las rentas, que son además determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos, por lo demás inherentes a la condición humana, afecta el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar, sumado al hecho de que dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años, lo que no tendría justificación racional y, por ende, no se avendría a la Constitución⁸⁵. Además, el mecanismo de reajustabilidad de estos mismos precios definido por el propio legislador genera un desequilibrio entre el cobro de las cotizaciones y la protección del derecho a la salud, que deja a este último sin la tutela que la Constitución exige⁸⁶. De tal forma que, para que se hubiera ajustado a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió haber establecido parámetros prudentes de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre⁸⁷.

⁸³ Ibíd., considerando 143º.

⁸⁴ Ibíd., considerando 144º.

⁸⁵ Ibíd., considerando 145º.

⁸⁶ Ibíd., considerando 146º.

⁸⁷ Ibíd., considerando 145º.

Indicó, además, que los numerales del inciso tercero de la normativa impugnada, en virtud de la amplitud no razonable que estas permiten, facultan a las entidades de salud a aumentar de forma desmedida el precio de los planes de salud, especialmente en los tramos de edad superiores, lo que ocasiona en problema del “cotizante cautivo”, que lo obliga a emigrar a un sistema al que la persona no desea pertenecer, lo que, a su parecer, riñe directamente con el texto constitucional.

Finalmente, estimó que la forma y condiciones como se prestan las acciones de salud –que es la materia sobre la que fundamenta la reserva legal– se refiere a un deber del Estado que está destinado a posibilitar que se cumpla la garantía del derecho a la protección de la salud de las personas. Por lo tanto, la Magistratura sostuvo que “sin pretender que el legislador determine en este caso un tipo de actividad administrativa plenamente reglada, como se denomina en doctrina, las referidas *forma y condiciones* de la ejecución de las acciones de salud sí deben determinarse por la ley con un grado de precisión tal que impida que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa se extienda a la vulneración de los derechos constitucionales”⁸⁸. Este tema –junto con el análisis de los fundamentos– lo trataremos en profundidad en el capítulo siguiente.

3.3 Efectos post declaración de inconstitucionalidad en las sentencias del TC. Nuevos argumentos

Con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad de una parte del artículo 38 ter, se siguieron presentando nuevos requerimientos en contra de la normativa. A partir de entonces, el TC resolverá fundándose en la normativa relativa a los efectos de la inconstitucionalidad declarada. Dicha norma establece que una vez que el precepto legal viciado es derogado por inconstitucional el resultado es que queda total, completa y definitivamente erradicado del ordenamiento jurídico vigente desde la referida publicación. Entonces, la importancia de dicha sentencia es que vendría a afectar la totalidad de los contratos de salud en curso a la fecha de la entrada en vigencia de sus efectos, puesto que, a contar de ahí, tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose⁸⁹.

⁸⁸ Ibíd., considerando 158°.

⁸⁹ Tribunal Constitucional. 10 de enero del 2012. Rol N° 1.555.

Especialmente interesantes resultaron ser las conclusiones respecto del efecto que tiene esa derogación para aquellos contratos que se celebraron cuando estaban vigentes las normas impugnadas. Y así, el efecto no sería una derogación propiamente tal, la cual siempre se producirá en mérito de la dictación de la voluntad soberana que proviene de los órganos legislativos, por lo que no podrían igualarse jurídicamente la legitimidad que brinda una ley posteriormente derogada con la legitimidad de que está dotada aquella situación cubierta por el efecto irretroactivo de la norma declarada inconstitucional. Para la Magistratura, no parecía posible que un precepto invalidado por ella misma pudiera seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual⁹⁰.

De tal modo que la expulsión del precepto legal del ordenamiento jurídico importaría una negación absoluta y definitiva de sus efectos, ya que extenderlos más allá de lo expresamente previsto en la Carta Política implicaría una evidente vulneración de su sentido y espíritu y una clara limitación a los fines previstos en la misma Carta Fundamental, sobrepasándola⁹¹.

Con lo anterior, demuestra que los contratos de salud celebrados a partir de la fecha que entró en vigencia la sentencia no pueden estar afectados por lo dispuesto en el precepto legal declarado inconstitucional y que, por lo mismo, dicha norma no tiene efecto ultratrativo en razón de que se hallara vigente al momento de perfeccionarse los contratos de salud⁹².

3.4 Los fallos post derogación del 38 ter

En un primer período, los requerimientos fueron acogidos bajo el fundamento de que, a partir de la publicación del fallo de inconstitucionalidad en el Diario Oficial, las reglas sobre alzas que preveían los N°s 1 al 4 del inciso tercero del cuestionado artículo 38 ter perdieron validez general, de tal forma que no podían seguir aplicándose, argumento que sería aplicado después en una sentencia posterior de especial relevancia⁹³. A mayor abundamiento, argumentó que con ello se buscaba hacer eficaz lo resuelto en el fallo de

⁹⁰ Ibíd., considerando 8º.

⁹¹ Ibíd., considerando 10º.

⁹² Ibíd., considerando 11º.

⁹³ Tribunal Constitucional. 10 de enero del 2012. Rol N° 1.555.

inconstitucionalidad y evitar cualquier posibilidad de que la norma legal objetada pudiera, eventualmente, aplicarse por los tribunales que conocen de la gestión pendiente y que, con ello, se vulnerara la Constitución⁹⁴.

Sin embargo, en ciertos casos, fue crucial atender al ámbito temporal de validez del precepto impugnado, distinguiendo la fecha del contrato de salud previsional para admitir el respectivo requerimiento. De tal forma que, si el contrato se había celebrado antes de julio del año 2005 –fecha en que entró en vigencia la Ley N° 20.015– no se regía por el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 o 199 del D.F.L. N° 1 de Salud del año 2005, sino que por las reglas fijadas en dicho contrato, de acuerdo a la normativa vigente a esa fecha, tal como lo dispone su artículo 2º. Pero, si el contrato se había celebrado con fecha posterior a julio del 2005, por aplicación de ese mismo artículo, era regido plenamente entonces por el D.F.L. N° 1⁹⁵. De esta manera, la jurisprudencia del TC estableció que si la fecha del contrato era anterior a julio del año 2005, respecto de la tabla de factores, el artículo 38 ter (actual 199) no tenía aplicación, razón por la cual fueron rechazados gran cantidad de los requerimientos presentados.

Así, por aplicación de lo anterior, el Tribunal solo consideraba como norma impugnada el artículo 38 de la Ley N° 18.933 (vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015) en la parte que se refiere a la operación de la tabla de factores, excluyéndose de su pronunciamiento el artículo 38 ter (o 199 del texto refundido), pues de acuerdo a la fecha de celebración del contrato, no se aplicaba y el artículo 2º de la Ley N° 20.015, que establece reglas de adaptabilidad de los contratos vigentes antes de la entrada en vigencia a su normativa⁹⁶, no había sido impugnado.

De tal forma que, cerca del centenar de resoluciones que han sido dictadas a la fecha en materia de impugnación de la normativa en estudio, podemos clasificarlas en dos tipos, según la fecha de celebración del contrato de salud: aquellas en las que el Tribunal no se refería al artículo 38 ter, por cuanto el contrato de salud era anterior a la entrada en vigencia de esa norma, limitándose a revisar solo el artículo 38 y aquellas en las que sí se pronunciaba sobre ella, por cuanto los contratos celebrados eran posteriores al año 2005. En estos últimos, los requerimientos eran acogidos

⁹⁴ Sentencias roles N°s 1677-10, 1820-10, 1626-10, 1657-10, 1572-09.

⁹⁵ Tribunal Constitucional. 30 de noviembre del 2010. Rol N° 1.572-2010.

⁹⁶ Ibíd., considerando 7º.

si los contratos de salud habían sido celebrados con posterioridad a ese año y rechazados en caso contrario.

Especialmente interesante resulta ser la argumentación esgrimida en un requerimiento que, basado en doctrina anteriormente presentada, el Tribunal acogió sosteniendo que la norma no aprobaba el examen de proporcionabilidad y razonabilidad exigidos y vulneraba la Constitución, por cuanto le entregaba a la voluntad de las partes el determinar un elemento esencial de un contrato de orden público, como lo es la reajustabilidad del plan⁹⁷. Aún más, sostuvo que el precepto legal impugnado tampoco pasaría el estándar de la no discriminación, porque construía un mecanismo basado en elementos inherentes a la naturaleza humana, como la edad y el sexo, que en el caso del requirente, ello implicaba a mayor edad más caro sería su plan de salud⁹⁸.

Ahora bien, una normativa relacionada con la tramitación del recurso de protección fue impugnada con posterioridad a la derogación parcial del 38 ter, especialmente por las Isapres. En efecto, se requirió de inaplicabilidad el artículo 7º del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales de la Corte Suprema argumentando, en el primero de los casos⁹⁹, que se producía una vulneración del artículo 7º de la Carta Fundamental, pues la Corte Suprema carecía de facultades normativas para regular materias de orden procesal, y que en el caso en particular se había excedido el objeto propio de los Autos Acordados, que deben ser entendidos como normas que pueden regular asuntos relativos al mejor servicio, administración y funcionamiento de los tribunales de justicia, de lo cual concluía el requirente que la Corte Suprema había invadido materias propias de la reserva legislativa. El Tribunal resolvió –entre otras materias impugnadas– rechazar el requerimiento en atención a que la Corte Suprema sí posee facultades normativas para regular materias de orden procesal y, por ende, no se ha excedido en el objetivo propio de los Autos Acordados, por lo que debe considerarse entonces que ella no invade con esto materias propias de la reserva legislativa.

⁹⁷ Tribunal Constitucional. 29 de noviembre del 2011. Rol N° 1.893-2011.

⁹⁸ Ibíd., considerando 18º.

⁹⁹ Tribunal Constitucional. Sentencias roles N° 1.812-2010 (acumuladas con N°s 1.816-2010 y 1.817-2010. Esta fue fallada. Los roles N°s 1.859-2010 y 1.924-2011 fueron declarados inadmisibles).

Finalmente, también fue impugnado –aunque declarado inadmisible– el artículo 38 de la ley de Isapres, en la parte que alude a la tabla de factor etario por considerar que atentaba el derecho a la igualdad, al libre e igualitario acceso a la protección de la salud y elegir el sistema al que la persona desea acogerse, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Bronfman Vargas, Alan; Martínez Estay, José Ignacio; Núñez Poblete, Manuel (2012). *Constitución política comentada. Parte dogmática, doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, AbeledoPerrot Legal Publishing Chile, p. 225.
- Bulnes Aldunate, Luz (1988). “El Derecho a la Salud en los ordenamientos constitucionales”, *Gaceta Jurídica*, Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial, 97 (julio), pp. 3-12.
- Carbonell, Miguel (2008). “Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: esbozo de algunos problemas”, *Estudios Constitucionales*, 6 (2), p. 58.
- Cea Egaña, José Luis (2012). *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, 2º ed., Santiago de Chile, Ediciones UC, p. 325.
- Couso, Javier y Reyes, Mauricio (2009). “Notas acerca del origen y trayectoria del derecho constitucional a la protección a la salud en Chile”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 16 (2), pp. 161-194.
- Diccionario de la Real Academia Española*, vigésima segunda edición, 2001, p. 2017.
- Evans de la Cuadra, Enrique (2004). *Los derechos constitucionales*, 3º ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica, p. 324.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2007). *Derechos fundamentales y Garantías constitucionales*, Tomo 3. Los derechos sociales fundamentales, Santiago de Chile, Librotecnia, p. 111.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [en línea]: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. [fecha de consulta: 23 de septiembre del 2012]. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>
- Silva , Bascuñán Alejandro. “De los derechos y deberes constitucionales”, en *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XII, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, pp. 128 y ss.

Normas citadas

Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 15 de diciembre del 2012, BCN.

Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 15 de diciembre del 2012, BCN.

Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 15 de diciembre del 2012, BCN.

Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 15 de diciembre del 2012, BCN.

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional. 1 de septiembre del 2011. Rol N° 2.055-2011.

Tribunal Constitucional. 10 de mayo de 1994. Rol N° 189-1994.

Tribunal Constitucional. 13 de abril del 2006. Rol N°474-2006.

Tribunal Constitucional. 14 de marzo de 1995. Rol N° 204-1994.

Tribunal Constitucional. 15 de junio del 2005. Rol N° 447-2005. “Control de constitucionalidad del proyecto de ley que establece un sistema de atención a los menores y los adolescentes a través de una red de colaboración del SENAME y su subvención”.

Tribunal Constitucional. 18 de enero de 1995. Rol N° 206-1995.

Tribunal Constitucional. 19 de agosto del 2004. Rol N° 419-2004.

Tribunal Constitucional. 2 de abril de 1994. Rol N° 187-1994.

Tribunal Constitucional. 27 de enero del 2006. Rol N° 466-2006.

Tribunal Constitucional. 11 de enero del 2007. Rol N° 591. “Requerimiento de inconstitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584 (Ministerio de Salud), fechada el 1º de septiembre de 2006, la cual aprueba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”.

Tribunal Constitucional. 10 de enero del 2012. Rol N° 1.555.

Tribunal Constitucional. 10 de enero del 2012. Rol N° 1.555.

Tribunal Constitucional. 11 de enero del 2007. Rol N° 591-2006. “Requerimiento de inconstitucionalidad, presentado por un grupo de Diputados, respecto de la Resolución Exenta N° 584 (Ministerio de Salud), fechada el 1º de septiembre de 2006, la cual aprueba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”.

Tribunal Constitucional. 13 de agosto de 1995. Rol N° 220-1995.

Tribunal Constitucional. 15 de enero de 1990, Rol N° 92-1989. “Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapres y deroga el D.F.L. N° 3, de salud, de 1981”.

Tribunal Constitucional. 15 de febrero de 1990. Rol N° 98-1990. Y con fecha de sentencia de 2 de julio de 1996, Rol N° 237-1996.

Tribunal Constitucional. 15 de mayo del 2014. Rol N° 2.659-2014.

Tribunal Constitucional. 17 de mayo del 2012. Rol N° 2.180-2012.

Tribunal Constitucional. 17 de mayo del 2012. Rol N° 2.181-2012.

Tribunal Constitucional. 2 de julio de 1996. Rol 237-1996.

Tribunal Constitucional. 20 de junio del 2013. Rol N° 2.485-2013.

Tribunal Constitucional. 26 de abril del 2007. Rol N° 577-2006.

Tribunal Constitucional. 27 de junio del 2002. Rol N° 353-2002.

Tribunal Constitucional. 27 de marzo del 2012. Rol N° 2.159-2012.

Tribunal Constitucional. 29 de noviembre del 2011. Rol N° 1.893-2011.

Tribunal Constitucional. 30 de noviembre del 2010. Rol N° 1.572-2010.

Tribunal Constitucional. 4 de enero de 1994. Rol N° 178-1993.

Tribunal Constitucional. 4 de enero de 1995. Rol N° 198-1994.

Tribunal Constitucional. 5 de junio del 2012. Rol N° 2.224. Considerando octavo.

Tribunal Constitucional. 5 de junio del 2012. Rol N° 2.224. Considerando noveno.

Tribunal Constitucional. 6 de agosto del 2010. Rol N° 1.710-2010. Considerando 26º.

Tribunal Constitucional. 6 de agosto del 2010. Rol N° 1.710-2010.

Tribunal Constitucional. Cuenta Pública del Presidente del Tribunal Constitucional, Santiago, Chile, 2011, p. 42.

Tribunal Constitucional. Sentencias roles Nº 1.812-2010 (acumuladas con Nºs 1.816-2010 y 1.817-2010. Esta fue fallada. Los roles Nºs 1.859-2010 y 1.924-2011 fueron declarados inadmisibles).

Tribunal Constitucional. Sentencias Roles Nº 976-07, 1218-08, 1287-08 y 1273-08, dictadas entre los años 2008 y 2010.

Tribunal Constitucional. Sentencias roles Nºs 1677-10, 1820-10, 1626-10, 1657-10, 1572-09.

Tribunal Constitucional. 23 de marzo de 1995. Rol 210-1995.

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. En referencia a arbitraje y evaluación de artículos:

1.1. La evaluación de artículos recibidos en *Revista de Derecho* Universidad Finis Terrae consiste en el envío en forma anónima a un árbitro, quien puede aprobar su publicación, desestimarla o solicitar modificaciones. Si el resultado de su evaluación es negativo, el artículo será sometido a la evaluación de otro árbitro. Si ambos coinciden en rechazar el artículo, este no será publicado. No obstante, si el segundo árbitro considera que el artículo puede ser aceptado, se pedirá la colaboración de un tercer árbitro, que dirimirá la publicación final del artículo.

1.2. El Comité Editorial puede solicitar artículos a investigadores de reconocido prestigio, los cuales estarán exentos de arbitraje.

1.3. El tiempo de evaluación de los artículos recibidos no sobrepasará los cuatro meses.

1.4. La decisión final sobre la publicación del artículo será informada al autor vía correo electrónico, especificando las razones en caso de que sea rechazado.

1.5. Los artículos aprobados serán publicados en el número inmediatamente siguiente después de su aprobación.

1.6. Los autores al enviar sus artículos dan cuenta de la aceptación de entrega de los derechos para la publicación de los trabajos.

1.7. Las opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente el pensamiento de la Universidad Finis Terrae.

2. En referencia a la presentación de los artículos y reseñas:

2.1. Los artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas deben ser inéditos.

2.2. Los artículos deben incluir título, resumen y tres a cinco palabras clave, en español e inglés, y biografía mínima del autor que contenga sus grados académicos, su actual filiación académica o institucional, sus últimas publicaciones y su correo electrónico.

2.3. La extensión de los artículos no debe sobrepasar las veinticinco páginas formato Word, incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1½, fuente Arial o Times New Roman 12. Las reseñas no deben sobrepasar las cuatro páginas formato Word incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1 ½ espacio, fuente Arial o Times New Roman 12.

3. En referencia al envío y recepción de los artículos y reseñas:

3.1. Los artículos deben enviarse vía correo electrónico, en formato Word, a la dirección de la revista (enavarro@uft.cl) y el asunto debe ser “Presenta artículo Revista de Derecho UFT”.

3.2. El envío de artículos implica la aceptación de nuestras normas editoriales.

4. En referencia al sistema de citas:

4.1. Sobre la bibliografía citada. Todas las referencias a libros, artículos de revistas, capítulos y formatos electrónicos deberán efectuarse en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Bibliografía citada” se incluirá un listado de todas las obras citadas, ordenadas alfabéticamente por el primer apellido de su autor. En este listado, la referencia a los artículos de revista o capítulos de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

En todas las referencias, se indicarán el apellido y nombre del autor, seguido de un paréntesis que contenga el año de publicación. Posteriormente se escribirá el título de la obra en cursiva.

Finalmente, debe incluirse la ciudad de publicación, la sede editorial y el número de edición, en caso de que haya más de una.

Ejemplos de referencia:

-de libro: Cruz-Coke, Carlos (2009). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, primera edición.

-de traducciones: Le Tourneau, Philippe (2004). *La responsabilidad civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Editorial Legis, tercera edición.

-de capítulo de libro: Colombo, Juan (2001). “La Judicatura: Bases Constitucionales del Derecho Procesal”. En Navarro, Enrique (edit.), *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*. Santiago: Ed. Jurídica Conosur Ltda., pp. 535-566.

-de artículo de revista: Silva Cimma, Enrique (2007). “Notas sobre autonomía financiera de la Contraloría General de la República”. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, año XI, N° 11, pp. 49-50.

-de periódico: Uzal, Manuel (2012). “Mi posición sobre el aborto”. Diario *El Mercurio*, 19 de marzo.

- de fuente manuscrita: Archivo Nacional-Fondo Varios (1889). Carta de Domingo Santa María a Pedro Pablo Figueroa, 31 de enero.

-de documentos en formato electrónico: Bermúdez, Jorge (2005). “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script_arttext&pid=2>

4.2. Sobre las normas citadas. Se deberán efectuar en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Normas citadas”, se incluirá un listado de todas las referencias legales o normativas efectivamente citadas en el trabajo. Se indicarán, en el caso de una ley, el número de esta, la fecha de su publicación (día, mes y año) y su denominación legal, si la tiene.

Ejemplo: Ley N° 19.880, del 29 de mayo del 2003, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado.

4.3. Sobre la jurisprudencia citada. Las referencias a las sentencias se harán al pie de página, y harán indicación de las partes en cursiva, al año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, del tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación.

Se sugiere indicar el tipo de acción y procedimiento correspondiente y, si es el caso, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo y las indicaciones de volumen, número o sección, año y página. Las sentencias se deberán ordenar cronológicamente y alfabéticamente por el nombre de las partes. En su defecto, se deberá señalar a lo menos el tribunal que la haya dictado o su sigla, el rol y la fecha.

Asimismo, se deberá considerar al final del trabajo, en un listado, todas las referencias jurisprudenciales bajo el título de “Jurisprudencia citada”.

Ejemplo:

-*Tamaya con Atocha* (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp.65-73.

-ICA de Santiago, Rol 2275-2010, 23 de noviembre del 2010.

5. En referencia a resúmenes y palabras clave:

5.1. El resumen debe contener la información básica del documento original y, dentro de lo posible, conservar la estructura del mismo. No debe sobrepasar las quince líneas. El contenido del resumen es más significativo que su extensión.

5.2. El resumen debe empezar con una frase que represente la idea o tema principal del artículo, a no ser que ya quede expresada en el título. Debe indicar la forma en que el autor trata el tema o la naturaleza del trabajo descrito con términos tales como estudio teórico, análisis de un caso, informe sobre el estado de la cuestión, etcétera.

5.3. Debe redactarse en frases completas, utilizando las palabras de transición que sean necesarias para que el texto resultante sea coherente. Siempre que sea posible deben emplearse verbos en voz activa, ya que esto contribuye a una redacción clara, breve y precisa.

5.4. Las palabras clave deben ser conceptos significativos tomados del texto que ayuden en la indexación del artículo y a la recuperación automatizada. Debe evitarse el uso de términos poco frecuentes, acrónimos y siglas.

