

DERECHOS, PERO ASÍ NO

communes

INTERVENCIONES * 03

DERECHOS, PERO ASÍ NO

Jaime Bassa y Christian Viera

ASOCIACIÓN COMMUNES

Edición: Asociación communes

Diseño y diagramación: Aracelli Salinas Vargas

ISBN: 978-956-9830-09-9



Permitimos la reproducción completa o parcial de este libro sin fines de lucro, para uso privado o colectivo, en cualquier medio impreso o electrónico, con el debido reconocimiento de la autoría y fuente de los textos, y sin alterarlos. Este permiso corresponde a la licencia de Creative Commons BY-NC-ND.

Viña del Mar, marzo de 2018

DERECHOS, PERO ASÍ NO

JAIME BASSA
CHRISTIAN VIERA

communes

INTERVENCIONES * 03

Índice

PRESENTACIÓN	9
CAPÍTULO 1 A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS	13
CAPÍTULO 2 LA EMERGENCIA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL CHILENO	39
CAPÍTULO 3 MUTACIÓN EN LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS A LA SALUD Y AL TRABAJO EN CHILE	63
CAPÍTULO 4 JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES (A PROPÓSITO DE UNA ARGUMENTACIÓN DE FERNANDO ATRIA)	117
LOS TEXTOS ORIGINALES	185

Presentación

LOS DERECHOS SOCIALES FORMAN PARTE DE UNA CIERTA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ESTADO DE DERECHO, una forma de organización del poder político que surge luego de consolidadas las revoluciones burguesas, especialmente con el surgimiento de nuevas clases sociales en el marco del proceso de industrialización de Occidente, durante el siglo XIX. Su presencia en el catálogo liberal de derechos ha sido políticamente incómoda y jurídicamente algo forzada, en la medida que estas instituciones teórico normativas vienen a proteger intereses y necesidades materiales claramente identificables con las clases trabajadoras, para lo cual se requiere, inevitablemente, de límites y restricciones a los derechos de las clases dominantes, específicamente, los llamados derechos de libertad.

Asimismo, se trata de institutos diseñados a partir de la comprensión liberal burguesa del mundo, esencialmente individualista, cuyo punto de partida son unos derechos ideales

concebidos en abstracto, con prescindencia de la persona concreta y su sociedad. Es decir, instituciones creadas a partir de una epistemología individualista e idealista, pero que se suponen destinadas a satisfacer las necesidades materiales de amplios grupos de sujetos, que han sido postergados por esa misma forma de comprender el mundo.

Ello configura una paradoja, en virtud de la cual aquella materialidad que intenta ser protegida a través de los institutos denominados “derechos sociales”, es configurada a través de un lenguaje y epistemología ajenos a dicha realidad social. Sin embargo, siguiendo una epistemología materialista, la dimensión activa del sujeto que observa supone un ejercicio de transformación de la realidad observada: la actividad sensorial del sujeto cognoscente supone una proyección de la subjetividad del observador. Desde este supuesto, podría dudarse respecto de cuál es la subjetividad que se proyecta en la construcción de los “derechos sociales”, en tanto institución del Estado de Derecho liberal: si la del burgués o la del proletario, si la del dominante o la del subalterno. En definitiva, los “derechos sociales”, tal como son concebidos en el presente, bien podrían ejemplificar cómo un discurso es levantado por determinadas clases sociales para reivindicar la protección de sus derechos, pero a través del lenguaje característico de las clases dominantes, lo que obstaculizaría la plena manifestación de la clase que cree hacerlo a través de esta institución.

Esta es una selección de trabajos que hemos desarrollado en los últimos años. Los textos que siguen se sitúan desde esta incomodidad que generan unos derechos prefigurados jurídicamente desde formas que les son ajenas, especialmente individualistas y hasta mercantilizadas. Si bien en ellos no se dan respuestas a estas inquietudes, nos parece que constituyen un aporte en la disputa por el sentido de las relaciones sociales y políticas, las que se configuran en torno a los derechos llamados sociales, pero desde una comprensión que ha devenido en hegemónica: en una primera época, liberal; en los tiempos que corren, neoliberal. Tras los derechos, especialmente de los derechos sociales, se tejen complejas redes de relaciones de poder que configuran la estructura de nuestra sociedad. Esperamos que estas líneas nos permitan avanzar en una comprensión de los derechos –y, especialmente, en formas jurídicas de reconocimiento constitucional– que no se agote en el paradigma individualista propio del liberalismo, ni en la concepción mercantilizada, propia del neoliberalismo.

CAPÍTULO 1

*A modo de introducción:
el contenido esencial
de los derechos*

1. El problema de la delimitación del contenido esencial

TRATAR SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL DE UN DERECHO FUNDAMENTAL no es cosa fácil. Por un lado, se presenta el anhelo de encontrar una esfera irreductible que trascienda las categorías de tiempo y espacio, pero por otro, también se impone la realidad que muestra que los derechos siempre pueden modificarse y limitarse. Sin embargo, a pesar de las mutaciones históricas, ¿queda un espacio indisponible? ¿Es la esencia de los derechos una categoría supra espacio/temporal? Eso es lo que trataremos de analizar y en específico, el caso de la libertad de empresa o libre iniciativa económica como suele llamarse en nuestro país.

La cláusula ‘contenido esencial’ es ejemplo paradigmático de cláusula abierta y la determinación de su contenido ha

sido analizada por autores y jurisprudencia desde diversas perspectivas, principalmente con una corriente absoluta y otra relativa.

En una temprana sentencia de 1981 el Tribunal Constitucional español abordó esta cuestión, declarando que constituye el contenido esencial de un derecho “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo... (y) todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”¹.

A pesar de lo rotundo de las palabras, poco podemos deducir de esta definición, pues no es posible determinar con certeza cuáles son aquellos elementos que permiten reconocer al derecho como perteneciente a un tipo, o bien, cuáles son las condiciones que favorecen su comprensión. Dado que el problema no es de fácil análisis, urge detenerse en los enfoques generales acerca del contenido esencial de los derechos.

Como es sabido, al interpretar esta cláusula pugnan dos posiciones: las teorías relativa y absoluta.

La primera identifica contenido esencial con la exigencia de justificación de una limitación: contenido esencial sería

1 STC 11/1981 de 8 de abril de 1981, FJ 8, párrafo 1º.

aquella parte del derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima. Alexy identifica el contenido esencial con lo que queda tras la ponderación, es decir, “las restricciones que son acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad”².

Por su parte, el principio de proporcionalidad consta de tres elementos: el examen de la adecuación de la limitación al bien que mediante ella se quiere proteger; el examen de la lesión del derecho para el fin pretendido, al no existir una medida menos gravosa y la proporcionalidad estricta, que trata de valorar si la lesión es proporcionada al fin que con ella se pretende. En resumidas cuentas, el contenido esencial será respetado cuando se justifica razonablemente en la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos.

La segunda, la teoría absoluta, sostiene la existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso: contenido esencial sería una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate. Prieto dice que “la tesis de la ilimitabilidad de los derechos pretende ofrecer una estrategia interpretativa simplificadora

2 Véase Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 259.

de los problemas que tradicionalmente ha planteado la limitación de los derechos y, en particular, también una fórmula para cercenar el margen de discrecionalidad judicial que permite la técnica de la ponderación de bienes. La idea central consiste en sustituir el debate sobre los límites por una definición precisa de los contenidos constitucionalmente protegidos: en lugar de decir, por ejemplo, que una ley limita la libertad religiosa en nombre del orden público o la de expresión en nombre del derecho al honor, se viene a sostener que tales interferencias en las conductas de los ciudadanos son en realidad ‘externas’ o ‘ajenas’ al contenido de la libertad tutelada; sencillamente porque ésta, en su tipificación constitucional, ya hizo del orden público o del honor un límite intrínseco, una frontera definitoria de su propio ser constitucional; de manera que allí donde la ley restrictiva aparece cabría decir que limita la ‘libertad natural’, pero no la ‘libertad jurídica’, cuyos contornos aparecen definidos por las conocidas cláusulas del orden público, del derecho al honor, etc”³.

Tratándose de las teorías absolutas, no existe una sola postura, pero es característica en ellas la distinción para cada derecho de dos partes: un núcleo y una parte accesoría. Tratándose del núcleo, las limitaciones no son posibles porque se trata del contenido esencial, permitiéndose las

3 Luis Prieto Sanchis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades”, en *Derechos y libertades*, N° 8 (2000): 433.

restricciones en el anillo exterior o accesorio, siempre que no sean arbitrarias.

Ahora bien, el problema que presenta la cláusula es que no se trata sólo de un concepto indeterminado, sino que también puede llegar a ser un concepto impredecible, por cuanto imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo esencial que tiene un derecho fundamental. Si esto es así, sólo en el momento del concreto juicio por un Tribunal se podrá determinar si aquello que se presenta como derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión.

En todo caso, parece que es mayoritaria la doctrina y jurisprudencia que acoge la concepción relativa, especialmente porque se trata de una teoría más realista, honesta y convincente justificar el no otorgamiento de protección a un derecho fundamental aduciendo que a ello se oponen derechos fundamentales de terceros o intereses de la comunidad que deben ser tomados en cuenta, que cuando se afirma que no se protege la conducta de que se trate porque no forma parte del derecho. Con todo, es necesario señalar que, según ha señalado Alexy, el Tribunal Constitucional alemán, al parecer, sostiene la teoría absoluta, sin embargo, se trata de una posición que no es definitiva toda vez que existen sentencias contradictorias que permitirían sostener que más bien lo sostenido por el Tribunal es la teoría relativa.

A pesar de lo seductora que resulta la teoría relativa, no es menos cierto el peligro que encierra, puesto que después de aplicar el principio de proporcionalidad, puede ocurrir que tras ello no quede nada y pueda suponer el vaciamiento del derecho. Pero la absoluta también supone riesgos, ya que puede propiciar una disminución del nivel de garantías pues si se entendiera que, respetado el contenido esencial, la ley puede operar libremente en la esfera del derecho considerada como no esencial, resultaría que toda ley limitadora del ‘contenido adjetivo’ debería reputarse legítima, aun cuando fuese arbitraria o no justificada.

2. Análisis tópico comparado del contenido esencial: el emblemático caso de la libre empresa

a. El contenido esencial de la libertad de empresa en el derecho español

Veamos qué resulta de esta polémica para el caso de la libertad de empresa en el derecho español.

Si la cláusula ‘contenido esencial’ es de difícil determinación para los derechos fundamentales, no es distinto el panorama tratándose de este derecho, donde también colisionan las teorías absoluta y relativa.

Una consideración previa. La reflexión sobre el contenido esencial de un derecho fundamental supone un análisis de la razonabilidad de sus límites, es decir, revisar si hay un espacio sujeto a limitación, o si estos son pertinentes, cuáles son las condiciones que lo permiten. Y esa dialéctica se presenta en el caso de la libertad de empresa, habida cuenta del importante rol que cabe al Estado como agente económico.

Por un lado, se encuentran aquellos que defienden para la libertad de empresa un contenido irreductible, inmune a toda limitación. Se reconoce que es tarea difícil, pero no renuncian a presentar un contenido absoluto para la libertad de empresa. En esta situación aparecen Rubio Llorente⁴, Aragón Reyes⁵ y Arroyo Jiménez.

Aragón proporciona algunos elementos para determinar el contenido esencial. Parte de la distinción entre la facultad de iniciar, desarrollar y abandonar una actividad empresarial y frente a cada una de ellas señala un reducto infranqueable: “en cuanto al acceso, el reducto de libertad infranqueable probablemente es mínimo: no prohibición absoluta y no imposición forzosa. En cuanto al abandono, también ese

4 Véase Francisco Rubio Llorente “La libertad de empresa en la Constitución” en José Luis Iglesias Prada (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo I (Madrid: Editorial Civitas, 1996), 440-445.

5 Manuel Aragón Reyes *Libertades económicas y estado social* (Madrid: MacGraw-Hill, 1995): 33.

reducto sería mínimo: no imposición de continuar. En cuanto al ejercicio, el ámbito absoluto de libertad sería mayor: el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía en la dirección de su empresa, sin la cual no sería empresa privada sino pública”⁶.

En el caso de Arroyo Jiménez, expresamente adscribe a la teoría absoluta; sin embargo, se muestra crítico con otras posiciones absolutas. Identifica el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa con el mandato dirigido a los poderes públicos de reconocer el marco de la economía de mercado, de modo que su contenido esencial “se concreta en el derecho individual a afrontar libremente aquellas actividades económicas cuya configuración como actividades de titularidad o de estricta regulación públicas, por implicar una transformación del modelo económico constitucional, resultaría contrario al contenido esencial”⁷. Incluso señala que ante la dificultad de fijar un contenido esencial para la libertad de empresa asocia este derecho a la igualdad: “la libertad de empresa conlleva así, asociada con la unidad del mercado, una particular aplicación del principio de igualdad, la necesidad de que todas las empresas disfruten del mismo grado de libertad en razón de la clase a la que pertenecen. No que todas las empresas tengan el mismo grado de libertad, pero sí que ésta sea igual para todas las que se

6 *Ibíd*em, 33.

7 Luis Arroyo Jiménez *Libre empresa y títulos habilitantes* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004): 157.

dedican al mismo género de actividad, de manera que todas ellas sean jurídicamente iguales en el mercado”⁸.

Claro está, libertad de empresa no puede entenderse sin mercado, por lo que identificar el contenido esencial de este derecho con el mantenimiento de la economía de mercado y la imposibilidad de un cambio de modelo económico, es aportar muy poco, porque la misma institucionalización del mercado en la Constitución española implica la imposibilidad de su mutación. Tal vez, en un anhelo por defender la teoría absoluta, este autor se empeña por encontrar un reducto intocable, sin embargo, apostar por el respeto al modelo económico de mercado es insuficiente como contenido esencial de la libertad de empresa, habida consideración que el instituto ‘mercado’ ya está protegido constitucionalmente.

A nuestro entender, a pesar del notable esfuerzo que realizan los autores por encontrar un espacio intocable para la libertad de empresa, se podría sostener que la respuesta adecuada a esta cuestión está dada por la propuesta de la teoría relativa.

Como señalan Paz-Ares y Alfaro, parece inútil el esfuerzo por tratar de delimitar el contenido esencial de la libertad de empresa. “La desazón proviene del hecho de que, por mucho que reduzcamos el contenido de la libertad de empresa,

8 *Ibidem*, 154.

siempre puede haber razones que legitimen al legislador para no respetar ni siquiera ese ámbito”⁹.

Por ello la teoría de la proporcionalidad puede ser una respuesta a esta problemática, pues exige el cumplimiento de tres condiciones: que la medida sea necesaria, adecuada y proporcionada. Hecho ese análisis y cumplidas las condiciones, podría estimarse que la norma legal es constitucional, según el caso concreto, porque respeta el contenido esencial de la libertad de empresa.

La libertad de empresa es un derecho de textura abierta, que debe compatibilizar la apertura económica con el hecho que España se constituye en un Estado social, cláusula que respalda la idea de que el contenido de las libertades económicas viene delimitado por la función social de estos derechos, lo que supone límites y deberes de carácter positivo. Y así lo ha afirmado el TC en un caso en que se relacionan derecho de propiedad y libertad de empresa: STC 37/1987, de 26 de marzo de 1987: “desde el punto de vista de lo que prescribe el art. 38 de la Constitución, la función social de la propiedad, al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de deberes positivos a su titular...” (FJ 5, párrafo 8º. *Cursivas agregadas*); “(la) libertad

9 Cándidos Paz-Ares y Jesús Alfaro Aguila Real “Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación” en José Luis Monereo Pérez (dir.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España* (Granada, Comares Editorial, 2002): 394.

de empresa que reconoce el art. 38 de la Constitución no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa” (FJ 5, último párrafo).

Asimismo, lo particular de la libertad de empresa es que el constituyente habría delimitado el derecho no por referencia a intereses o derechos concretos, sino mediante la remisión a cláusulas como ‘interés general’, ‘exigencias de la economía general’ o la ‘planificación’, por lo que para limitar este derecho se encuentra el recurso a las cláusulas generales y sociales. A fin de cuentas, la gran mayoría de las tareas que justifican la calificación del Estado como social otorgan títulos de intervención en la actividad económica privada.

Con todo, estableciendo condiciones al ejercicio de la iniciativa económica, el Estado debe arbitrar soluciones a los posibles conflictos entre normas constitucionales, entre los que destaca la ponderación de intereses relevantes y el cuidado normativo en la configuración del ámbito de aplicación.

Por lo mismo, si la libertad de empresa es un derecho fundamental como cualquier otro, la ponderación que deben realizar los intérpretes exige el cumplimiento de todos y cada uno de los pasos que supone la aplicación del principio de proporcionalidad. Ahora bien, la complejidad del mundo económico impide dar soluciones *a priori* sobre los resultados

de la ponderación, ya que la regulación de los diferentes sectores de la economía no es simétrica; hay espacios en que la intervención del Estado es muy amplia y otras en que es reducida, v.g. no revisten el mismo grado de intensidad la intervención estatal en materia medioambiental o en el sector de telecomunicaciones que en el comercio minorista.

Por tanto, siendo el mercado el marco para el desarrollo de la iniciativa privada, contenido esencial de la libertad de empresa será el resultado de la ponderación de las medidas restrictivas, que deben cumplir las exigencias del principio de proporcionalidad: necesidad, adecuación, proporcionalidad y, como señala Alexy, que el fin perseguido debe ser digno de la limitación del derecho fundamental por tratarse de intereses que tienen el mismo rango abstracto¹⁰.

b. El respeto al contenido esencial en el derecho chileno

Dice el art. 19 N° 26 que la Constitución asegura a todas las personas “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ello lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Según Nogueira, a esta norma

10 Robert Alexy, 72.

se debe unir el art. 5 inc. 2 que señala que “la soberanía tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, con lo cual, “el límite del contenido de los derechos se proyecta no solo al legislador, sino también al poder constituyente instituido, estableciendo una garantía de irreversibilidad en materia de derechos fundamentales, lo que nos sitúa en la materia, en una afirmación y garantía mayor de los derechos fundamentales que los tres países antes mencionados”¹¹. Por lo mismo, señala el autor que “el legislador está obligado a respetar y tiene prohibido constitucionalmente afectar el contenido esencial de los derechos. Dicho contenido esencial se constituye en la barrera constitucional insuperable e infranqueable en la tarea de establecer posibles limitaciones de los derechos, constituye un límite al poder de limitar los derechos, constituyendo la dimensión constitucional del derecho proveniente de la tradición jurídica que se debe preservar”¹².

Ahora bien, el TC chileno ha tenido ocasión de referirse al contenido esencial, señalando que “un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se ‘impide el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el

11 Humberto Nogueira Alcalá “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales” en *Ius et Praxis*, vol.11, N° 2 (2005): 15-64.

12 *Íbidem*, 49

legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”¹³. Asimismo, agrega que en el supuesto de establecer limitaciones a un derecho, éstas “jamás pueden afectar el contenido esencial, esto es, no pueden consistir en ‘privación’ del derecho, privación para la cual, en conformidad con la Constitución, no tiene competencia el legislador”¹⁴. Y esta privación que lo hace irrealizable o lo limita más allá de lo razonable, la define como “el derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular”¹⁵.

Aun cuando el TC chileno abraza la teoría absoluta para interpretar el contenido esencial, de todas maneras se encarga de acoger criterios de apertura para la comprensión del contenido esencial de los derechos: “estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el

13 STCCh rol 43, 24 de febrero de 1987, considerando 21°. La misma referencia es recogida en las STCCh, rol 200, 14 de diciembre de 1994, considerando 5°; rol 280, 20 de octubre de 1998, considerandos 13° y 29°.

14 STCCh, rol 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 46°.

15 STCCh, rol 280, 20 de octubre de 1998, considerando 29°.

sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación”¹⁶.

Con todo, a pesar de los esfuerzos del TC por establecer pautas de determinación en una materia polémica, los suyos no dejan de ser criterios imperativos y autoritarios, que no cuentan con un análisis dialéctico, porque se trata de afirmaciones más categóricas que sintéticas.

Realizando un esfuerzo por dotar de significado al contenido esencial, Nogueira sostiene que éste debe ser inferido del sistema coordinado y armonizado del todo constitucional, puesto que “no hay parámetro objetivo alguno que permita precisar que es esencial y que es periférico en un derecho fundamental”¹⁷, pero agregando que “el núcleo del derecho está delimitado y constituido por los enunciados normativos constitucionales y de los tratados sobre la materia... Así, el concepto de contenido esencial de los derechos, está dado por la complementación indisoluble del valor fundamental y supremo de la dignidad humana con el núcleo básico e intrínseco de cada derecho fundamental, expresado en forma jurídico-positiva y garantizado por la Constitución”¹⁸. Por ello postula que “para la determinación del contenido esencial del derecho, este autor señala que “está constituido

16 *Ídem*, considerando 29, párrafo final.

17 Humberto Nogueira Alcalá, 58.

18 *Ibidem*, 58.

por el tratamiento que la Constitución y los tratados sobre derechos humanos efectúan sobre los derechos en su articulado, sin que los tratados puedan rebajar las garantías del contenido ya establecido constitucionalmente, sino que sólo operando como normativa que enriquece, potencializa y garantiza mejor los derechos, vale decir, aplicando el principio de progresividad e irreversibilidad en materia de derechos complementado con el principio *‘favor homine’* o *‘favor persona’*”¹⁹.

Al mismo tiempo, Nogueira se pregunta acerca del rol que en la interpretación del contenido esencial corresponde al TC y a los Tribunales de Justicia, señalando que a éstos, al no ser órganos constituyentes, sólo les cabe interpretar y aplicar la normativa constitucional²⁰. En efecto, señala que “es necesario preguntarse si dicha tarea corresponde también al Tribunal Constitucional y a los tribunales superiores de justicia, en cuanto órganos jurisdiccionales encargados de ejercer jurisdicción o justicia constitucional. Consideramos que los órganos jurisdiccionales señalados no son órganos constituyentes, sino que órganos instituidos, los cuales deben respetar en cuanto tales la Carta Fundamental, a ellos sólo les corresponde interpretar y aplicar la normativa constitucional”²¹.

19 *Ibíd*em, 58.

20 *Ibíd*em, 58.

21 *Ibíd*em, 59.

Por último, Nogueira une la limitación del contenido esencial con el principio de razonabilidad y proporcionalidad de los límites, con lo cual podríamos pensar que este autor defiende la teoría relativa, lo que no es cierto ya que se muestra distante de ella por el peligro de relativización: “el contenido esencial de los derechos fundamentales no opera como único límite de los límites, existiendo un segundo que opera copulativamente con el primero, el cual consiste en la exigencia de que la limitación del ejercicio del derecho se encuentra justificada. En otras palabras, un derecho fundamental sólo puede ser objeto de limitación válida desde un juicio de constitucionalidad si está justificada constitucionalmente a través del juicio de razonabilidad y proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial de los derechos. Hay así una prohibición de desproporción, las leyes que limitan el ejercicio de los derechos y garantías deben restringirse a lo indispensable no afectando el los derechos constitucionalmente protegidos. Toda intervención estatal en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales debe tener un sentido de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos perseguidos que se deriva de la naturaleza de los derechos humanos y del Estado de Derecho”²².

Nos hemos detenido en Nogueira porque se trata de un autor que ha desarrollado un tema raramente analizado en Chile. Sin embargo, sus consideraciones merecen algunas observaciones críticas.

22 *Ibidem*, 59.

La primera, su confianza excesiva en la normatividad, entendiendo que el contenido esencial es el que aparece en la Constitución y en las normas sobre derechos fundamentales, principalmente los tratados internacionales.

A primera vista se trata de un criterio a considerar. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos fundamentales en los tratados muchas veces revisten el carácter de cláusulas abiertas, por lo tanto de contenido indeterminado y condicionado por su contexto. En todo caso, sí resulta relevante y destacable la propuesta de integrar la comprensión del contenido esencial con el carácter progresivo de los derechos fundamentales y el criterio *favor homine*. No obstante, estas creaciones jurídicas, que han favorecido un mayor y mejor respeto y promoción de los derechos fundamentales, cuentan con el inconveniente de toda construcción cultural: no pueden escapar a las condiciones de tiempo y espacio y exigen confiar en la madurez política de la sociedad para que no disminuya la garantía que suponen para la protección y promoción de los derechos.

En segundo lugar, es necesario relevar que los órganos jurisdiccionales son operadores que sólo deben ‘interpretar’ y aplicar la Constitución y las leyes, pero no dotar de contenido a los derechos. Sin embargo, la praxis demuestra que será el intérprete el encargado de ir determinando el contenido esencial de los derechos, ya que éste va mudando, tanto por el transcurso del tiempo como por su relación (y tensión) con otros derechos. Por tanto, a los órganos jurisdiccionales, y

especialmente al TC les cabe un importante rol en la determinación del contenido esencial, como legítimos intérpretes de la Carta Fundamental. Otra cosa es la relativa a la legitimidad democrática de su composición, pero no podemos negarle la importancia que les cabe en la materia.

El contenido esencial puede suponer una discusión abstracta, no obstante, se trata de un problema que tiene incidencia operativa, especialmente porque se utiliza especialmente con vistas a resistir las limitaciones que se puedan establecer a un derecho. Veamos algunos ejemplos.

Con ocasión del examen de constitucionalidad de la Ley de Prensa, algunas de sus disposiciones fueron declaradas contrarias a la Constitución. En el caso del inc. 2 del art. 43 del proyecto de ley, éste fue rechazado por el TC, letras a) y b) por violar, el art. 19 N° 21 (libertad de empresa), pero también el art. 19 N° 26 (respeto al contenido esencial)²³, sin

23 Señalaba el inciso segundo del art. 43 del proyecto de ley que “se reputarán como hechos de la naturaleza de los sancionados en el inciso precedente: a) En el ámbito de la prensa escrita, el control de más del 30% del mercado informativo nacional en manos de una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras; y el control directo o indirecto por una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras, de más del 30% de la distribución de los diarios de información general; b) El control de más del 15% del mercado informativo general por una sola persona natural o jurídica; o más del 20% del referido mercado por dos o más personas naturales o jurídicas, asociadas; c) El dominio de dos o más tipos diversos de medios de comunicación social en un mismo mercado, por una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras”.

perjuicio de adolecer también de vicios desde la perspectiva de la formación de la ley.

Señala como razones de inconstitucionalidad que el referido art. 43, al establecer limitaciones al control de la propiedad de los medios, atenta contra el art. 19 N° 21, es decir, “de desarrollar cualquiera actividad (económica) lícita sin más limitaciones que no ser contraria a la moral, ni al orden público ni a la seguridad nacional, puesto que ninguna de estas circunstancias se da aquí, ya que la actividad que se pretende impedir no aparece atentatoria a ellas porque se tengan porcentajes mayores a los que el proyecto prevé”²⁴.

Pero además, “la limitación que tanto la letra a) como la letra b) disponen en cuanto a la posesión de porcentajes llamado ‘control’ afectan de manera directa la posibilidad de desarrollar la actividad económica indicada, por causas ajenas a las que la Constitución precisa en su artículo 19, N° 21, inciso primero, imponiendo exigencias que afectan al *contenido esencial* de este derecho reconocido expresamente por el artículo 19, N° 26, pues impiden su libre ejercicio”²⁵.

En este caso, el carácter garantista del respeto al contenido esencial fundamenta la sentencia. Pero su argumentación genera algunos inconvenientes.

24 STCCh, rol 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 44°.

25 *Ibid.*, considerando 45°. La cursiva es nuestra.

El primero, es que afirma que las limitaciones establecidas por la ley no se encuentran comprendidas entre las autorizadas por la Constitución. Sin embargo, orden público, moral o seguridad nacional son cláusulas abiertas que deben ser interpretadas contextualmente y que justifican una limitación a la libre iniciativa económica. Simplemente a modo de hipótesis, es razonable postular que el sistema de derechos fundamentales forma parte de la moral, ya que permite la protección de la persona, pero también el despliegue legítimo de la pluralidad social en una sociedad democrática. ¿O acaso la moralidad sólo está asociada a la moral sexual? Recordemos que también existen perspectivas morales y éticas relacionadas con el carácter social del ser humano. En este caso, el control de la propiedad por parte de unos pocos oligopolios atenta contra el derecho a la libertad de expresión, al no favorecer un modelo informativo plural.

El segundo, afirma la sentencia que las limitaciones impuestas afectan el contenido esencial del art. 19 N° 21. ¡Pero sin dar ni un solo argumento explicativo acerca del contenido esencial de la libertad de empresa! ¿Será porque se trata de una obviedad? ¿O por qué es un tema pacífico? Nada más lejos de la realidad.

Es cierto que hay elementos que deben formar parte del derecho. Por de pronto, la libre iniciativa económica no puede entenderse sin mercado, que será su presupuesto fáctico. Y si el mercado es el marco de referencia, éste no se entiende sin competencia. De ahí entonces la contradicción

de la sentencia, porque la disposición declarada inconstitucional, lo que pretendía era estimular la competencia y prohibir la concentración de los medios informativos en pocas manos –el peligro del totalitarismo informativo no sólo es privilegio estatal; los particulares no están exentos de la tentación totalitaria– por lo que sí existe un contenido esencial básico de la libertad de empresa, éste se encuentra dado por el marco del mercado y el supuesto de la competencia. Lo anterior no significa en todo caso claridad sobre la comprensión del contenido esencial, pero es un límite básico y primordial.

Finalmente, la libertad de empresa es un derecho de textura abierta y que cuenta con límites, que se han establecido no por referencia a intereses o derechos concretos, sino mediante la remisión a cláusulas generales, por lo que para limitar este derecho se encuentra el recurso a los conceptos jurídicos indeterminados.

Con todo, estableciendo condiciones al ejercicio de la iniciativa económica, el Estado debe esforzarse por arbitrar soluciones a los posibles conflictos entre normas constitucionales, por lo que resultará de capital importancia la ponderación de intereses relevantes y el cuidado normativo en la configuración de los diferentes espacios de aplicación de la normativa en la que influye la libre iniciativa económica. Por lo mismo, si la libre iniciativa económica es un derecho fundamental como cualquier otro, la ponderación que deben realizar los intérpretes exige el cumplimiento de todos y

cada uno de los pasos que supone la aplicación del principio de proporcionalidad.

Conclusión

Por lo visto, polémica resulta una determinación sustantiva a la cláusula “contenido esencial”, especialmente porque la pretensión inicial es establecer un espacio de radical inmutabilidad para los derechos fundamentales. Sin embargo, esa pretensión es problemática, porque los anhelos universalistas son difíciles de justificar sin caer en axiomas autoritarios. Como tantas cláusulas abiertas, se trata de una disposición contingente, evolutiva, histórica y condicionada por su contexto. Asimismo, siempre se pueden encontrar razones para limitar un derecho, limitaciones que responden y reclaman un contexto.

Si esto es así, y no existe contenido esencial de los derechos, se produce el problema de la relativización de todos los derechos, ya que todos se pueden restringir. ¿Dónde están los límites entonces? Los límites estarán dados no por axiomas de autoridad sino que por los esfuerzos de la deliberación. Y en este punto, capital importancia le cabe a las propuestas metodológicas para construir acuerdos en la comunidad.

Por lo mismo, más que preocuparnos del contenido esencial de los derechos, los esfuerzos jurídicos y políticos deben estar encaminados a corregir y construir métodos que nos lleven

a proponer el contenido de los derechos fundamentales, especialmente considerando cómo impacta en su dimensión político-social, vinculada a su ejercicio material.

CAPÍTULO 2

La emergencia de los derechos sociales en el sistema constitucional chileno

I. La interpretación constitucional y los derechos sociales

Introducción

EL DERECHO CONSTITUCIONAL ES LA MÁS POLÍTICA DE LAS RAMAS DEL DERECHO, cuya ratio no se reduce a la pura dogmática, sino que está en permanente conexión con otros sistemas y disciplinas humanas. Por de pronto, con el sistema político tiene una íntima conexión, pues no solo es Norma sino también Pacto, y en tanto que pacto, fruto de un ejercicio deliberativo en el marco de una sociedad democrática. Clásica resulta la distinción entre poder constituyente y poder constituido,²⁶ en que el primero dice relación con el nuevo orden jurídico establecido que nace sin apoyarse en una norma positiva

26 Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza Universidad, 2003): 93-103.

anterior, es decir, cuando surge por primera vez, y el segundo aquel que tiene validez al amparo de un sistema constitucional ya establecido, basado en competencias y mediante procedimientos existentes. Su funcionamiento está previsto en la Constitución, la cual dispone procedimientos para modificación o reforma.

En el caso de la Constitución chilena promulgada en 1980, resulta paradójico su mecanismo de elaboración y aprobación formal. No existe una Asamblea Constituyente ni nada que se le parezca. Por el contrario, la primera construcción de *corpus* dogmático de la Constitución es fruto de una Comisión integrada por abogados y profesores de derecho político y constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, que no se caracterizó por la pluralidad política de sus integrantes ni tampoco por postular cosmovisiones diferentes, en circunstancias que la vida en comunidad se caracteriza por ello, la convivencia pacífica, razonable y plural.

También se debe destacar la sobriedad en líneas con que la doctrina clásica constitucional chilena trata las materias referidas a interpretación y derechos sociales. Por ejemplo, en materia de interpretación constitucional y sin profundizar demasiado, supone que el criterio histórico es el que se desprende de lo que consta en las Actas de la Comisión de Estudios para una nueva Constitución, con las limitaciones propias tanto de su composición como de su legitimidad. Al mismo tiempo, hay autores que, al describir instituciones

establecidas en nuestra Carta Fundamental, recurren a las Actas para refrendar con su autoridad la interpretación que emerge de la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución²⁷ sin un ejercicio crítico que legitime dicha opción metodológica desde la perspectiva de la disciplina.

Es cierto que surgen desafíos desde la perspectiva de la interpretación, pero adelante que tomamos distancia del originalismo como escuela interpretativa, porque conlleva el riesgo de petrificación y rigidización del derecho, además de no considerar el carácter evolutivo de los sistemas jurídicos, en tanto que manifestaciones culturales.

1. La interpretación de la Constitución

Cuando se habla de interpretación de las normas jurídicas, la asociación inmediata que se realiza a los principios establecidos en el Código Civil. Estos se relacionan con un postulado de la tradición jurídica continental, en que la ley es la principal fuente del derecho, relegando a un plano

27 Cf., entre otros, Sergio Carrasco Delgado, *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, 3ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002); José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004); Enrique Evans de la Cuadra, *Los derechos constitucionales*, tomo I, 3ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica, 2004); Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV (Santiago: Editorial Jurídica, 1997); Eduardo Soto Kloss, “La Familia en la Constitución Política”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21.2 (1994): 217-225.

secundario las otras fuentes jurídicas (jurisprudencia, doctrina, principios). Se ha sostenido que las reglas de interpretación del CC son las reglas de Savigny, sin perjuicio que algún autor sostiene que estas tienen su origen en otra fuente.²⁸ En todo caso, las reglas aplicables tienen en la ley su fuente de trabajo y los criterios propuestos en el CC son útiles para solucionar los problemas que la norma genera. Se puede señalar que estas normas interpretativas son propias del derecho privado y que en la esfera del derecho público, otras son las reglas; el derecho privado tiende a la amplitud en la interpretación, en cambio es criterio del derecho público la interpretación restrictiva de las normas (estricta), sin embargo, en ambos sistemas, el papel de la historia como orientadora hermenéutica cumple un rol significativo.

Para el ámbito del derecho público constitucional, se ha tratado de establecer vía doctrinaria y jurisprudencia algunos principios de interpretación. Por ejemplo, Nogueira señala algunos como los principios *pro cives*, *favor libertatis* o *pro homine*, que llevan a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquella regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en norma de Derecho Internacional de los derechos humanos

28 Cf. Alejandro Guzmán Brito, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago: LexisNexis, 2007).

incorporada al Derecho Interno, entre otros criterios²⁹. En todo caso, creo que esos paradigmas en estos momentos en Chile se encuentran en reelaboración, bebiendo para ello de otras fuentes que tienen al sistema democrático y el respeto y promoción de los derechos fundamentales como sustrato radical.

La CPE establece la regulación básica del Estado y muchas de sus concepciones no están definidas de antemano, porque se trata de cláusulas abiertas. Conceptos como moral, orden público, buenas costumbres son concepciones dinámicas, cuyo contenido material será determinado por el intérprete, en que a pesar de la claridad de sus palabras, están fuertemente condicionadas por su contexto histórico y cómo la sociedad va evolucionando para comprender estas nociones, v.g. si nos detenemos en lo que pueda significar la moral, existe la tendencia a reducir esta palabra a lo que diga relación con moral individual y más específicamente moral sexual, por tanto, una acción como la existencia de playas “naturistas”, en la década de los 80 era impensable por ser un claro atentado a ella, sin embargo, en el umbral del siglo XXI, en Chile ya existen algunas playas que son aceptadas o al menos toleradas por comunidad y autoridad; lo mismo podría decirse frente a ciertas expresiones de arte que en otros momentos eran calificadas

29 Cf. Humberto Nogueira Alcalá, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, vol 9.1 (2003): 425 y ss.

de atentatorias contra principios morales. En el caso del orden público, las manifestaciones callejeras y el ejercicio del derecho de reunión en la década del 80 no solo eran reprimidas sino que además eran causales para decretar estados de excepción constitucional; en la actualidad hay una regulación más estricta para autorizar la aplicación de estos regímenes excepcionales, ya que son mecanismos constitucionales que suspenden o restringen derechos fundamentales que proceden solo en casos graves y no por la mera alteración o violación de normas de policía.

Sin embargo, sobre el tema de la interpretación hay diferentes visiones.

El originalismo es una corriente interpretativa que proporciona una especial relevancia al momento constituyente y puede ser clasificada entre una versión moderada y otra radical.³⁰ La primera orientación, postula la idea que el espíritu de los constituyentes quedó plasmado en el texto, por ello, siempre hay que tenerlo como marco de referencia; la segunda, originalismo radical, es una teoría que responde al activismo judicial de los tribunales norteamericanos, representada principalmente por Bork y sostiene que lo único que ha de regir la interpretación de la Constitución es la voluntad o intención de los constituyentes (*original intent*); en la Constitución no hay

30 Cf. Miguel Beltrán, *Originalismo e interpretación, Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional* (Madrid: Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1989): 51.

más que aquello que los constituyentes quisieron incluir y que, en la práctica, incluyeron.

El problema que provoca esta corriente interpretativa es que tiende a la petrificación del derecho y a considerar el ordenamiento jurídico como estático, tanto así que el originalismo sostiene que en la labor creativa de los tribunales, lo que hacen los jueces al crear nuevos derechos es imponer sus propias convicciones subjetivas, sin que sea extensible al ordenamiento jurídico general con carácter de precedente.

Creo que un sistema interpretativo debe considerar el carácter evolutivo de la realidad social, por ello, deben aplicarse reglas extensivas y flexibles que permitan su adecuación con el sentido de las normas jurídicas en un contexto histórico/espacial determinado. Una mirada de esta naturaleza no implicaría un desmejoramiento del panorama constitucional o un serio cuestionamiento a la certeza jurídica, sino que actualiza y sincera la relación entre norma y sociedad.

La literatura constitucional chilena ha realizado una labor interpretativa de la actual Carta de manera restringida, bebiendo de los criterios hermenéuticos del Código Civil y asumiendo la historia emanada de las Actas de la Comisión con nula criticidad, llegando a señalar que es ahí donde se encuentra la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución.³¹ Desde la perspectiva de interpretación restringida,

31 Entre otros, cf. Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*; Evans,

Cea es de la idea de respetar el momento constituyente porque resulta de capital importancia al momento de establecer una correcta interpretación. Señala que “sea que el intérprete esté o no de acuerdo con su contenido, comparta o disienta de lo preceptuado en él, haga o no suyos los valores fundamentales del ordenamiento jurídico articulados en su texto (la buena fe) quiere decir aceptación transparente de lo mandado por la Carta Fundamental, actitud que lleva a respetarla o acatarla, a cumplir fiel y celosamente sus mandatos, sin caer en resquicios, manipulaciones o tergiversaciones movidas por designios ideológicos, partidistas, sectarios, de oportunidad o conveniencia, etc.”.³² Esta afirmación tan categórica podría asociarse con los postulados originalistas, sin embargo, el mismo CEA en escritos posteriores ha relativizado esa afirmación y se ha abierto a considerar la historia y los cambios sociales como una factor relevante que debe ser considerado por el intérprete de la norma constitucional.³³

Sin perjuicio de las orientaciones que abogan por destacar el momento constituyente y hacerlo vinculante desde la perspectiva hermenéutica, es fundamental abrir el proceso de

Los derechos constitucionales; Silva, Tratado de Derecho Constitucional; Soto, “La Familia en la Constitución Política”.

32 Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*: 169-170.

33 Cf. José Luis Cea Egaña, *Algo más sobre el intérprete de la Constitución en Chile*, Conferencia Universidad de Antofagasta, Antofagasta, 2005. En línea en: http://www.uantof.cl/cs_juridicas/diplomadomaterial/ceaegana.pdf.

interpretación de las normas y aplicar criterios extensivos que favorezcan la comprensión armónica entre norma y realidad. Y esta actualización no solo implica reconocer el carácter evolutivo del contenido de las reglas jurídicas, sino que además se trata de una apertura a los intérpretes de la Constitución; es lo que en lenguaje de Häberle se llama “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución.”³⁴ En qué consiste esta propuesta. Según Häberle “en los procesos de interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución.”³⁵ ¿Por qué? Porque las normas jurídicas surgen para que ocupen un espacio vital de la comunidad, en el ámbito que sea, por ello, quien vive la norma debe interpretarla; la interpretación es una actividad encaminada a la comprensión y explicación de una norma, sin perjuicio que siempre, al final del proceso hermenéutico hay un intérprete final de última instancia (CS o TC). Sostener una tesis de esta naturaleza produce una democratización del proceso interpretativo, sintonizando con una teoría democrática³⁶. En esta misma línea se sitúa Rawls. A propósito de la desobediencia civil como legítimo mecanismo de resistencia pacífica ante situaciones de conflicto, nos da pistas acerca del método para

34 Cf. Peter Häberle, *El Estado constitucional* (México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2003): 149-161.

35 Cf. *ibidem*, 150.

36 Cf. *ibidem*, 151.

interpretar la Carta Fundamental. Dice que “aunque cada quien haya de decidir por sí solo si las circunstancias justifican la desobediencia civil, de allí no se sigue que cada quien pueda decidir cómo le plazca. No hemos de tomar nuestras decisiones considerando nuestros intereses personales... para actuar autónoma y responsablemente, el ciudadano debe atender a los principios políticos que subyacen y guían la interpretación de la Constitución. Debe averiguar cómo han de ser aplicados estos principios en las circunstancias presentes.”³⁷

Pero para interpretar la Constitución no basta establecer que los criterios personales deben abandonarse porque hay que señalar quién interpreta la Carta Fundamental. Señala Rawls que “la ausencia de una autoridad final que decida, y la de una interpretación oficial que todos deben aceptar no origina confusión, sino que es una condición necesaria para el avance teórico... a la pregunta ¿quién ha de decidir?, la respuesta es: han de decidir todos, preguntándose a sí mismos.”³⁸ Agrega que “en una sociedad democrática, se reconoce que cada individuo es responsable de su interpretación (de la Constitución)...no puede haber una interpretación legal o socialmente aprobada... que siempre nos obligue moralmente, ni aunque provenga de un tribunal supremo o de la legislatura. En realidad... la legislatura, el Ejecutivo y los tribunales ofrecen su propia interpretación de la Constitución.

37 John Rawls, *Teoría de la Justicia*, 2ª ed. (México D.F.: FCE, 2006), 353.

38 *Ibidem*, 353.

Aunque un tribunal tenga la última palabra en la solución de un caso concreto, no es inmune a las influencias políticas que pueden exigir una revisión de su interpretación de la Constitución... el último tribunal de apelación no es un tribunal, sino el electorado en su totalidad".³⁹

Por tanto, al igual que tendencias interpretativas que amplían a la comunidad política la calidad de intérpretes, Rawls se muestra partidario de concederles la calidad de sujeto activo, claro está que en la base de un postulado de esta naturaleza existe la comprensión de la sociedad como ordenada, además que sus integrantes están dotados de racionalidad. Esto último es muy importante, porque siempre que se expande el estatuto de derechos están los temores frente a la anarquía o el desorden. Sin embargo, frente a situaciones análogas en la historia, es posible avizorar que la 'razonabilidad' de la comunidad política es mayor de lo que se esperaba, y lo que se impone son posturas personalistas con argumentación afectiva más que racional v.g. cuánto costó en el país otorgar derecho a sufragio a todas las personas y especialmente a las mujeres; y no solo baste recordar las razones que se deban para no establecer un sistema de votación directa en elecciones presidenciales y senatoriales; el temor al pueblo o la irrupción de sectores no educados que no se encontraban preparados para participar de las cosas de la polis, fue algo resuelto recién por la CPE de 1925. En ese sentido, el influjo portaliano y su obsesión por el orden ha sido fuerte y perenne

39 *Ibidem*, 354.

en la tradición jurídica/política chilena. En la misma línea, Carrasco recoge una opinión del Presidente Santa María sobre el intervencionismo electoral. Dice que “entregar las urnas al rotaje y a la canalla, a las personas insanas de los partidos, con el sufragio universal encima, es el suicidio del gobernante y yo no me suicidaré por una quimera. Veo bien y me impondré para gobernar con lo mejor y apoyaré cuanto ley liberal se presente para preparar el terreno de una futura democracia. Oiga bien: futura democracia... no puedo dejar a los teorizantes deshacer lo que hicieron Portales, Bulnes, Montt y Errázuriz”.⁴⁰

2. La emergencia de los derechos sociales

En relación a los derechos sociales, el sistema normativo chileno ha bebido de la fuente neoliberal que les rechaza un contenido sustantivo. La Constitución promulgada en 1980, tiene una *ratio* en esta materia, que ha influido enormemente en el desarrollo de los derechos sociales, cuestión que en la actualidad está mutando lentamente gracias a un importante caso resuelto por el Tribunal Constitucional.

En la Comisión de Estudios, a Jaime Guzmán le cabe enorme influencia en la consideración de los derechos sociales como meras expectativas. Ello se traduce no solo en un desconocimiento del recurso de protección a los derechos

40 Sergio Carrasco Delgado *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica, 2002): 148.

de segunda generación (si se analiza el art. 20 de la Constitución, se excluyen de la tutela los derechos sociales, a saber, derecho a la educación, a la protección de la salud, al trabajo, entre otros), sino que sobre todo en destacar el carácter meramente programático de estos derechos.

Guzmán tiene una visión crítica sobre la Declaración de DDHH del año 48, porque a su entender genera confusión al establecer con carácter de derecho las que en rigor son pretensiones o aspiraciones sociales, pues su satisfacción depende más de la capacidad económica de cada sociedad. Señala que “en sentido propio, creo preferible reservar el concepto de derecho a aquellas facultades para cuyo ejercicio por su titular solo se requiere que un tercero no se lo impida... distinto es el caso de las pretensiones o aspiraciones sociales, cuya denominación como derecho (a la salud, vivienda, educación) resulta más bien equívoca, porque sus posibilidades de vigencia dependen de la capacidad económica de cada sociedad y mal podría, por ende, pretender recabarse de un tribunal de justicia. Pienso que llamar derecho a los que son aspiraciones –muy legítimas, nobles y justas–, pero que no siempre se pueden satisfacer aunque haya la mejor voluntad de realizarlo, presenta el riesgo de que todo estado y gobierno sea acusado por ello de no respetar los derechos humanos, privando entonces al juicio de todo valor efectivo o práctico.”⁴¹

41 En Gonzalo Rojas et al., *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996): 148.

Y esta línea de reflexión ha sido predominante en la literatura constitucional chilena. Siendo una postura legítima, también es discutible y ya empieza a surgir en la doctrina y la jurisprudencia un cambio en estos paradigmas.

II. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional

1. El 26 de junio de 2008, el Tribunal Constitucional (TC) acogió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por doña Silvia Peña Wasaff, declarando que acoge el requerimiento “solo en cuanto a la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la ley 18.933, incorporada al contrato de salud de la requirente celebrado por ella y la Isapre de ING Salud S.A.”, norma que no podrá ser aplicada en la causa rol 4972-2007 de la que conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Santiago.

El requerimiento tiene como antecedente el recurso de protección interpuesto por la señora Peña. El reclamo se funda en el aumento de 7,4 UF mensual a 9,4 UF en el plan de salud contratado con la Isapre ING. La justificación del alza se funda en el aumento del costo promedio de las acciones de protección de la salud de los afiliados al sistema, pero sobre todo, en la variación de la edad de la requirente, pues al cumplir 60 años se eleva el factor de riesgo; de ahí la aplicación del artículo 38 ter de la Ley 18.933.

Según la requirente, la aplicación de ese artículo vulnera los siguientes derechos fundamentales: igualdad ante la ley, derecho a la protección de la salud y derecho de propiedad. Por su parte, la Isapre ING en sus observaciones al requerimiento, junto con solicitar su inadmisibilidad pues el precepto impugnado no resultaría decisivo para resolver el asunto de fondo del recurso de protección, señala que, en cuanto a la inaplicabilidad planteada por la actora, no se estarían vulnerando los derechos fundamentales reclamados ya que, dicho de manera muy genérica, la aplicación de factores es consecuencia de una estimación del riesgo asociado a ellos, todos objetivos, como lo son la edad, el sexo y la condición de cotizante o carga.

Asimismo, el TC solicitó informe a la Superintendencia de Salud, que sostiene la constitucionalidad de las normas legales relativas a la tabla de factores prevista en la legislación vigente, en el entendido que los factores establecidos son objetivos y permiten predecir el riesgo de gasto a las Instituciones de Salud Previsional.

En Chile, los contratos de salud se basan en un modelo de seguros, en que el afiliado transfiere sus riesgos a una Isapre a cambio de una prima y, como todo sistema de seguros, considera necesariamente factores de riesgo. Este sistema es distinto al de AFP, que se basa en un modelo de capitalización individual. Uno y otro modelo, en todo caso, no tienen presente el principio de solidaridad, cuestión sumamente discutible tratándose de sistemas de seguridad social.

2. En relación a los fundamentos de la sentencia, cabe destacar la apertura a nuevos paradigmas en los que descansa el constitucionalismo moderno, como son el reconocimiento en tanto que derechos de los llamados “derechos de segunda generación o sociales”, y la consideración a criterios de justicia material. Sin embargo, pervive en la sentencia una racionalidad metafísica difícil de fundar en el día de hoy, como también la referencia a la Comisión Ortúzar como legítima depositaria de la Historia fidedigna de la Constitución.⁴²

a. Criterios de justicia. Dice el considerando octavo “que cumpliendo lo señalado en la normativa descrita en los considerandos precedentes, la Isapre requerida reajustó el valor del plan de salud contratado con la accionante, elevando el factor 3,0 al factor 3,5, es decir, aumentado la cantidad que multiplicada por el precio base permite determinar el costo a pagar por un cotizante singular y concreto. Síguese que el método de reajuste de tal plan contempla la aplicación de un múltiplo, es decir, de una cantidad que contiene a otras varias veces y exactamente, de modo que la operación matemática respectiva no se efectúa con sujeción a un porcentaje normativamente establecido y delimitado. De la comparación del método fundado en múltiplos con el basado en porcentajes acotados, fluye que el primero habilita a

42 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Madrid: Editorial Trotta, 2005): 329.

la Isapre para elevar el costo del plan de salud en términos superiores a los que permitiría el segundo”. Agrega el considerando noveno que resultan pertinentes en la práctica el cuestionamiento al mérito constitucional de la norma legal impugnada por la requirente, entre otras razones, porque “la parte del precepto que autoriza a su ISAPRE a determinar libremente los factores de la tabla homónima, sin otra limitación que la contenida en el inciso tercero de tal norma legal, facultad que al ser ejercida, específicamente en relación con el contrato de salud de la accionante, se ha traducido en una diferencia desmedida entre el factor menor y el mayor de la tabla incorporada a esa convención. Consiguientemente, al cumplir 60 años, la aplicación de la regla descrita ha permitido un alza desproporcionada del factor que afecta a la requirente”.

Podemos observar entonces que los considerandos citados permiten concluir que razones justicia de material son invocadas para acoger el requerimiento. Palabras como desmedida o alza desproporcionada, si bien propias del lenguaje de la requirente, el TC las hace suyas al considerarlas calificativos pertinentes. En todo caso, los considerandos más relevantes suponen una aplicación en la praxis de la teoría de los derechos fundamentales.

b. De la mera expectativa al derecho en forma. En la sentencia hay citas de jurisprudencia del TC que suponen un reconocimiento a los derechos sociales, por ejemplo la referencia que se hace a la sentencia rol 237 del TC (considerando 31°).

Con todo, este fallo, a partir del considerando 27° declara expresamente que los derechos sociales son derechos (y no meras declaraciones programáticas o puras expectativas). Señala “que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando que poner en duda su practicabilidad de realización es una idea confusa, porque esa reserva de lo posible lleva a sostener que la Constitución ha de ser desactivada, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización” (considerando 27°).

Podemos observar entonces que cobra fuerza la superación de los postulados que señalan que los derechos sociales son meras expectativas y que han tenido tanta influencia para el precario desarrollo en su protección. Esta sentencia del TC se enmarca en línea propuesta por Bobbio en cuanto al que el problema de fondo en materia de derechos humanos no es tanto justificarlos como el de protegerlos.⁴³

Señala el considerando 28° que la naturaleza jurídica de los derechos sociales en el estado de derecho contemporáneo se halla certeramente configurada; también que el derecho a la protección de la salud es un derecho social (considerando 29°) y, cuando la Constitución establece en relación a los derechos un núcleo esencial, este es indisponible para el legislador (30°).

43 Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos* (Madrid: Editorial Sistema, 1991): 61.

Por su parte, siendo abierto el contenido de los derechos, deviene todo en un problema de interpretación. Entonces, “aplicando dicho criterio de hermenéutica constitucional (que la interpretación de la Constitución debe orientarse en garantizar y proteger la dignidad y libertad de las personas), cabe insistir en que no solo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares” (considerando 34º). Siendo el derecho a la protección de la salud la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud, en ellos no se pueden incluir cláusulas que desconozcan o aminoren los derechos. Estipulaciones de esa índole devendrían en inválidas porque pueden significar que una de las partes quede impedida de ejercer la plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados por la Constitución (considerando 43º).

Este razonamiento supone la encarnación de una teoría de los derechos fundamentales que reconoce la vigencia y praxis de los derechos de segunda generación. Tanto así que señala que “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. Con ello, lejos de permitir el acceso a las prestaciones correlativas, las dificulta y, en el caso extremo, cuando el afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, queda obligado a abandonar el sistema privado de salud. Obviamente, el

hecho descrito significa que el afectado se halla impedido de ejercer tales derechos, a pesar de estarle asegurados por la Constitución en cualquier tiempo y circunstancia” (considerando 64°).

c. ‘Historia fidedigna’ y metafísica. La resolución es larga y detallada, pero hay elementos que merecen una observación crítica de nuestra parte. Por un lado, persiste en nuestra jurisprudencia, cuando se pretende justificar o explicar el contenido de conceptos abiertos y radicales, la referencia a criterios metafísicos en relación a lo que deba entenderse por dignidad humana. Un razonamiento de esa naturaleza tiene un fuerte componente iusnaturalista, lo que a priori no genera ninguna dificultad, a menos que el lenguaje sea metafísico, y tal es el caso en los considerandos 23° y 24°: “que en torno a la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, se articula el sistema constitucional chileno, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella”, es decir, el TC nos quiere persuadir que existirían derechos naturales anteriores a cualquier manifestación cultural. Como ya había sugerido, una afirmación de esa naturaleza difícilmente puede ser sostenida en la actualidad, porque el escenario en la cual se ha ido desarrollando el derecho en los últimos decenios es posmetafísico, heredero de la ilustración, racionalista y positivista, datos frente a los cuales los cultores de la ciencia jurídica deben hacerse cargo. Comparto la ratio del TC, que los derechos, cualquiera sea su naturaleza deben

ser protegidos, pero en este caso concreto, la argumentación debería fundarse en postulados contemporáneos. Al respecto, se pueden revisar las interesantes aportaciones de Alexy, Bassa o Cortina.⁴⁴

Por otro lado, aún se recurre a las Actas de la Comisión Ortúzar para refrendar con su autoridad lo que dice la Constitución (considerando 48^o). Acudir a ellas es manifestación del originalismo en cuanto a sistema hermenéutico, con todo el peligro que una escuela de esa naturaleza ocasiona para el progreso del derecho: petrificación y rigidez. Asimismo, con Celis, estimo que tales actas no son historia, no solo porque en ellas consta un anteproyecto, sino que además porque su utilización supone recurrir a un instrumento con serios vicios que permiten poner en duda la legitimidad de origen de la Carta promulgada en 1980. Se puede dar la misma orientación que la sentencia está dando, pero acudiendo a otros criterios de interpretación y otras fuentes bibliográficas.⁴⁵

44 Cf. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007); Jaime Bassa Mercado, *El estado constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales* (Santiago: LexisNexis, 2008): 220; Adela Cortina, “Jürgen Habermas: luces y sombras de una política deliberativa”, en *Revista de Ciencias Sociales*, 52 (2007): 49-73.

45 Cf. Celis, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación constitucional chilena”, *Nomos*, N° 2 (2008): 46-47.

Conclusión

La sentencia del TC es un reconocimiento expreso y categórico de los derechos de segunda generación (aunque se les llame derechos de prestación) y, por ende, con implicancias normativas. Esto implica superar la interpretación originalista que hasta el momento se da a los derechos sociales, corriente interpretativa que busca sus cimientos en las opiniones de los miembros de la Comisión de Estudios, principalmente Jaime Guzmán. Aún persisten desafíos desde la perspectiva del abandono de supuestos para justificar los considerandos de la sentencia, v.g. derecho natural e historia en la Comisión de Estudios. Con todo, el fallo es muestra elocuente del carácter evolutivo del derecho y como este progresa cuando se acuden a sistemas de interpretación teleológica.

CAPÍTULO 3

Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile

Introducción

LA PRESENTE INVESTIGACIÓN TIENE POR OBJETIVO VERIFICAR, si se ha producido un cambio en los criterios de protección de los derechos sociales a la salud y al trabajo, a partir de la última jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional en la materia. Se propone como hipótesis que se ha verificado una mutación constitucional en el contenido material de los derechos fundamentales señalados, precisamente por los nuevos criterios que el Tribunal Constitucional chileno ha tenido a la vista al resolver conflictos sometidos a su conocimiento. De esta forma, se revisarán los criterios más tradicionales de protección de estos derechos, especialmente aquellos que determinaron su contenido normativo en los primeros años de vigencia de la Carta y que estuvieron vigentes por décadas mediante la aplicación de criterios originalistas de interpretación constitucional. El progresivo abandono de estos criterios permite explicar, en parte,

la mutación en el contenido de los derechos, configurado por la interpretación constitucional.

I. La mutación constitucional como garantía de libertad política

A. La mutación constitucional

El término refiere a los cambios que se producen en el ordenamiento constitucional al margen de los procedimientos formales de reforma, en virtud de los cuales se afecta la realidad constitucional en forma inconsciente o no intencionada. Aunque es posible abordar el concepto desde diversas perspectivas más o menos críticas, la mutación permite comprender uno de los fenómenos que ha experimentado la Constitución chilena en las últimas dos décadas: junto a una serie de reformas, se aprecia un proceso de democratización que va más allá de ellas, que cambia el sentido originalmente atribuido a las normas constitucionales.

A pesar que sólo es jurídicamente vinculante la norma positiva, el Estado rebasa el entramado de normas positivas que lo constituye. Junto al ordenamiento normativo, existe una compleja red de relaciones materiales de poder político que sitúan al Derecho en una permanente tensión relacional junto a lo político. Así, el fenómeno también se entiende a través de la realización cultural tras la tensión dialéctica

entre individuo y Estado, la que renueva permanentemente los diversos elementos que lo componen. Las fuerzas políticas que, desde la sociedad, empujan la permanente transformación de los contenidos constitucionales, alimentan la tensión entre texto y comunidad, proyectándola hacia su interpretación, llamada a concretar su contenido material.

Estas fuerzas políticas tensionan la carta desde la diversidad constitutiva de una comunidad compleja y plural que, a la vez, legitima el ordenamiento constitucional. Su indeterminación es el reflejo de dicha diversidad que, a la vez, la garantiza. Esa permanente tensión política sobre el texto representa la evolución que experimentan los criterios de fundamentalidad del pacto político, que modifican el contenido de las normas constitucionales que positivizan dicho pacto. La práctica propia de la diversidad constitutiva de lo político actualiza el contenido material de las normas constitucionales de principio, que luego será recogido por la interpretación institucional de la Carta.

La Constitución es una clara manifestación de dicha tensión: una decisión soberana estructurada desde declaraciones normativas indeterminadas y entregadas, con mayor o menor grado de discreción, a la interpretación como acto de actualización/creación del Derecho. La combinación entre indeterminación normativa y discrecionalidad interpretativa permite comprender el fenómeno de la mutación constitucional, propio del carácter bifronte de la Constitución: pacto político y norma jurídica.

En esta dimensión, el fenómeno constitucional debe considerar las relaciones materiales de poder, en virtud de las cuales es posible distinguir la Constitución no normada (identificada con la normalidad constitucional) y la Constitución normada, compuesta por normas y principios. Los elementos dinámico (normalidad) y estático (normatividad) de la Constitución se interrelacionan constantemente, por lo que el estudio de la norma constitucional debe considerar la forma en que el cambio ininterrumpido de la realidad social transforma el sentido del texto constitucional. Por ello, es posible afirmar que “el Estado es una forma organizada de vida cuya Constitución se caracteriza no sólo por la conducta normada y jurídicamente organizada de sus miembros, sino además por la conducta no normada, aunque sí normalizada, de los mismos.”⁴⁶

Normalidad y normatividad confluyen en aquellos principios positivados pero que carecen de un contenido determinado por cuanto abren el texto de la Carta, ejerciendo una función transformadora que lo incorpora en los cambios que se producen en la normalidad constitucional. Así, la interacción entre normalidad y normatividad viene a relativizar la separación entre ser y deber ser, donde la fuerza normalizadora de la sociedad (ser) se incorpora activamente en la normatividad de la Constitución (deber ser), formando un todo en el que ambos factores se complementan recíprocamente.

46 Mouffe, *La paradoja democrática*, 37.

Se trata de la doble dimensión de la Constitución, que incorpora en su seno el resultado de un estadio cultural entendido como pacto político, a través de una declaración positiva con vigencia normativa, ya que “el contenido y modo de validez de una norma no se determina nunca solamente por su letra [...] sino además por las cualidades de aquellos a quienes la norma se dirige y la observan.”⁴⁷

La constitucionalización de principios no supone petrificar su contenido, el que necesariamente va a evolucionar con la sociedad, ya sea por la forma en que esta lo vive, o por cómo el principio vive en ella. Cuando una comunidad se otorga un ordenamiento fundamental, lo hace desde los principios que reconoce como válidos en determinado momento histórico; pero así como su contexto cultural la condiciona al punto de no poder prescindir de ellos, su contenido se relativiza frente a ese mismo contexto del cual emergen, sin que su reconocimiento normativo signifique la petrificación de su contenido. La protección constitucional de la igualdad ante la ley es un buen ejemplo: este “precepto recibe únicamente su contenido de las concepciones que dominan en la realidad social, y que en la Constitución misma no se formulan o sólo se formulan en muy pequeña parte, sobre lo que debe estimarse igual o desigual.”⁴⁸ Así, la misma declaración normativa del principio ha incorporado progresivamente las reivindicaciones raciales y de género, a la igualdad política,

47 Heller, *Teoría del Estado* (Granada: Comenares, 2004): 292..

48 *Ibidem*, 294.

a la igualdad social. El sistema jurídico ha experimentado cambios significativos mediante la complejización de las normas de principio, por ejemplo, ampliando las categorías sospechosas de discriminación arbitraria sin que sea modificado el enunciado normativo.

La Constitución se encuentra permanentemente abierta a ser actualizada a través de los cambios que experimenta la comunidad que la dota de legitimidad. Idealmente estos cambios han de reflejarse en reformas formales al texto de la Constitución, pero lo cierto es que los procesos democráticos que se desarrollan en el seno de la sociedad tienen ritmos diferentes, lo que puede generar cambios en el contenido material de las normas positivas sin que sea necesario reformar su texto. El artículo 4° de la Constitución chilena (“Chile es una república democrática”) es un buen ejemplo de ello: el concepto de democracia que se desprende de dicho artículo y del desarrollo normativo realizado por el resto de las normas constitucionales, ha evolucionado significativamente, abandonando la concepción de una democracia orgánica y protegida propia de la primera etapa de vigencia de la Carta. Sin convertirse en una norma vaciada de contenido, el artículo 4° en cuestión ha transitado notablemente desde la concepción de democracia protegida de la dictadura, hacia una democracia (progresivamente) en forma. Este proceso de democratización ha sido impulsado desde la comunidad hacia la Constitución, lo que ha generado una serie de reformas al texto que derivan de la disconformidad que existe entre la normatividad y la normalidad constitucional, es decir, entre

lo que la Constitución ‘entendió’ originalmente por democracia y lo que la comunidad que se autogobierna a través de la Carta entiende hoy por democracia: “El sentimiento constitucional presente en cada momento vivido pasa a permear la realización de la Constitución, y la naturaleza dinámica de la Constitución, como organismo vivo que es, permite que ella pueda acompañar la evolución de las circunstancias sociales, políticas y económicas.”⁴⁹

B. Su dimensión democrática

La mutación constitucional tiene una dimensión democrática, desde que la indeterminación del texto fundamental permite diversas concreciones según los acuerdos políticos de una sociedad en cada momento histórico. Su dimensión política evidencia que la Constitución no es deslinde y acotamiento de las relaciones políticas propias de una sociedad plural y compleja, sino la coordinación de la convivencia política a partir de ciertos supuestos mínimos que la garanticen (como los derechos fundamentales).

Dado el actual paradigma de la soberanía popular como fuente de legitimación del poder político y del Estado, es importante preguntarse qué busca una comunidad al dar/

49 Adriano Sant’Ana Pedra, “Mutación constitucional y concreción normativa: cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la Constitución”, *Estudios Constitucionales*, vol. 10.2 (2012): 387.

aceptar una Carta. Una norma de rigidez extrema o excesivamente reglamentaria puede condicionar a tal punto la futura autonomía política de la comunidad, que bien puede incorporarse en aquello a lo que un soberano, aunque renuncie, no renuncia. La pretensión de perpetuidad de determinado pacto político solo puede verificarse en la medida que se limite a lo básico, a los mínimos fundamentales de la convivencia democrática. Una pretensión excesiva en este sentido será, tarde o temprano, fuente de ilegitimidad del texto o forzará a la mutación de sus contenidos. Por ello, vemos la indeterminación constitucional como una garantía no sólo para la estabilidad de la Carta, sino para la libertad política de la comunidad: “la Constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos [, ya que] si la Constitución quiere hacer posible la resolución de múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes, su contenido habrá de permanecer necesariamente ‘abierto al tiempo’.”⁵⁰

La Constitución no regulará todos los aspectos de la convivencia democrática. Si lo hiciera, no solo sería un texto interminable, sino también opresor. Cada comunidad históricamente determinada tiene el derecho y el deber de autogobernarse; el ordenamiento constitucional no debe

50 Hesse, “Concepto y cualidad de la Constitución” en *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011): 46.

petrificar opciones políticas, sino garantizar el juego democrático y su capacidad para concretar su contenido. Lo único que no debe quedar indeterminado son los fundamentos de la comunidad y cómo se resolverán las discrepancias que estos puedan generar; así, la Constitución contiene un núcleo estable de aquello que la comunidad ha decidido y que no está permanentemente sometido a controversia, pero que podría ser revisado a futuro (esta es la principal tarea pendiente en el proceso de legitimación democrática de la Constitución chilena, y hacia la cual debiera apuntar el desarrollo del Derecho constitucional: permitir primero, y garantizar después, que el contenido mínimo de este núcleo pueda ser determinado democráticamente por la propia comunidad, superando las técnicas de amarre articuladas por la dictadura. Ello supone revisar (mientras no se promulgue una nueva Carta) tanto los procedimientos y las competencias que contempla la Constitución vigente para decidir las cuestiones que se han dejado abiertas, como el contenido de aquel núcleo base, determinado en dictadura y hoy cerrado a la revisión democrática. Sólo así, este núcleo tendrá la legitimidad democrática suficiente para dotarlo de la estabilidad que requiere el ordenamiento constitucional, evitando así las sucesivas reformas que ha experimentado la Constitución chilena).

Desde esta perspectiva, la mutación constitucional adquiere una dimensión democrática que no se puede desatender. El diseño de 1980 mantiene vigente, aún hoy, algunos elementos que han cerrado la posibilidad de actualización por

las fuerzas políticas, entre otros, por el sistema de fuentes formales que contempla la Constitución chilena (artículo 66). Las distintas normas de rango legal que contempla la Carta vigente han escindido al legislador democrático en distintos quórum y en diversas competencias, limitando su facultad de representar fielmente la voluntad de la mayoría en la configuración del ordenamiento jurídico.

En este sentido, el proceso de democratización de la Constitución, incluso vía mutación constitucional, es una consecuencia que deriva de la propia función que esta cumple en la comunidad, por cuanto garantiza, tanto a través de prescripciones materiales como de normas competenciales y procesales, que su diseño no se transforme en “un sistema cerrado que excluya la alternatividad de los objetivos e inaccesible a la actuación de diferentes fuerzas.”⁵¹ Hoy la Constitución chilena es el resultado de una combinación entre el proyecto de 1980 y las sucesivas reformas, principalmente de 1989 y 2005, con un elemento adicional: sus normas de principio o de contenido, aquellas que explicitan y positivizan los fundamentos básicos del ordenamiento constitucional, aquellas normas preliminares al juego democrático, se asientan en un grado de acuerdo político muy distinto a aquel en virtud del cual fueron positivadas. Como consecuencia de ello, el contenido material de dichas normas ha evolucionado, dando paso a la mutación de la Carta.

51 Hesse, “Concepto y cualidad de la Constitución”: 47.

Esta se encuentra dentro de la propia cualidad de la Constitución, que convive con su rigidez formal. Mientras la apertura de las normas de principio permite responder al cambio histórico y a la diversidad de las situaciones vitales, las reglas aportan la estabilidad normativa que preserva a la vida en comunidad de su disolución en un cambio continuo. Esta posibilidad de respuesta al cambio histórico dentro de la rigidez de la Constitución, se materializa en las posibilidades de determinación del contenido normativo de los enunciados constitucionales.

No es la voluntad del constituyente histórico la que fundamenta la vigencia actual de la Carta; por el contrario, debe su (i)legitimidad al (des)acuerdo que existe en torno a su contenido. El mismo concepto de Constitución, en tanto garantía de libertad, de derechos políticos y de autogobierno, impide anclar su legitimidad y contenido en un momento pretérito. Por el contrario, la apertura de sus normas garantiza que la propia comunidad actualice su pacto constitucional, a través de las diversas concretizaciones que permite el texto. Como los resultados serán, inevitablemente, variables, toda Constitución se encontrará sometida a un estado de mutación constante, más o menos perceptible y de difícil formalización, pero que también forma parte del proceso de legitimación.

C. Mutación y fuentes formales

No obstante lo señalado previamente, es necesario tener presente que el principal problema que enfrenta la evolución en los contenidos materiales de la Constitución es su falta de formalización, a través de su incorporación a las fuentes formales del Derecho, con el fin de evitar que dicha formalización quede al arbitrio del juez constitucional. En este sentido, el reconocimiento debiera concretarse en sede legislativa, con el fin de incorporar esta evolución en el sistema de fuentes del Derecho. Sin embargo, la incorporación de estos cambios al texto positivo también enfrenta desafíos importantes, ya sea por la formalidad y rigidez de la reforma constitucional, o bien por la dificultad de traspasar los cambios en los consensos constitucionales al sistema de quórum de la Constitución chilena. Asumiendo una concepción no cognoscitivista de la hermenéutica, la jurisdicción constitucional puede cumplir una función importante en la medida que la Constitución sea interpretada conforme a las necesidades propias de cada momento histórico, sin anclar el sentido de la norma al momento constituyente y cuidándose de no cercenar el ámbito competencial del legislador.

A esta problemática subyace, por tanto, la tensión teórica que enfrenta al originalismo, en tanto escuela de interpretación constitucional, con aquellas que promueven una interpretación más dinámica del texto fundamental; su punto de discordia radica en cuánto debe prevalecer el momento constituyente en la interpretación de la Carta vigente. La

actual manifestación de esta corriente, propia de la tradición legal angloamericana, surge como una reacción crítica a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, durante las presidencias Warren y Burger. Concretamente, se le reclamó mayor fidelidad a la intención original de los redactores de la Constitución de dicho país, acusándole de vulnerar la función que debe cumplir en una democracia, al crear derechos por vía interpretativa. Hubo un primer originalismo que se manifestó contrario a sentencias emblemáticas de la Corte (como es el caso de *Roe vs. Wade* que se pronunció sobre la interrupción voluntaria del embarazo), que en tanto teoría reactiva y crítica a determinada práctica judicial, fue mutando desde la defensa de la *original intent* hacia un *original meaning*, más preocupado por fortalecer la fidelidad de los jueces a la Constitución antes que, simplemente, de restringir su actuar. Esta nueva dimensión del originalismo acepta que se trata de una teoría de interpretación y no de adjudicación constitucional, reconociendo el alto grado de indeterminación de una Carta, particularmente en materia de derechos fundamentales.

Este originalismo (particularmente el primero, adoptando la forma del criterio ‘historia fidedigna del establecimiento de la norma’ que contempla el art. 19 del Código Civil) ha tenido ciertas manifestaciones en un sector de la doctrina constitucional chilena que, al reconocer en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) la fuente de historia e interpretación fidedigna de la Carta vigente, se situó en una suerte de originalismo metodológico.

Sin embargo, es necesario precisar que ello no contó con el nivel de desarrollo teórico que se aprecia en la tradición angloamericana. Esta opción metodológica de parte de la doctrina obedece a cierta concepción de la Constitución y, en consecuencia, cómo ha de interpretarse: que refleja un único contenido normativo correcto posible, que el intérprete puede alumbrar con ayuda de las Actas. Se asume que el poder constituyente identificado en la CENC definió el contenido de la Norma Fundamental, el que debe no puede ser alterado vía de interpretación constitucional. Sin embargo, si aceptamos que la función de la Constitución es garantizar la apertura del sistema democrático, protegiendo los mínimos necesarios para la convivencia pacífica, una norma fundamental no puede reemplazar la discusión política para asegurar la permanencia de determinado proyecto político; por el contrario, debe garantizar la apertura para la concretización del contenido de los enunciados normativos. En ese contexto teórico, la discusión por el fenómeno de la mutación constitucional cobra protagonismo, en particular cuando se han consolidado escuelas de interpretación constitucional que, antagónicas al originalismo, postulan la necesidad de interpretar la Norma Fundamental recogiendo la evolución que esta puede experimentar en tanto fenómeno cultural.

La mutación surge por la existencia de una nueva situación jurídica que no corresponde al sentido del texto: “no se modifica un determinado artículo de la Constitución, sino un principio de la Constitución resultante del sistema

general de normas constitucionales.”⁵² En el caso chileno, esto es evidente: la Constitución fue diseñada para regir en dictadura y bajo los ideales que esta tenía de la sociedad civil. El resultado del plebiscito de 1988 y el referéndum de reforma constitucional de 1989 dan paso a una situación distinta a la prevista originalmente. El complejo proceso de reforma constitucional supone también la mutación del resto del texto, en la medida que lo no reformado formalmente 1. ya no obedece a la lógica constitucional del momento originario, al formar parte de un código político diferente, y 2. es legitimado de distinta manera por una sociedad que no prestó su consentimiento en 1980 y que, además, comprende de otra forma las declaraciones constitucionales que positivizan principios (principalmente, los capítulos I y III de la Carta).

No se trata de un quiebre en la vigencia normativa de la Constitución, sino de una manifestación de la conexión entre la norma fundamental y la evolución del pueblo en tanto soberano (realidad o normalidad constitucional). Estaríamos en presencia de un elemento propio de una concepción dinámica de la Constitución: la mutación formaría parte de ella dada su fuente de legitimación política, lo que permitiría superar la brecha entre realidad y norma. En definitiva, se trata de explicitar la relación que existe entre la política y el Derecho,

52 Ana Victoria Sánchez, “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20 N° 58 (2000):127.

particularmente respecto a la legitimación del ordenamiento constitucional, que hunde sus raíces en la soberanía popular.

Este proceso de mutación encuentra un límite infranqueable en el texto vigente, dando paso a su revisión y reforma. Aunque la mutación deriva de las mismas características de la Constitución, puede llegar un momento en la evolución del consenso constitucional en el cual una reforma sea imperiosa y ya no baste una concretización a partir de la interpretación. En efecto, si los cambios en el ámbito normativo significan una modificación en el programa normativo de la Carta, esta requerirá de reforma expresa. Esta es la situación de la Constitución chilena vigente: la radical transformación del ámbito de aplicación de la norma (el tránsito de la dictadura a la democracia) y la progresiva evolución del consenso constitucional, manifestadas a través de una serie de reformas a la Carta, han dado paso a la mutación del texto en tanto conjunto. Así, reforma y mutación forman parte del proceso de democratización de la Constitución, evidenciando el cambio en los contenidos de las normas abiertas, por ejemplo, a través de los criterios de fundamentalidad de los derechos. Ello ha alterado el sentido original de la Constitución, adecuándolo al nuevo escenario de realidad política. De esta forma, y sin perjuicio del momento constituyente que puede estar viviendo Chile en este momento, la mutación del texto ha contribuido en su proceso de democratización, significando el abandono de las concepciones originales propias de un momento histórico y un contexto institucional que nada tienen que ver con el actual;

esta mutación se verifica “cuando las prescripciones constitucionales son interpretadas de acuerdo con las cambiantes concepciones y necesidades de la época, sin atenerse al tenor literal de la Constitución o sin tener en cuenta el sentido con el que dotó originalmente el legislador constitucional a las normas en cuestión.”⁵³

Una transformación mayor señalaría el camino a una eventual reforma constitucional o, derechamente, la redacción de una nueva, mas no podría justificar una sustitución de la Carta, como fuente formal del Derecho, por una intensa función normativa de la jurisprudencia constitucional, que relativice la vigencia de las disposiciones constitucionales. La función de la interpretación es determinante para la realización del texto, particularmente en aquellos enunciados que positivizan principios. La posibilidad de concretizar dichos contenidos a través de una interpretación abierta a los cambiantes consensos constitucionales, podría permitir una plena realización de la Constitución y del autogobierno del pueblo, del cual esta es garantía. Pero no puede erigirse en su reemplazo como decisión soberana del pueblo ni como árbitro del proceso político.

Así, junto a la interpretación constitucional, cobran especial importancia las reglas de atribución de competencias en la materia, la determinación de qué interpretación reconoceremos como válida (si el legislador, el Tribunal

53 *Ibidem*, 129-130.

Constitucional, la comunidad) y, especialmente, de la función del Tribunal Constitucional: si garantizar la intangibilidad de la decisión constituyente o si, por el contrario, la apertura del proceso democrático. En estas materias, tanto el ordenamiento constitucional como la dogmática constitucional chilena están en deuda, dada la configuración actual del sistema competencial en materia de interpretación y control constitucional, y la forma cómo la doctrina ha incorporado, en forma histórica, el contenido constitucional del momento constituyente.

II. Mutación en los criterios de protección constitucional de los derechos a la salud y al trabajo

A. La mutación de los derechos

El sistema de protección y respeto de los derechos fundamentales, en gran parte se determina por el tratamiento que la propia Constitución hace de ellos, aunque tanto la protección legal como el propio desarrollo de la cultura jurídica cumplen una función propia. Históricamente, su protección se encuentra condicionada por las categorías tradicionales que clasifican los derechos atendiendo a su generación o desde la distinción entre libertad negativa y positiva. Ello ha derivado en una desprotección relativa de los llamados derechos económicos, sociales y culturales frente a los civiles y políticos, en particular los que protegen la propiedad y la

actividad económica; una prueba de ello es su exclusión del amparo contenido en el artículo 20 de la Carta.

La debilidad de los derechos sociales se verifica en el contexto de una Constitución económica y social herencia de una dictadura de cuño ideológico, autoritario y neoliberal, que encabezó una refundación del capitalismo destinada a imponer un modelo de Estado mínimo o subsidiario. Este individualismo radical desde el cual se construyó el sistema vigente de protección de derechos fundamentales en Chile, ha debilitado significativamente la protección de aquellos bienes, intereses y necesidades de la persona situada en un mundo relacional y que se expresan normativamente a modo de derechos sociales.

Ello se verifica en la propia concepción política que la Comisión redactora del texto original de la Carta vigente tuvo de estos derechos: el sistema se construyó desde su consideración como meras expectativas con valor simplemente programático; dado que su satisfacción dependería de la capacidad económica del Estado, no cuentan con garantía jurisdiccional directa. En efecto, el comisionado Guzmán prefirió “reservar el concepto de derecho a aquellas facultades para cuyo ejercicio por su titular solo se requiere que un tercero no se lo impida (...) Distinto es el caso de las pretensiones o aspiraciones sociales, cuya denominación como ‘derecho’ (a la salud, vivienda, educación) resulta más bien equívoca, porque sus posibilidades de vigencia dependen de la capacidad económica de cada sociedad y mal podría, por ende, pretender recabarse de un

tribunal de justicia. Pienso que llamar derecho a los que son aspiraciones -muy legítimas, notables y justas-, pero que no siempre se pueden satisfacer aunque haya la mejor voluntad de realizarlo, presenta el riesgo de que todo Estado y gobierno sea acusado por ello de no respetar los derechos humanos, privando entonces al juicio de todo valor efectivo o práctico.”⁵⁴

De esta forma, la Constitución vigente fue configurada desde el ideal del Estado liberal-decimonónico, por lo que su accionar está condicionado por el principio de subsidiaridad y la garantía de la abstención estatal frente al ejercicio de los derechos fundamentales; es decir, desde la separación sistémica entre Estado y sociedad, donde aquél debe garantizar los espacios de autonomía individual. Desde este modelo, la protección de los derechos sociales se ve seriamente disminuida.

Ninguna de las múltiples reformas constitucionales ha modificado significativamente el sistema de protección de derechos fundamentales. No obstante lo anterior, la doctrina más reciente ha roto las cadenas de la interpretación originalista a través de un modelo teleológico, evidenciando cierta mutación en el contenido que se le atribuyó a la Carta durante las primeras décadas de su vigencia. Su trabajo ha generado cierto impacto en la jurisprudencia constitucional, que ya muestra una incipiente tendencia hacia el abandono

54 Gonzalo Rojas, *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996):148.

progresivo del originalismo en la interpretación del texto vigente, según veremos a continuación.

B. Antiguos criterios para la configuración de los derechos a la salud y al trabajo

La mutación constitucional, como se vio, es un fenómeno que afecta el contenido del enunciado normativo, pero sin mediar una reforma explícita al texto. Para comprobar si este se ha verificado respecto de los derechos sociales (en concreto, salud y trabajo), es fundamental fijar el punto de inicio de este proceso, es decir, cuáles son los criterios que originalmente configuraron el contenido constitucional de estos derechos, para luego identificar los nuevos elementos de configuración. El análisis de la jurisprudencia constitucional ha arrojado interesantes resultados, siendo posible identificar los antedichos criterios tanto en jurisprudencia de sede constitucional como ordinaria. Sin perjuicio que será posible establecer ciertos matices en lo sucesivo, hay una cultura jurídica de larga data que se aprecia en la jurisprudencia ordinaria, aun antes de la promulgación de la Carta vigente, y que se proyecta hacia las primeras décadas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La configuración de la protección del ejercicio de los derechos en estudio, a partir de la determinación de su contenido por el Tribunal Constitucional, ha recogido una estructura que ya se encontraba presente en la jurisprudencia

constitucional ordinaria. Aquí radica el punto de inicio del proceso de mutación constitucional propuesto por la presente investigación, razón por la cual nos detendremos para identificar los principales criterios de configuración jurisdiccional de los derechos a la salud y al trabajo, tanto en sede ordinaria como en sede constitucional.

a. Propietarización de los derechos

La teoría de la propietarización de los derechos postula que dado que se adquieren bajo la vigencia de una determinada normativa, ingresan al patrimonio de sus titulares, quienes ejercerían un derecho de dominio sobre ellos, protegido por el derecho de propiedad del artículo 19 N° 24 de la Constitución, que garantiza la propiedad sobre los bienes incorporeales. A su turno, el artículo 583 del Código Civil señala que “sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad”, incorporando un argumento normativo que permite respaldar la idea de propiedad sobre derechos y créditos. Ha sido esta la forma de justificar la existencia de una propiedad sobre los derechos, incluso los fundamentales, consagrándose la teoría de su propietarización. De esta forma, si bien el derecho de propiedad tiene por objeto proteger la integridad patrimonial de las personas, la jurisprudencia de la década del 70 muestra una extensión de su contenido, al entender que existe plena propiedad sobre los bienes incorporeales, sin distinguir entre derechos patrimoniales y fundamentales, aplicando a estos la doctrina de la propietarización.

La historia constitucional chilena reciente, muestra un fortalecimiento del derecho de propiedad, quizá destinado a defender a los propietarios antes que a la institución jurídica. Tal como ocurrió en el sistema jurídico alemán de la década de 1920, en Chile se dio protección a un conjunto de derechos e intereses patrimoniales que no se correspondían con el concepto tradicional de propiedad, proceso que se consolidó en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a fines de la década de 1970. Esta propietarización de los derechos se consolidó, luego, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la década de 1990⁵⁵. Como consecuencia de la consolidación de este fenómeno, la Corte Suprema ha recurrido a la garantía de la propiedad para proteger el derecho a la salud, afirmando que “en la negativa arbitraria de una Isapre a otorgar la cobertura pactada en el contrato no vulnera la garantía constitucional del N° 9 del artículo 19, pero sí el ejercicio del Derecho de Propiedad del N° 24 de dicho artículo de la Constitución, dado que se priva a aquella de la legítima percepción de un beneficio pecuniario que ha debido incorporarse a su patrimonio.”⁵⁶

Lo propio ha sucedido en materia de derecho al trabajo, donde es posible identificar jurisprudencia que lo ha

55 Eduardo Cordero Quinzacara, “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno”, *Revista de Derecho*, vol. 19.1 (2006): 129

56 Corte Suprema, Rol N° 14.167-1988, Considerando 8°.

protegido indirectamente, mediante la protección de la propiedad. De esta manera, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló que “el derecho del trabajador a gozar de un empleo estable mientras cumpla debidamente con sus obligaciones funcionarias, constituye una especie de propiedad sobre un bien incorporal, garantizado por el N° 24 del artículo 19 de la Constitución, de modo tal que el trabajador sólo puede ser privado de su empleo por los medios que la propia ley establece.”⁵⁷

En ambos casos, se puede apreciar que el objeto de la protección, a juicio de las Cortes, es la propiedad que existe sobre el derecho fundamental, o bien sobre las facultades que otorga ese derecho. A nuestro juicio, esta técnica de protección indirecta desvirtuó el sistema de protección de los derechos fundamentales, empobreciendo su contenido. La protección de los derechos requiere de un adecuado desarrollo dogmático de su contenido constitucional; mediatizar su protección por medio de un derecho más fuerte termina por desnaturalizar ambas instituciones. En especial si el régimen de protección responde a categorías *ius privatistas*, ajenas al sistema de protección *ius fundamental*.

Lo propio ha sucedido en el Tribunal Constitucional, quien al pronunciarse sobre la protección del derecho al trabajo, señaló explícitamente que “de acuerdo con lo dispuesto en el artículo

57 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 14.347-1988, Considerando 5°.

19 N° 24 inciso primero de la Constitución Política, ésta reconoce a toda persona, el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, por lo cual sobre derechos emanados de un contrato de trabajo que son bienes incorporales y entre los cuales está el derecho de percibir una remuneración pactada, sus titulares tienen propiedad.” Siguiendo las doctrinas civilistas más clásicas, él entendió que de un contrato de trabajo surgen derechos que se incorporan al patrimonio de los contratantes y, por tanto, obtienen protección constitucional vía derecho de propiedad.⁵⁸

De esta forma, es posible identificar una primera etapa jurisprudencial, que configuró los derechos a partir de categorías de derecho privado, vinculadas a la contratación entre particulares. El principal elemento fue la ampliación del derecho de propiedad para proteger, secundariamente, el ejercicio de otros derechos. Así, durante largos años, para obtener protección judicial de cualquier derecho subjetivo, debieron recurrirse a este expediente de considerar protegible no tanto el “derecho”, sino la propiedad que éste tendría. Se generó un proceso de propietarización de los derechos fundamentales, que impidió fortalecer un sistema de protección dirigido, directamente, sobre los derechos en tanto instituciones con ámbitos propios. A mayor abundamiento, propietarizar la protección constitucional de los derechos contribuyó a generar una jerarquía al interior del catálogo, por cuanto el derecho de propiedad adquirió dimensiones

58 STC N° 698, Considerando N° 9, letra f.

de supra derecho, a través del cual se otorga tutela a otros que son percibidos con un inferior desarrollo dogmático. Esta consecuencia también se ha convertido en un criterio jurisdiccional para la protección de los derechos fundamentales, como veremos a continuación.

b. Jerarquía entre derechos

Existe una tendencia en la doctrina chilena tradicional hacia jerarquizar los derechos reconocidos por la Constitución, incluso al grado de desconocer la condición de fundamentales de los derechos sociales. Si bien no se trata de una postura mayoritaria en el constitucionalismo contemporáneo y que ha sido objeto de revisiones sustantivas, ha influido en la jurisprudencia nacional. Esto se debe a una serie de factores, entre los cuales destacan las opciones políticas juridificadas en 1980, la interpretación originalista y la ausencia de criterios de interpretación propios de los derechos fundamentales. En este sentido, las afirmaciones de Jaime Guzmán en la CENC, que define los derechos a partir de una concepción muy limitada, han sido muy influyentes; señaló que “son aquellas facultades para cuyo ejercicio, por su titular, sólo requiere que un tercero, sea la autoridad o un particular, no se lo impida o coarte ilegal o arbitrariamente.”⁵⁹ Lo anterior permitiría explicar por qué se ha recurrido a la idea de jerarquía para solucionar conflictos entre derechos, que los criterios clásicos de interpretación no resuelven

59 Gonzalo Rojas: 36.

satisfactoriamente. Es una manifestación de la tradicional preferencia otorgada a los derechos de libertad por sobre los derechos positivos (a pesar del sólido cuestionamiento que se ha realizado a esta clasificación).

Un ejemplo ya tradicional de esta tendencia se encuentra en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1993. Al resolver un conflicto entre los derechos a la libertad de expresión y a la honra, afirmó que “nadie discute que el constituyente siguió, aunque nadie lo da expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19 (de la Constitución). Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia. Así se comienza con la vida e integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley, en seguida, en el número 4, la honra, en circunstancias que la libertad personal está consagrada en el número 12.”⁶⁰

En idéntico sentido se pronunció la misma Corte de Apelaciones, el año 1996, al conocer de un recurso de protección presentado por varios particulares por sí y a nombre de Jesucristo y de la Iglesia Católica, por la revisión que efectuó el Consejo de Calificación Cinematográfica, de su resolución de 29 de noviembre de 1988, por el cual quedaron prohibidos en Chile la internación y exhibición de la película “La última tentación de Cristo”, dirigida por Martin Scorsece.

60 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 983-93.

Dicho fallo acoge el recurso de protección, decisión que fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia, protegiendo la honra de Jesucristo porque “ésta prevalece con respecto a la libertad de emitir opinión o de informar.”⁶¹

Parte de la jurisprudencia de la década de los 90 se vio influenciada por una temprana doctrina constitucional que entendió que los derechos del artículo 19 de la Carta no se encontrarían enumerados al azar, sino que enumerados en relación a un orden de jerarquía de los mismos. Como consecuencia de esta creencia, se garantizó el ejercicio de los derechos a partir de criterios apriorísticos que no contribuyeron a su adecuado desarrollo dogmático. Cabe señalar que la jerarquía de los derechos representa una verdad que pretende ser autoevidente. Sin embargo, con independencia de los argumentos que fundamenten el recurso a tal jerarquización para solucionar un conflicto de derechos, es necesario señalar que esta técnica se contrapone con el constitucionalismo contemporáneo, que entiende que los derechos fundamentales conforman un sistema unitario, cuya finalidad es la protección de la persona. Su recepción como criterio de interpretación constitucional ha entorpecido el entendimiento de los derechos fundamentales como manifestación de un proceso progresivo y constante de reconocimiento y protección de los intereses y necesidades de las personas.

61 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4079-96, considerando 14°, sentencia confirmada por la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 519-1997.

c. Libertad contractual

Uno de los criterios de configuración de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional más temprana, dice relación con la incorporación de la libertad contractual como principio rector del ordenamiento ius fundamental, que se desprendería del propio tenor literal de los numerales 9 y 16 del art. 19 de la Carta. Así lo demuestra, por ejemplo, un fallo de la Corte de Santiago, al señalar que “se infiere que la garantía consagrada en el artículo 19 N° 16 de la Constitución, dice relación con dos aspectos de la libertad de trabajo, a saber, la posibilidad y opción de toda persona a contratar libremente sus servicios y la de elegir el trabajo que desea y pretende desempeñar.”⁶² Como se aprecia, la Corte no tutela el trabajo en sí mismo, sino que limita la garantía del artículo 19 N° 16 a la libertad de contratación del trabajador, en especial a la libertad para elegir el trabajo que desee, dando inicio a una tendencia jurisprudencial recién comenzada la vigencia normativa de la Carta.

En sentido similar se ha pronunciado la Corte Suprema, al afirmar tajantemente que “el N° 16 del artículo 19 de la Constitución, no comprende la justa remuneración ni el derecho a la negociación colectiva,”⁶³ restringiendo el alcan-

62 Corte de Apelaciones de Santiago, Considerando 12 y 13, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, LXXIX, 11 de Diciembre de 1981: 69.

63 Corte Suprema, en: *Revista Gaceta Jurídica*, N° 35 (1983): 46.

ce de la garantía constitucional vía interpretación. Para la jurisprudencia constitucional más temprana en la garantía y protección de los derechos fundamentales, aquella que marca el inicio del proceso de mutación que motiva la presente investigación, “el N° 16 del artículo 19 de la Constitución, en ninguno de sus incisos protege el empleo en sí mismo, o la función o el cargo servido,”⁶⁴ criterio que será modificado sustantivamente en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, antes de verificarse dicha mutación, el propio Tribunal Constitucional recogió este criterio. Así, la libertad del trabajo fue el principal componente del derecho en cuestión, aunque ahora complementado con el derecho a recibir una justa retribución, entre otros. Lo anterior queda de manifiesto en una sentencia de inaplicabilidad, en procedimiento incoado contra la exclusión de la nómina nacional de síndicos; en la oportunidad, señaló que “la libertad de trabajo, consagrada en el artículo 19 N° 16 envuelve, por una parte la tutela de 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.”⁶⁵ Recurriendo a la doctrina tradicional, el Tribunal argumenta que la garantía faculta a toda persona a buscar cualquier trabajo que no esté prohibido por ley, señalando además, que en lo relativo a las condiciones en las que se debe ejecutar un

64 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 162-86.

65 STC N° 1413-09, Considerando N° 21.

trabajo, se garantiza la autonomía del trabajador. Continúa señalando que “este derecho forma parte de la denominada Constitución Económica y debe, por tanto, concordarse con el conjunto de principios que emergen con la Constitución de 1980, especialmente las garantías del artículo 19, que conforman el llamado orden público económico.”⁶⁶

Así las cosas, reitera la idea de que de la garantía contenida en el artículo 19 N° 16, se desprende el principio de libertad individual, cuestión que habilitaría a toda persona a buscar u obtener un trabajo, asegurando en esto, la no discriminación arbitraria, además del derecho a la justa retribución. Las sentencias referidas dan cuenta de cómo el Tribunal ha configurado el derecho al trabajo, principalmente, desde categorías privadas vinculadas a la contratación entre particulares. Se trata de una interpretación restrictiva del contenido normativo de la garantía constitucional, limitada a su dimensión de libertad, que será modificada en jurisprudencia posterior del propio Tribunal.

Por su parte, el contenido del derecho a la protección de la salud ha sido concretizado siguiendo este mismo criterio de interpretación, desde la libertad contractual. Fallando una apelación contra sentencia de protección de la Corte de Santiago, la Corte Suprema concluyó que “no existe ilegalidad

66 Arturo Fermandois Vohringer, “La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece”, en *Revista chilena de Derecho*, vol. 28.2 (2001): 287-298.

en el proceder de los recurridos, puesto que existe una ley que arregla con precisión el otorgamiento de las prestaciones médicas requeridas.”⁶⁷ En este caso, las prestaciones médicas o de salud no reciben protección constitucional, pues el reenvío al legislador excluiría estas materias de dicha protección ius fundamental, cuyo objeto no es el otorgamiento de tales prestaciones, sino la libertad para acogerse al sistema público o privado de salud.

Los fallos citados dan cuenta de cómo la jurisprudencia constitucional privilegió, inicialmente, la protección de la dimensión de libertad de los derechos fundamentales, incluso de aquellos de carácter social, determinando su contenido normativo a través de criterios de interpretación propios del Derecho Privado, o bien, estableciendo relaciones de jerarquías apriorísticas entre ellos.

C. Nuevos elementos configuradores de los derechos sociales presentes en la jurisprudencia constitucional relativa a salud y trabajo

Es posible afirmar que la jurisprudencia constitucional chilena ha comenzado a dar un vuelco ante la protección de los llamados derechos sociales, especialmente respecto de los derechos a la salud y al trabajo. Sentencias recientes han entendido que se estructuran desde una necesidad de

67 Corte Suprema, Rol N° 3599-2001, Considerando 2° a 5°.

garantía jurisdiccional que deriva directamente de su reconocimiento normativo. Para justificar aquello, el Tribunal ha revalorizado conceptos tales como la dignidad de la persona, relativizando la protección de derechos fundamentales desde la aplicación de principios que parecían absolutos, como la subsidiaridad y hasta la propia autonomía de la voluntad.

El hito que quizá marca un quiebre en la materia es la STC 1710, que viene a consolidar la línea jurisprudencial abierta por la STC 976, respecto a la protección del derecho a la salud y las prestaciones contratadas a través de las Instituciones de Salud Previsional (Isapres). Luego de sucesivas declaraciones de inaplicabilidad (SSTC 976, 1218, 1273, 1287), el artículo 38 *ter* de la Ley N° 18.933 fue declarado inconstitucional, por cuanto el régimen para la determinación del precio de los seguros de salud vulneraba, a juicio del TC, el derecho a la igualdad ante la ley, a la protección de la salud y a la seguridad social. Este cambio en la protección del derecho a la salud, tiene un correlato en la configuración jurisprudencia de otro derecho social, el derecho al trabajo (SSTC 1852, 2086, 2110, 2114, 2182, 2197); sin embargo, es necesario señalar que esta jurisprudencia aún no se encuentra plenamente consolidada, toda vez que existen fallos contradictorios, como lo son las SSTC 2199, 2213, 2186, 2340, 2398 (aunque la sentencia más reciente en la materia, STC 2470, acoge la inaplicabilidad y retoma la línea argumental de la STC 1852). Sin perjuicio de lo anterior, y según veremos, el análisis conjunto de ambos grupos de sentencias permite concluir que el Tribunal Constitucional ha modificado los

criterios de interpretación tanto del derecho a la salud como del derecho al trabajo, mutando desde concepciones tradicionales, alejándose del recurso a las actas de la Comisión Ortúzar y, en definitiva, ampliando el ámbito de protección constitucional de estos derechos.

a. Derechos fundamentales como un sistema unitario

El sistema de protección de derechos fundamentales es una construcción normativa compleja, compuesta tanto de enunciados normativos de principios como de garantías procesales e institucionales destinadas a proteger su legítimo ejercicio. Esta complejidad ha sido abordada desde diferentes perspectivas, que se han servido de herramientas pedagógicas para establecer diferencias al interior del catálogo que, incluso, han dado paso a la negación del carácter de fundamental de ciertos derechos. Quizá la más importante, por sus efectos, sea la clasificación a partir del binomio libertad positiva/negativa, que da paso a la configuración hermenéutica de derechos negativos (que establecen un deber de abstención) y positivos (que establecen deberes de prestación). Se ha hecho ya un lugar común recurrir a esta clasificación para negar el carácter de derecho a los llamados derechos positivos.

Sin embargo, lo cierto es que todos los derechos requieren de una intervención activa por parte del Estado; la diferencia entre ellos se verifica, a fin de cuentas, en el grado de intervención estatal necesaria para la protección de su legítimo

ejercicio. Es decir, hay derechos preferentemente prestacionales y otros preferentemente de abstención, pero ambas ‘categorías’ de derechos comparten una dimensión común, por cuanto se trata de intereses protegidos constitucionalmente que requieren, sin excepción, de algún tipo de intervención estatal para garantizar su libre y legítimo ejercicio.

Todos los derechos imponen obligaciones positivas al Estado, que deben ser cumplidas en orden a asegurar su ejercicio; desde el establecimiento de un sistema registral destinado a proteger la propiedad raíz, sobre vehículos motorizados, las concesiones mineras o los derechos de agua, hasta la obligación de mantener un sistema de policía y un aparato judicial (razonablemente) eficiente y libre de corrupción. Se trata de prestaciones que el Estado debe proveer para asegurar el ejercicio de todo derecho. Incluso los llamados derechos de abstención, hijos de la primera época posterior al Antiguo Régimen, tienen como correlato un deber de prestación: “ningún derecho es simplemente el derecho a que los funcionarios públicos no lo molesten a uno. Todos son reclamos de una respuesta gubernamental afirmativa.”⁶⁸

La relación de los derechos, además, viene dada porque ambas categorías generan obligaciones positivas y negativas para el Estado y los particulares. Así, por ejemplo, el derecho a la vida incluye algún ámbito de protección del derecho

68 Holmes y Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2011): 64.

a la salud que significa, a lo menos, asegurar prestaciones mínimas de las cuales depende directamente la vida de las personas; esfera de protección absoluta, que no admite pretextos de orden patrimonial. Por tanto, el Estado no solo tiene una obligación de no hacer, también tiene una obligación positiva. Dicho derecho se ejerce en la medida en que exista la posibilidad de poder gozar de otros, cuyo ejercicio resulta fundamental para su cumplimiento y satisfacción. En ese sentido, una interpretación restrictiva del derecho a la vida supondría desproteger su legítimo ejercicio, por cuanto también se requieren medidas positivas por parte del Estado.

Los derechos económicos, sociales y culturales, por su parte, implican no solo prestaciones positivas estatales, sino también la ausencia de interferencia arbitraria de terceros. Estos constituyen presupuestos y complementos indivisibles para el goce de los derechos individuales, al garantizar determinadas condiciones materiales mínimas, que posibilitan el efectivo ejercicio de tales libertades, sin que sea posible establecer diferencias cualitativas u ontológicas que permitan diferenciarlos de los derechos individuales. Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sostenido que los derechos forman un conjunto unitario que goza de plena vigencia normativa; en consecuencia, excluye toda posibilidad de dar una interpretación al catálogo que anule o prive de eficacia a algún precepto, obligación que incluso irradia a los particulares. Se trata de “un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo

cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella” (STC 976, C. 34°). El Tribunal no deja espacio para construir una interpretación alternativa que legitime una suerte de jerarquización entre derechos, por ejemplo, a partir de los mecanismos jurisdiccionales de protección o de su carácter preferentemente prestacional.

b. Derechos sociales no son meras expectativas

Durante décadas, la teoría constitucional clásica se hizo eco de las primeras críticas al Estado Social, al sostener que se trataba de meras expectativas cuya satisfacción depende de la capacidad económica del Estado; recurriendo a la interpretación originalista, se sostuvo que la Carta vigente no los reconocía como derechos. Esta posición se encuentra expresada tanto en las Actas de la Comisión Ortúzar (sesión 139, entre otras) como en su documento final: “como todo derecho social, el derecho a la educación implica una aspiración del individuo que la comunidad y, particularmente, el Estado tienen el deber de satisfacer en la medida que las posibilidades lo permitan.”⁶⁹ Guzmán, principal expositor de esta postura en los albores de la Carta vigente, lo señala explícitamente: “sus posibilidades de vigencia dependen de la capacidad económica de cada sociedad y mal podría

69 Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, “Informe con Proposiciones e Ideas Concretas (16 de agosto de 1978)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8 N° 1 (1981).

pretender recabarse de un tribunal de justicia”⁷⁰. En sentido similar se han manifestado autores como Martínez Estay,⁷¹ incluso negando su condición de derechos en sentido estricto, derivado de su supuesta falta de justiciabilidad.

Sin embargo, es posible apreciar un giro en el contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional en la materia, separándose de la interpretación tradicional. La STC 976 es particularmente clara al reafirmar que el derecho a la salud es un derecho fundamental en regla, como lo expresa en los considerandos 26° (“desde un punto estructural, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos civiles o políticos”) y 27° (“resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando que poner en duda su ‘practicabilidad’ de realización, es una idea confusa, porque esa ‘reserva de lo posible’ lleva a sostener que la Constitución ha de ser ‘desactivada’, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización”), argumentos reproducidos en la STC 1248 (C. 20° y 21°) y confirmados en la sentencia de inconstitucionalidad

70 Gonzalo Rojas: 148.

71 José Ignacio Martínez Estay, “Los derechos sociales”, en Pereira Menaut, *Teoría Constitucional* (Santiago: Lexis Nexis, 2006): 305 y José Ignacio Martínez Estay “Acerca de las diferencias entre los derechos y libertades clásicos y los derechos sociales”, en *Revista de Derecho*, UC del Norte, año 4 (1997): 134.

1710 (C. 94° y 95°). Se trata de una transformación realmente significativa, que da cuenta de la evolución que ha experimentado la cultura jurídica chilena en la protección de estos derechos fundamentales de carácter social. Este ya ha sido recogido por la doctrina, que avizora un cambio en el eje referenciador de protección del derecho a la salud, enfatizando en la dimensión objetiva de las normas de derechos fundamentales y su efecto irradiación sobre el ordenamiento jurídico y los actos privados, como los contratos de salud.

En el mismo sentido, ahora respecto de la jornada laboral del transporte rural colectivo, el Tribunal amplió considerablemente el contenido constitucional del art. 19 N° 16, confirmando una mutación desde la protección de la libertad de trabajo hacia la protección del trabajo en sí 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” (STC 1852, C. 6°); esta protección al trabajo comprende las condiciones efectivas de trabajo, las que deben ser equitativas y satisfactorias. A este respecto, la (re)interpretación del texto constitucional es aún más profunda: el Tribunal ha resignificado el contenido de la voz ‘protección’ presente en el inciso 1° del numeral en comento. La sola protección de la libertad de trabajo, criterio presente en la redacción del texto original y recogido por la doctrina tradicional, se complejiza gracias a la incorporación de la protección del trabajo propiamente tal, incorporando nuevos criterios de protección constitucional del bien ‘trabajo’. Así, sin entrar en la polémica sobre el

grado de fundamentalidad del derecho, reconvierte la concepción inicial de la libertad de trabajo en el derecho a la protección del trabajo, asumiendo desde ya su condición de tal. Esta tendencia de la jurisprudencia pareciera consolidarse con una secuencia de fallos que siguen a la STC 1852. Recogiendo prácticamente el mismo argumento, el Tribunal ha afirmado que el art. 19 N° 16 “no se limita sólo 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” (STC 2110, C. 8°). Se trata de un cambio explícito en la comprensión del contenido del enunciado normativo, que amplía la base material de protección constitucional del derecho al trabajo propiamente tal; en esta sentencia, el Tribunal ha reconocido por primera vez el rango constitucional del principio de protección del trabajador, lo que constituye una transformación muy significativa del ámbito de garantía constitucional.

Ahora bien, no es que la Carta ‘extienda’ el ámbito de protección al trabajo mismo; ha sido el desarrollo hermenéutico del enunciado constitucional lo que ha generado dicha ampliación. Así, el Tribunal Constitucional configura el derecho a partir de determinado contenido material del enunciado, separándose de la concepción inicial en la cual el mismo tenor literal solo protegía la libre contratación. El Tribunal

construye dicho contenido desde el reconocimiento de la especial posición del trabajador en la relación jurídica que se regula y en la función social que cumple dicha actividad; de hecho, ninguno de estos criterios formó parte de la discusión en el seno de la Comisión Ortúzar, dando cuenta de cómo evoluciona el contenido de la Carta. Se verifica lo que Guastini denomina una interpretación decisión, en virtud de la cual el intérprete no realiza un ejercicio cognitivo para develar el verdadero sentido y alcance del tenor literal, sino que construye argumentativamente el significado del enunciado normativo. Esta distinción es clave para comprender cómo ha operado la mutación en esta materia: la diferencia entre interpretación/conocimiento e interpretación/decisión es la que permite comprender la distancia que existe entre enunciado normativo y norma, entre los cuales media la interpretación. El Tribunal Constitucional se ha separado de la comprensión tradicional en materia de protección de derechos sociales, comprendiendo que del enunciado de los textos constitucionales no se desprende un único contenido correcto posible; al contrario, el eje para la determinación del valor protegido constitucionalmente radica en los argumentos que sustenten o justifiquen la decisión.

Este tránsito también puede ser verificado respecto de los fundamentos teóricos para la protección de los derechos fundamentales de carácter social, concretamente en lo relativo a la dignidad de la persona humana. A este respecto, especial consideración requiere el recurso argumentativo del Tribunal a la dignidad del trabajador como valor que fundamenta

la protección de los derechos, que constituye un cambio radical en la construcción del discurso político del período que se inicia en 1973. En efecto, el derecho al trabajo ya no se configura solo desde la dignidad de la persona humana, como da cuenta la doctrina clásica: el Tribunal incorpora una categoría específica, relacionando el valor constitucional protegido normativamente (el derecho al trabajo), con el sujeto en particular que lo ejerce (el trabajador); así, el derecho ya no es sólo desde la dimensión abstracta de la dignidad humana, sino desde la consideración del trabajador en concreto y de las condiciones materiales de su ejercicio. Ello da cuenta de cómo la norma no se agota en el tenor literal del enunciado, sino que se construye argumentativamente a través de su interpretación, atendiendo a la especificidad de los valores constitucionalmente garantizados.

c. Revalorización del principio de subsidiariedad y la libertad contractual

El principio de subsidiariedad ha sido sindicado como una de las piedras angulares del diseño constitucional vigente, por cuanto plasmaría determinado modelo que se irradiaría a todos los ámbitos de la actividad económica, entre ellos, también al ejercicio de los derechos sociales.⁷² Sin embargo,

72 Martín Loo Gutiérrez, “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 33 (2009): 420 y Jaime Bassa Mercado, *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales* (Santiago: Legal Publishing, 2008): 150.

luego de más de treinta años de aprobado el texto original de la Constitución vigente, y a pesar de la larga hegemonía de la doctrina clásica en la materia, han surgido voces críticas que han cuestionado tanto el contenido como la extensa aplicación que se ha hecho de él por parte de la doctrina nacional, que pareciera tener ya un correlato en la jurisprudencia constitucional.

En efecto, el Tribunal Constitucional interpretó el principio de subsidiaridad a la luz de la fuerza normativa que caracteriza a la Carta Fundamental y en relación a la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales, obligación que no solo recae en los órganos del Estado, sino también en los particulares, por cuanto existe un mandato expreso de la Constitución. En esa línea, el Tribunal reconfigura completamente el contenido constitucional de este derecho social, por cuanto el principio de subsidiariedad ya no puede ser esgrimido como un argumento para garantizar sin más la libre iniciativa económica: en materia de derechos sociales, los particulares (v.gr., Isapres) se encuentra obligados a respetar y promover los derechos fundamentales que se satisfacen mediante sus prestaciones limitando, de paso, el contenido de la libertad empresarial (STC 976, C. 36°). El Tribunal ha reconocido el efecto de irradiación que caracteriza a los derechos fundamentales en su comprensión contemporánea, efecto que se verifica no solo sobre el ordenamiento jurídico infraconstitucional, sino también en las relaciones entre particulares y en sus actos normativos de efecto particular. Ello ha significado relativizar la preponderancia del principio de

subsidiariedad en su aplicación a las relaciones de protección de derechos de carácter social, que ha cedido ante los valores constitucionales de orden público en el ejercicio de los derechos fundamentales.

De esta forma, la obligación que tienen los particulares de respetar los derechos fundamentales se desprende del análisis que el Tribunal Constitucional realiza del derecho a la protección de la salud: la Constitución utiliza la expresión “preferente” respecto al deber que tiene el Estado en su protección. El Tribunal invierte la dimensión obligacional del principio de subsidiariedad, reconociendo que el primer obligado a proteger y satisfacer el pleno ejercicio de los derechos fundamentales es el Estado, siendo los particulares que participan como prestadores meros agentes que actúan en subsidio del Estado: “el establecimiento de este deber significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del 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 ésta última” (STC 1710, C. 121º). La actividad que pueda materializar un particular en función de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, se encuentra condicionada por la dimensión iusfundamental del valor protegido, explicando por qué el efecto irradiación de los derechos afecta a los contratos privados de salud.

La argumentación del Tribunal en materia de subsidiariedad supone un cambio respecto de la concepción tradicional sostenida, por ejemplo, en la STC 352 que fortalecía la dimensión abstencionista del principio, aunque abriendo la posibilidad de reinterpretación respecto de aquellas funciones que, por su carácter, debe asumir el Estado. Sin embargo, la autonomía de los grupos intermedios defendida en STC 352 cede, en STC 976, ante la necesidad de proteger un valor constitucional, el derecho a la protección de la salud, que ya no se explica solo desde la autonomía de los cuerpos intermedios. En este sentido, cobra relevancia la definición del concepto ‘potestades públicas’, en tanto funciones que la Constitución entrega a determinadas autoridades y cuya delegación resulta contraria a esta (STC 1024). Sin perjuicio que los particulares puedan otorgar prestaciones de salud a través de contratos entre privados, lo cierto es que esta se verifica en el marco del ejercicio de una función pública (la garantía de los derechos fundamentales), la que limita el ámbito de libertad en la contratación e invierte, según se ha visto, el principio de subsidiariedad (STC 976, C. 36^o). Este cambio en la aplicación del principio de subsidiariedad se enmarca en un contexto de discusión y reflexión teórico que parte de la doctrina ha impulsado en los últimos años, destinado a revisar los efectos que genera su aplicación.

El Tribunal profundiza esta línea argumentativa y revisa críticamente la aplicación de un principio propio del Derecho Privado, como es el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, en la protección de los derechos

fundamentales; en concreto, afirma que el contrato privado se encuentra limitado por las propias garantías constitucionales sobre las cuales versa (STC 976, C. 39º). El Tribunal reconoce que las relaciones entre privados deben respetar la normativa constitucional y, especialmente, los derechos fundamentales, ante los cuales cede el principio de autonomía de la voluntad: “todas las cláusulas del referido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho” (STC 976, C. 64º), sin que el contrato pueda obstaculizar el legítimo ejercicio del derecho. De esta forma, el Tribunal construye la protección de los derechos sociales desde la titularidad universal garantizada constitucionalmente, que se erige como “la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud, con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual ésta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren” el derecho (STC 976, C. 43º), “debiendo ser interpretadas y practicadas en armonía con el reconocimiento y tutela del derecho a la protección de la salud” (STC 976, C. 56º).

Resulta interesante revisar el contenido de esta sentencia, puesto que a menos de cinco años de su promulgación comienza a avizorarse la consolidación de una línea jurisprudencial que excede el ámbito del derecho a la salud, construyendo una argumentación común para la protección de los derechos sociales en general. De esta forma, la STC 1852 (que abre una línea jurisprudencial en la protección constitucional del trabajo) cuestiona expresamente la facultad del empleador de manejar discrecionalmente los turnos

de los trabajadores, en especial cuando ello redundaría en una prolongación excesiva de la jornada de trabajo y en una consecuente limitación del tiempo libre de que dispone el trabajador. El Tribunal afirma que ello vulnera los derechos del trabajador, por cuanto lo sujeta a una jornada cuya duración no es vista como razonable, al afectar seriamente su debido descanso (C. 7°). Existe una evidente relativización del valor de la autonomía de la voluntad en la relación contractual para la determinación de las condiciones de trabajo, la que no solo deriva de la legislación específica, sino de la propia protección constitucional del trabajo. En definitiva, estamos en presencia de un cambio en la preponderancia de los criterios de interpretación constitucional: la combinación entre la técnica del originalismo y los criterios privatistas han cedido lugar a una hermenéutica no cognoscitivista que se construye desde criterios iuspublicistas que reconocen el efecto irradiación que presentan los derechos fundamentales y su primacía en las relaciones entre particulares.

Ambas líneas argumentales comparten una matriz común: aun cuando se trata de conflictos constitucionales que surgen de las relaciones contractuales entre particulares, el Tribunal distingue con claridad el interés constitucionalmente protegido para construir una argumentación que lo resuelva. Así, tanto en los fallos de salud como en los recientes fallos relativos a la protección de las condiciones laborales, el Tribunal ha relativizado la dimensión privado/contractual de los conflictos y los ha resuelto en clave de Derecho Público, es decir, desde la protección constitucional de los derechos

fundamentales. Sin perjuicio de la existencia de importantes puntos de encuentro, finalmente se trata de disciplinas diferentes que reconocen, recíprocamente, una serie de especificidades, las que se definen al aplicar el Derecho pertinente a cada conflicto. De esta forma, el Tribunal Constitucional identifica con precisión aquellos elementos que, provenientes de otras disciplinas, comprometen el legítimo ejercicio y protección de los derechos fundamentales. Los criterios de protección de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual ceden ante el efecto irradiación de los derechos, en especial cuando los particulares realizan una actividad económica al servicio del deber principal del Estado de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales.

Conclusiones

1. El contenido normativo de las disposiciones constitucionales no se encuentra petrificado en el texto de la Norma Fundamental, en particular dado que esta se estructura desde enunciados abiertos e indeterminados cuya concreción requiere, necesariamente, de un acto hermenéutico posterior al normativo. En este espacio de interpretación iusfundamental, se abre la posibilidad de una mutación del ámbito de protección constitucional, por cuanto la práctica puede experimentar cambios más o menos significativos, a partir de la consolidación de diversas concepciones de aquello que la Carta protege. De esta manera, lo que la Constitución protege depende, al menos en alguna medida, de cómo se

valoran los elementos principales de su iusfundamentalidad, lo que se construye a partir de una interpretación suficientemente bien argumentada.

En el marco del Estado constitucional de Derecho, el fenómeno de la mutación adquiere una significación positiva, toda vez que la indeterminación del texto constitucional puede ser entendido como una garantía de libertad política a favor de la sociedad, que podrá concretizar el contenido de la norma iusfundamental a través de la deliberación democrática en sede legislativa. Ello evita la petrificación del ordenamiento constitucional, cuya radicalización contribuye a la erosión de su legitimidad, toda vez que el dinamismo de las estructuras sociales presiona permanentemente sobre un ordenamiento jurídico que regula dichas relaciones. Este dinamismo puede profundizar la brecha entre normatividad y normalidad constitucional, riesgo que se relativiza ante el fenómeno de la mutación constitucional y la apertura de las normas iusfundamentales.

2. La protección constitucional de los derechos fundamentales de carácter social, en especial el derecho a la protección de la salud y el derecho al trabajo abordados en la presente investigación, han experimentado una significativa transformación impulsada por la interpretación constitucional en sede jurisprudencial. En efecto, dos grupos de sentencias del Tribunal Constitucional promulgadas entre los años 2008 y 2013, dan cuenta de cómo ha comenzado a consolidarse un cambio en la concepción de estos derechos sociales, que

abandona progresivamente –aunque, quizá, no en forma definitiva– la conceptualización que de ellos se hizo en el período que se inicia en 1973 al alero de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución. Esta transformación se verifica en una comprensión no cognoscitivista de la interpretación jurídica, en virtud de la cual el Tribunal entiende que no existe un único contenido posible que se desprenda pura y simplemente del enunciado normativo del texto iusfundamental, lo que le permite argumentar a favor de aquella interpretación que mejor favorezca la protección de los valores garantizados constitucionalmente.

3. La mutación en la garantía constitucional de los derechos sociales en estudio, se estructura sobre la base de una serie de factores que pueden ser comprendidos bajo la siguiente caracterización: los derechos fundamentales constituyen bienes de rango constitucional, razón por la cual su protección se encuentra determinada por un ordenamiento iusfundamental indisponible para los particulares prestadores o contratantes de servicios. El Tribunal Constitucional ha reconfigurado el estatuto de los particulares que prestan servicios para el ejercicio de derechos fundamentales de carácter social, a través de dos instituciones centrales: el efecto irradiación de los derechos fundamentales y la obligación principal del Estado en la garantía de los derechos. Mientras el primero supone reconocer la dimensión de derecho objetivo de los derechos, estableciendo límites tanto al ordenamiento jurídico infraconstitucional como a los contratos entre particulares, el segundo ha permitido invertir la

conceptualización tradicional del principio de subsidiariedad, ya que al ser el Estado el obligado principal en materia de garantía de derechos fundamentales, los particulares que participan del sistema lo hacen en subsidio del mismo y, en consecuencia, se someten a un régimen de lo público que les es indisponible en la esfera contractual.

La reconfiguración de este estatuto jurídico permite garantizar el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales de carácter social con prescindencia de los criterios privatistas de interpretación constitucional, que han quedado relegados a un segundo plano. Así, principios tales como la autonomía de la voluntad y la libertad contractual han cedido ante la jerarquía iusfundamental de los derechos protegidos. El Tribunal Constitucional ha reconocido que este estatuto garantiza bienes constitucionales que protegen importantes dimensiones vitales de las personas, como lo son la salud y el trabajo. El grado de fundamentalidad que les atribuye el ordenamiento constitucional ha llevado al Tribunal a configurar un estatuto que se impone a la libertad contractual característica del derecho privado.

Esta reconfiguración, en virtud de la cual es posible afirmar que se verifica el fenómeno de la mutación constitucional, supone la incorporación de elementos constitucionales ausentes en la interpretación constitucional más tradicional. En primer lugar, la consideración de las condiciones materiales de ejercicio de los derechos fundamentales, las que no solo forman parte del espacio efectivo protegido por la garantía

constitucional, sino que, además, no pueden quedar a merced de las condiciones fijadas por la libertad contractual de los prestadores de servicios. Ni las Isapres pueden determinar cómo se ejerce el derecho a la salud, ni los empleadores pueden desconocer el ámbito de protección constitucional del trabajador, ampliando el contenido del derecho a la protección del trabajo propiamente tal. En segundo lugar, la explícita valoración de la especificidad de estos derechos fundamentales, que supone reconocer el especial ámbito vital que garantiza la Constitución y que sirve de base para la configuración de su fundamentación; concretamente, el reconocimiento de la dignidad del trabajador como fundamento del derecho al trabajo.

CAPÍTULO 4

*Justiciabilidad de los
derechos sociales
(a propósito de una argumentación
de Fernando Atria)*

EN CHILE, LOS MOVIMIENTOS ESTUDIANTILES Y SOCIALES que desde el año 2011 promueven formas de concebir e institucionalizar el derecho a la educación distintas de las actualmente existentes, han sido tematizados diversamente. Uno de sus teóricos, Fernando Atria, ha alimentado con argumentos la discusión más amplia acerca de los derechos sociales. En su reciente libro, *Derechos sociales y educación*, retoma un artículo suyo del 2004, agregando algunas ideas que entonces no había elaborado.⁷³ Atria adopta en su propia terminología la tesis de Marshall: las instituciones que se siguen de derechos sociales tienen un régimen (el de “lo público”) que las distingue de los bienes de consumo sometidos a las reglas mercantiles. Es por esto por lo que Atria puede lanzar un desafío al constitucionalismo chileno, particularmente al progresista que defiende la justiciabilidad de tales derechos:

73 Vid. Fernando Atria, “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones*, 4 (2004): 15-59 y Fernando Atria, *Derechos sociales y educación* (Santiago: Lom, 2014).

esto es lo que pierden de vista los defensores “progresistas” de los derechos sociales, que creen que pueden dejar todo (en particular el mercado) tal como está y añadirle acciones de protección para evitar los abusos más graves (como las decisiones de establecimientos educacionales que solían expulsar a estudiantes embarazadas). Los derechos sociales son ideas cuyo sentido profundo no está en la teoría normativa, sino en la configuración de instituciones de ciudadanía. Por eso, en lo que resta de este libro estaremos discutiendo sobre instituciones, no sobre teorías. Nuestro tema será no el contenido abstracto de los derechos sociales, sino las formas institucionales que realizan o niegan su dimensión de ciudadanía. Quizás este es el punto adecuado para notar cómo es que, pese a que los juristas que reflexionan sobre los derechos fundamentales han estado hablando y escribiendo intensamente sobre derechos sociales durante las últimas décadas, en la discusión actual sobre el paso de la educación como mercancía a la educación como derecho social ellos no tienen nada que decir. Es decir, precisamente cuando es necesario pensar en instituciones de derechos sociales, la reflexión jurídica sobre derechos sociales se muestra enteramente inútil.⁷⁴

Los derechos sociales, en este sentido, serían algo de lo que no debe hablarse con la categoría subjetiva de derechos

74 Fernando Atria, *Derechos sociales y educación*: 83-84.

concreta y particularmente exigibles mediante acciones de protección u otras por el estilo. ¿Qué decir de semejante desafío? Procedamos por pasos contados, exponiendo ante todo el argumento de Atria.

1. Los derechos sociales, el derecho liberal y la escasez

Dice Atria que el progresismo malentiende a los derechos sociales cuando los pretende defender por la vía de volverlos justiciables, de asociarlos a los derechos subjetivos judicialmente exigibles. Derechos sociales y derechos subjetivos (como los civiles y políticos) son diferentes no solo por su contenido, sino también por su estructura o forma. Los derechos subjetivos son típicamente derechos subjetivos del “derecho liberal”, cuyo propósito es permitir la interacción de individuos autointeresados excluyendo solo ciertas conductas fraudulentas o amenazadoras. Para perfilar mejor esta tesis, Atria critica la distinción que traza Höffe entre derechos individuales y derechos sociales:

a) Que los individuales sean negativos y los sociales positivos o de prestación es algo que solo puede decirse superficialmente. Es claro que “toda acción se puede describir como una omisión,”⁷⁵ y que entonces los derechos negativos son unos derechos respecto de los cuales no se puede

75 *Ibidem*, 39.

fundar un deber capaz de transformar (“meras”) omisiones en formas de comisión por omisión. Dicho de otro modo, no es mirando al aspecto activo de los derechos de libertad negativa (es decir, al interés que protegen) que encontraremos la explicación, sino atendiendo a la posición previa a la que se encuentran sus sujetos pasivos (libres de estos deberes antecedentes).⁷⁶

b) Además, que los individuales no sean sensibles a la escasez como sí lo son los sociales tampoco es menos superficial. En rigor, todo derecho (individual y social) es sensible a ciertas circunstancias en las que puede ser derrotado por imponer “al deudor una carga exagerada.”⁷⁷ La dependencia no es sino respecto de estas circunstancias, lo que, tratándose de los derechos sociales, significa normalmente que las circunstancias que derrotan a tales derechos se configuran como “escasez material.”⁷⁸

c) Y la dependencia de las condiciones culturales vale también para derechos individuales y sociales: por ej. la negligencia característica de la culpa no puede entenderse prescindiendo de estándares que son evidentemente dependientes de consideraciones culturales.⁷⁹

76 Ídem.

77 *Ibidem*, 41-42.

78 Ídem.

79 *Ibidem*, 43.

La estructura de los derechos sociales, por ende, se difumina al interior del derecho liberal. Cuando tales derechos sociales están injertados en un cuerpo extraño de derecho liberal se vuelven inestables. Entonces, se asimilan a los derechos subjetivos normalizándose como ellos (derechos indiferentes a la cooperación), o bien se transforman al cuerpo receptor salvando así su dependencia de la cooperación y de la existencia de deberes recíprocos. En el caso de los derechos individuales, dice Atria, la determinación de su sujeto activo permite determinar *eo ipso* su(s) sujeto(s) pasivo(s) y la acción debida por parte de este(os). Por el contrario, los derechos sociales determinan claramente su lado activo, pero no el pasivo. Esto hace necesario salvar la brecha entre uno y otro aspecto, es decir, entre (el titular de un) interés y (el titular de un) deber. Para fundar el deber de alguien no basta con decir que para otro sería beneficioso (iría en su interés) gozar de tal o cual cosa. Se requiere algo más. Solo parecen haber dos formas típicas de salvar esa brecha. Una es la del contractualismo para el cual “la igualdad es políticamente irrelevante,”⁸⁰ y que conduce a políticas focalizadas para proteger a los individuos de la pobreza a través de prestaciones mínimas (p. 51). Rawls es contractualista, y por eso su segundo principio de justicia (el principio de diferencia) avoca a un mínimo para favorecer a los más pobres. El contractualismo, según Atria, es insanablemente individualista.

80 *Ibidem*, 52.

Otra forma es la de la ciudadanía. Es precisamente la idea de Marshall, que ciertamente adopta y, convenientemente adaptada, defiende Atria. Los derechos sociales, en tanto que dan sustancia a la ciudadanía, son “ciertos aspectos del bienestar de cada uno que son responsabilidad de todos.”⁸¹ Son derechos no naturales (prepolíticos) sino estrictamente políticos, pues descansan en la “idea de la realización recíproca.”⁸² Por eso yerra el progresista que pretende la exigibilidad judicial de los derechos sociales, porque tal pretensión es indisoluble de la de reducir estos derechos a derechos individualistas que apuntan a un mínimo, unos derechos que en el fondo así se pliegan a la estructura profunda de los derechos subjetivos, los cuales no descansan en la idea de realización recíproca. La idea de derecho social, según Atria, es realista no para el contractualismo (porque en un estado de naturaleza o posición original todos somos más bien autointeresados, y esto tanto para el hobbesiano como para el rawlsiano), sino para una versión histórica de la justicia, según la cual al vivir juntos se va aprendiendo, no sin retrocesos, que los intereses ajenos pueden ser parte de mi propio interés. La acusación de utopismo (que hace un liberal) y la de lentitud (que hace un izquierdista) acechan siempre a una idea historizada de la justicia. Pero son contestables con la idea de “bien interno a una práctica” de MacIntyre: el bien interno a la práctica política, en este caso, no es un contenido proposicional memorizable y

81 *Ibidem*, 51.

82 *Ibidem*, 51-52.

repetible acerca de un punto futuro para llegar a él lo más rápido que sea posible y por cualquier vía que sea practicable, sino algo que solo se aprende viviendo con otros bajo ciertas instituciones en un movimiento constante e interminable, porque –como dice Marshall– “la meta está moviéndose perpetuamente hacia adelante” [es cita de *Citizenship and Social Class*, p. 35].⁸³ Así, las instituciones van anticipando, todo lo imperfectamente que se quiera, la idea de comunidad que se pretende. Por ello, “la ley es la voluntad de una comunidad sin comunidad de voluntades”⁸⁴. Hay algo muy real en instituciones que realizan, aunque sea parcialmente, alguna comunidad de intereses, como el NHS británico: he allí además una lenta pedagogía, la que no puede desacoplarse de los medios utilizados para ir anticipando el fin deseado ni puede apurarse más allá de lo que los individuos pueden ir aprendiendo cuando las diseñan y viven dentro de ellas.

Ahora bien, a esta pedagogía institucional según la cual la justicia va tomando cuerpo en la historia, suele oponerse la evidencia económica de la escasez: ¿cómo habrían de ser derechos aquellas pretensiones que se refieren a la distribución de bienes tan escasos y costosos como la educación, la salud o la vivienda? Atria elabora la siguiente respuesta. Tanto el mercado como los derechos sociales son modos de distribuir bienes escasos. Muy ilustrativamente, puede sacarse

83 *Ibidem*, 76.

84 Atria, *Los derechos sociales y la educación*, 76.

provecho del notable paralelo de la institucionalización de un derecho social con la quiebra:

esta es la dimensión especialmente instructiva del procedimiento de quiebra para nuestra discusión sobre derechos y escasez: el hecho de que sea fácticamente imposible satisfacer los créditos no debe llevarnos a decir que entonces los acreedores no tienen igual derecho a ser pagados; que, por ejemplo, aquellos cuyos créditos se hacen exigibles antes que otros tienen más derecho a ser pagados que los otros. El derecho a ser pagado implica que cuando se teme que no puedan ser pagados todos, es necesario un procedimiento que les garantice igualitariamente a todos la mayor posibilidad de pago de sus créditos. El procedimiento de quiebra muestra que el hecho de que los acreedores tengan derecho al pago de sus créditos tiene dos dimensiones, no una. En la primera dimensión, que tengan derecho a ser pagados significa que es ilícito que no lo sean [...] Pero del hecho de que los acreedores tengan derecho a ser pagados no se sigue que el deudor tendrá / siempre recursos disponibles para pagar todas sus deudas. Cuando no los tiene, entonces el hecho de que todos los acreedores tengan el mismo derecho a ser pagados muestra su segunda dimensión. Ahora el procedimiento de pago debe reconocer a cada acreedor el mismo derecho, y por eso debe producirse un concurso de acreedores: un procedimiento al que todos concurren de

modo que todos puedan ser pagados a prorrata de sus créditos.⁸⁵

El acreedor no puede pagar arbitrariamente al deudor que él decida privilegiar, sino que, como los bienes del deudor son insuficientes para pagar todas sus deudas,

lo que la ley busca es que el pago sea igualitario entre los acreedores, es decir, que todos sean pagados en la mayor medida posible [...] El derecho de todos los acreedores es igual, y eso exige un procedimiento de realización conjunta de los bienes y pago a todos los acreedores.⁸⁶

Entonces, cuando hay procedimiento de quiebra, los intereses de los acreedores dejan de oponerse, como antes, y se produce una comunidad de intereses. La analogía es ostensible. Cuando se dice que los sociales no son verdaderos derechos porque su objeto son bienes escasos, se incurre en una confusión: “del hecho de que dadas las restricciones materiales no pueda darse satisfacción plena a todos no se sigue que nadie entonces tenga derecho, sino que los recursos escasos han de distribuirse entre todos los que tienen derecho de modo que todos reciban la mayor satisfacción posible.”⁸⁷

85 *Ibidem*, 58-59.

86 *Ibidem*, 59.

87 *Ibidem*, 61-62.

En suma: la propuesta de Atria no despoja de valor a los derechos sociales. La justiciabilidad que Atria recusa es un problema de la estructura de los derechos sociales cuando son tratados como si tuvieran la misma estructura que los derechos de matriz subjetiva. Por ello, también tiene palabras críticas para aquellos que han querido ver en su propuesta un rechazo a la idea de:

la tentación de entender los derechos sociales como derechos que pueden ser judicialmente protegidos (es decir, derechos a un mínimo) debe entonces ser constantemente rechazada, teniendo presente que será defendida por quienes se entienden a sí mismos como “defensores” de los derechos sociales. Eso hace inevitable que ocasionalmente aparezcan quienes entienden que por objetar la “exigibilidad” judicial de los derechos sociales uno es “contrario a ellos”.⁸⁸

A este equívoco Atria responde así:

para mi sorpresa, algunos lectores de mi antiguo artículo “¿Existen derechos sociales?” han entendido que la tesis sostenida en este libro sobre los derechos sociales es incompatible con la sostenida en ese artículo, porque mientras este libro afirma la existencia de los derechos sociales, ese artículo la habría negado. Eso no es así. La tesis del artículo era en lo relevante la

88 *Ibidem*, 81-82.

misma que aquí, que los derechos judicialmente exigibles a un mínimo no son derechos sociales. Pero esto no es porque no haya derechos sociales, sino porque estos son derechos de ciudadanía.⁸⁹

2. ¿Derechos sociales no justiciables?

Lo menos que cabría decir de esta idea de los derechos sociales no susceptibles de ser justiciados es que ha sido desafiada práctica y teóricamente. Tal desafío, todo hay que decirlo, tiene el defecto de entretener la judicialización ordinaria de tales derechos con su judicialización constitucional abstracta, algo que convendrá ir separando cuidadosamente. Es lo que hemos de ver a continuación.

2.1. Los derechos sociales en Alemania

Ha sido desafiada, primeramente, por otras teorías de los derechos fundamentales. La teoría de Alexy, elaborada no en un estado neoliberal como el chileno, sino en uno de bienestar de larga data como el alemán, postula la justiciabilidad (también constitucional) de los derechos sociales. Precisamente en un estado en el que la educación, la salud, la vivienda y la seguridad social se han configurado institucionalmente no como bienes de mercado, sino como campos institucionales donde hay un interés común y donde ciertos

89 *Ibidem*, 82.

ámbitos de la realización humana se entienden gobernados por una básica reciprocidad, Alexy, creemos, ayuda a clarificar el estatuto normativo de los derechos sociales. Respecto de derechos sociales fundamentales como el derecho a la educación, dice, habría que precisar, primero, si son vinculantes –de modo que su vulneración sea declarada por la jurisdicción constitucional– o si no son vinculantes, en ambos casos si son derechos subjetivos o si son normas que obligan al Estado solo objetivamente, y también en todos esos casos si pueden fundar derechos y deberes definitivos –reglas- o solamente *prima facie* –principios–.

Segundo, Alexy agrega que los sociales son derechos presenciales en sentido estricto: “son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado un oferta suficiente- podría obtener también de los particulares.”⁹⁰ Por lo mismo, su razón de ser radica en (a) que una libertad jurídica (de hacer u omitir algo) sin libertad fáctica (o material o real) de poder elegir no vale nada, y en (b) que en las condiciones contemporáneas esto requiere de la actividad estatal.⁹¹ Alexy, se diría, considera la vía sugerida por Atria de la no subjetivización liberal y judicializante de los derechos sociales. Y es que podría la Constitución pretender “crear la libertad fáctica, sin llegar por ello a admitir la existencia de

90 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008): 443.

91 *Ibidem*, 446-447.

derechos sociales fundamentales”, con lo que esta libertad fáctica quedaría en manos del proceso político. Entonces los derechos sociales no serían judicialmente exigibles. Siendo semántica y estructuralmente indeterminados, esa indeterminación suya no podría ser resuelta con medios jurídicos: “[y] si el derecho carece de pautas suficientes, entonces la decisión acerca del contenido de los derechos sociales fundamentales es un asunto de la política”,⁹² lo que es tanto como decir que “la decisión sobre el contenido de los derechos sociales fundamentales no cae dentro de la competencia de los tribunales de justicia sino dentro de la competencia del ‘legislador directamente legitimado por el pueblo’.”⁹³

Empero, Alexy discrepa de dicha vía y explora esta otra: que en general los derechos sociales sean considerados fundamentales en el sentido de vinculantes derechos subjetivos (y por lo mismo judicialmente exigibles) que mandan definitivamente alguna prestación en favor de sus titulares, siempre en el entendido de que “son tan importantes que su atribución o denegación no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple.”⁹⁴ Entonces sería el caso que “la libertad que los derechos fundamentales deben asegurar incluye la libertad fáctica”, lo que equivaldría a afirmar que “la libertad fáctica es iusfundamentalmente relevante”, y no

92 *Ibidem*, 450.

93 *Ibidem*, 451.

94 *Ibidem*, 454.

solo formal sino también materialmente. En otras palabras, “habrá que considerar que una posición jurídica prestacional está definitivamente garantizada por los derechos fundamentales si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales contrapuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) se afectan en una medida relativamente reducida a causa de la garantía iusfundamental de la posición jurídica prestacional y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta. En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos sociales fundamentales mínimos, es decir, por ejemplo, el derecho al mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica.”⁹⁵

¿Y la escasez? Por sí misma, no permite inferir que tales derechos sociales fundamentales no existan, pues estos son indispensables y, aunque haya “poco que distribuir,”⁹⁶ siempre hay ponderaciones que realizar para satisfacer estos mínimos flexiblemente, ponderaciones que conducen “a diferentes derechos definitivos.”⁹⁷ ¿Y la exigibilidad judicial?

95 *Ibidem*, 454-455.

96 *Ibidem*, 455.

97 *Ibidem*, 456.

No es más problemática, piensa Alexy, que en el caso de los derechos fundamentales tradicionales, y en todo caso, cree, si bien la existencia de un derecho no puede depender solamente de la exigibilidad judicial, un derecho que existe tiene que ser también exigible judicialmente. En modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante: puede no solo declarar una inconstitucionalidad, sino también fijar plazo al legislador para que produzca determinada legislación coherente con la constitución y aun llegar a formular directamente cierto mandato constitucional.⁹⁸ Y aunque la ponderación que ha de ejecutar la justicia constitucional supone que lo debido en principio, *prima facie*, es más que lo que se debe definitivamente, ya como regla, esto no tiene por qué desembocar en ilusiones y frustraciones. La ponderación de derechos *prima facie* es perfectamente racional, puesto que tal proceso de fundamentación jurídica consiste en sopesar razones favorables y contrarias a su determinación como derechos definitivos.

Así, los derechos sociales definitivos a una prestación dependen de que se le haya concedido en la ponderación mayor peso a la libertad fáctica que a la jurídica y que a principios como la competencia del legislador democrático. Estos derechos ya no son excesivos como los derechos *prima facie*. Lo mismo habría que decir de los deberes correlativos a estos derechos sociales: son siempre vinculantes –nunca meramente programáticos–, pero además son excesivos

98 *Ibidem*, 456.

cuando son *prima facie*, perdiendo luego de la ponderación judicial ese rasgo y volviéndose entonces no solo vinculantes sino precisamente definitivos. Por ello, “un deber *prima facie* puede, si no existe ninguna razón aceptable para su no satisfacción, conducir a un deber definitivo; pero un deber no vinculante nunca podría conducir a ello.”⁹⁹ El control judicial no recae, en suma, en el cumplimiento del deber *prima facie*, sino en el del deber definitivo; allende los límites de lo debido definitivamente aparecen exigencias dirigidas al legislador, quien si cumple con ellas “cumple normas de derecho fundamental, aun cuando para ello no esté obligado definitivamente” ni tampoco sometido a *Judicial Review*.

Pensando también en el contexto alemán, en Chile E. Aldunate matiza ideas como las de Alexy y adopta las de Ernst-Wolfgang Böckenförde (aproximándose así a Atria, pero sin identificarse con él)¹⁰⁰. Dice: el escenario menos deseable, aunque posible, es el de una consagración constitucional de derechos sociales (en el sentido de derechos de prestación que expanden “las posibilidades fácticas de acción de los individuos” y garantizan “posibilidades de actuación que no preexisten a su consagración sino que son aportadas por la

99 *Ibidem*, 460.

100 Vid. Eduardo Aldunate, “De los derechos sociales de prestación al gobierno aristocrático: una discusión sobre el concepto de derechos sociales y su exigibilidad ante los tribunales”, en *Anuario de Derecho Público*. (Santiago: Universidad Diego Portales, 2014): 21-42.

actividad estatal”¹⁰¹), con un contenido constitucionalmente indeterminado y abierto, de cuya precisión queda encargado un órgano jurisdiccional. Preferible a esto -que parece desembocar en una forma gubernamental aristocrática (¡el gobierno de los jueces!)- es que haya, como en Alemania, una cláusula que asegure el carácter social del Estado (la del art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn, puesta en relación con los arts. 1 y 2 de la misma), cuya determinación en derechos precisos (desde el punto de vista de su contenido y de las prioridades de su aplicación) queda encomendada a la legislación y luego en el detalle a la administración (siempre dentro del “límite de lo fácticamente posible”¹⁰²), reservando la garantía de la jurisdicción únicamente para el final, cuando ya “se ha definido el modo, la extensión y la medida en que se dará ese acceso [y participación en una fracción de los bienes” vitales necesarios].”¹⁰³ Esto último no obsta a que los derechos sociales en Alemania, sea que (algunos) tengan rango constitucional, sea que (solo) resulten de la combinación de los arts. 1, 2 y 20 de la Ley Fundamental, sí tengan eficacia normativa, pues tales derechos constitucionalmente fundamentados imponen

cometidos legislativos para la configuración de las respectivas prestaciones, con un triple contenido

101 *Ibidem*, 41.

102 *Ibidem*, 42.

103 *Ibidem*, 39.

normativo: en primer lugar, sustrae dichos objetivos del libre juego político que se desarrolla bajo la Constitución; en segundo lugar, sirve para enjuiciar la absoluta inactividad del legislador o los casos de grosera negligencia; y, por último, permite declarar inconstitucional la mera remoción del nivel de prestaciones garantizadas o su reemplazo por otras de menor entidad prestacional sin un fundamento gravitante.¹⁰⁴

He aquí el modelo alemán, en el que se combina unas instituciones de seguridad social muy anteriores a la constitución actualmente y precisadas legislativa y administrativamente vigente, con una justiciabilidad no solamente encargada a los tribunales ordinarios sino también a un tribunal constitucional tan poderoso que es capaz de emitir sendas declaraciones de inconstitucionalidad legal o administrativa.

2.2. Los derechos sociales en el Reino Unido

En cambio, donde al parecer encuentra mayor aceptación la tesis de derechos sociales no justiciables es en el Reino Unido. Como es fama, Marshall propuso en 1949 que en Gran Bretaña se habría producido en los últimos 250 años una triple profundización de la ciudadanía, la que comenzó con la consagración de derechos civiles en el s. XVIII, prosiguió con la de los derechos políticos en el s. XIX y culminó en el XX con la de

104 *Ibidem*, 39-40.

los derechos sociales. Son, dice, tres elementos de la ciudadanía¹⁰⁵. Estos derechos sociales abarcan “todo el espectro, desde el derecho a la seguridad y a un mínimo bienestar económico, al de compartir plenamente la herencia social y vivir la vida de un ser civilizado conforme a los estándares predominantes en la sociedad,”¹⁰⁶ por lo cual las instituciones más claramente asociables a estos derechos serían no los tribunales, ni el parlamento ni los gobiernos locales, sino “el sistema educativo y los servicios sociales.”¹⁰⁷ ¿Cabe generalizar, más allá de la experiencia británica, esta tesis acerca de los derechos sociales? Dice Marshall que la ciudadanía se ha ido enriqueciendo con cada nuevo tipo de derechos y que ella, aunque “supuso un principio de igualdad”, sin embargo, ha legitimado una cierta desigualdad social, si bien limitadamente en la medida en que limita el funcionamiento del mercado¹⁰⁸. Marshall muestra avatares de los derechos sociales y la ciudadanía a propósito de la regulación de la legislación fabril, del sindicalismo, la tributación, la educación, la vivienda, los seguros sociales. En particular, cree que los derechos sociales pueden no hacer desaparecer las clases sociales, pero sí disminuir la envergadura de las diferencias entre ellas: “ya no basta con elevar el

105 Vid. T. H. Marshall, “*Ciudadanía y clase social*”, en T.H. Marshall y Tom Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, trad. P. Linares (Madrid: Alianza, 1992): 22-26.

106 *Ibidem*, 23

107 *Ídem*.

108 *Ibidem*, 21-22 y 40.

nivel más bajo del edificio social, dejando intacta la superestructura”, más bien habría que remodelar “todo el edificio, y podría ser que el rascacielos se convirtiera en un chalé.”¹⁰⁹ Gracias a los derechos sociales “la norma del bienestar social no es a compra del servicio, sino la provisión del mismo.”¹¹⁰ Por lo mismo, estos derechos no siguen el tipo de los individuales judiciales, pues en un “Estado democrático socialista [...] la obligación del Estado es para con toda la sociedad, cuyos problemas se reparan en el parlamento o en un consejo municipal, y no para los ciudadanos individuales, cuyas reparaciones están adscritas a un tribunal de justicia, o al menos en un casi tribunal de justicia.”¹¹¹ La igualdad de oportunidades no obsta a la existencia de desigualdades sociales, siempre que se eliminen “los privilegios de la herencia”: tal “es un derecho igual a ser reconocido como desiguales.”¹¹² Entonces, si modernamente el contrato tiene un lugar primordial en los sistemas jurídicos, habría que decir que los derechos sociales suponen “una invasión del contrato por estatus” de ciudadanía. Mientras el incentivo típico del mercado es el beneficio personal, “el que corresponde a los derechos sociales es el deber público.”¹¹³ Así, pueden tolerarse las desigualdades si no

109 *Ibidem*, 52.

110 *Ibidem*, 60-61.

111 *Ibidem*, 62.

112 *Ibidem*, 67.

113 *Ibidem*, 74.

son el mero fruto de “privilegios heredados”, vale decir, “en el seno de una sociedad fundamentalmente igualitaria.”¹¹⁴ Lo cual implica combinar la justicia social con la necesidad económica, en el entendido de que “la sociedad debe garantizar los aspectos esenciales de una vida segura y decente, sea cual fuere el dinero que se gane.”¹¹⁵

Jiménez sigue solo en parte la estela de Marshall, puesto que admite cierta justiciabilidad de los derechos sociales en el caso del Reino Unido. Este caso, dice, puede verse como uno en que, sin haber constitucionalización de derechos sociales, hay un acentuado escepticismo acerca de su justiciabilidad (y de la posibilidad de activismo judicial) y un fuerte compromiso con el valor político de este tipo de derechos, el que se refleja “en la existencia de un Estado de bienestar razonablemente bien constituido”.¹¹⁶ Como se sabe, el británico es un modelo de *weak judicial review* en el que los jueces pueden declarar la incompatibilidad de una ley con los derechos de la *Human Rights Act* sin afectar la validez de la misma, pero conservando el parlamento la ‘última palabra’ respecto de derogar, modificar o aun mantener tal legislación y asumiendo en este último sentido el costo político y el deber de señalar explícita y públicamente tal afectación de derechos. Respecto de la constitucionalización de derechos

114 *Ibíd.*, 75.

115 *Ibíd.*, 80.

116 *Ibíd.*, 45.

sociales, en el Reino Unido se ha debatido últimamente esta cuestión, y un informe del Comité conjunto sobre derechos humanos del parlamento de 2008 concluyó afirmativamente y recomendó aproximarse al modelo constitucional sudafricano de revisión judicial tenue de unos derechos que se han de desarrollar sobre todo a través del proceso democrático: “los individuos no pueden exigir directamente a los jueces el cumplimiento de sus derechos sociales, pero los tribunales sí están habilitados para controlar las medidas legislativas y administrativas que se adopten para alcanzar la realización progresiva de esos derechos, bajo un estándar de razonabilidad.”¹¹⁷ Jiménez cree que mientras la judicialización de los derechos sociales es controvertible, es casi pacífico que “la constitucionalización de los derechos sociales es una manera correcta para formalizar un compromiso político respecto de ellos.”¹¹⁸ Conor Gearty, por ej., es un profesor progresista de la London School of Economics que critica no la idea de derechos sociales sino el olvido de la dimensión política de estos, que cree que hay que evitar la judicialización de los mismos y entregar su desarrollo a parlamentos y gobiernos, y que piensa que los jueces pueden conservar un poder secundario de fiscalización para que “las autoridades políticas cumplan sus responsabilidades en esta materia.”¹¹⁹ En el Reino Unido se aprecian casos en los que los jueces

117 *Ibidem*, 50.

118 *Ibidem*, 52.

119 *Ibidem*, 54.

han intervenido razonablemente tomando algunas decisiones a propósito de derechos sociales, reconociendo su rango político de primera magnitud pero manteniendo un trato deferente y equilibrado para con el parlamento y el gobierno. Esto puede ser útil para la discusión chilena, cree Jiménez, pues “salvo que se tenga una oposición política a los derechos sociales (lo que debería explicitarse, si fuera el caso), el esfuerzo debe concentrarse en refinar las tal vez humildes herramientas jurídicas que deben existir en un contexto de Estado social y democrático de derecho, como al que aspira la mayoría de la sociedad chilena.”¹²⁰

2.3. Jurisprudencia comparada

Pero, además, la tesis según la cual los derechos sociales no son justiciables ha sido intensamente desafiada por otras instituciones y prácticas nacionales e internacionales que sí los protegen con algunos mecanismos de justiciabilidad tanto constitucional como ordinaria. El derecho comparado es claro al respecto. Examinar algunos ejemplos puede ser ilustrativo.

120 *Ibidem*, 64.

Así, la experiencia sudafricana –con los casos Grootboom y TAC¹²¹– ofrece lecciones¹²². Como que la revisión judicial puede ayudar a detectar y corregir puntos ciegos o cargas inerciales que afectan al proceso legislativo y que, tratándose de la cara positiva de los derechos socioeconómicos, parece preferible una forma de intervención judicial que combine una afirmación débil de derechos con una dictación de

121 Irene Grootboom y más de 900 personas que vivían en condiciones degradantes pretendieron un reconocimiento al derecho a la vivienda previsto en la Constitución sudafricana. El poder público había prometido mejorar las condiciones de vida de los vecinos del barrio Wallecedene con un programa de financiamiento de bajo costo. Sin embargo, transcurrieron siete años sin que el programa fuese adoptado. Los vecinos de ese barrio abandonaron el lugar y ocuparon un predio particular, ante lo cual el propietario obtuvo una orden de desalojo que hizo que los ocupantes fueran reubicados en el campo deportivo de Wallecedene. Por ello, Irene Grootboom y otros recurrieron a la Corte Suprema para exigir el cumplimiento de la Constitución. La Asociación *Treatment Action Campaign* (TAC), que solicitó al poder público que la proveyera de la droga Nevirapina para el tratamiento de mujeres embarazadas portadoras de VIH, pues tal droga previene la transmisión del virus al bebé, tuvo que recurrir a la Corte Suprema invocando el derecho a la protección de la salud.

122 Respecto de estos casos, seguimos a Rosalind Dixon, “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, en comp. Roberto Gargarella, *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, trad. H. Salas (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014), Roberto Gargarella, *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, trad. H. Salas (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014): 51-61.

medidas disciplinarias más bien fuertes de seguimiento de decisiones. El caso Mendoza,¹²³ en Argentina, proporciona otras tantas pistas, mostrando *in actu exercito* a un tribunal realizando actividad no de adjudicación sino con contornos también institucionales y que permite al propio proceso democrático corregir sus falencias, en el que es un buen ejemplo de litigio de corte experimental con énfasis en medidas de seguimiento del cumplimiento de la sentencia más bien fuertes e inusualmente (al menos desde la perspectiva de la adjudicación tradicional) cooperativas y dialógicas:

en este caso, la Corte [Suprema de Argentina] ha puesto de manifiesto una forma de acercamiento a las obligaciones jurídicas más informal y menos categórica que la desplegada en otras experiencias de judicialización de la salud. Al hacerlo, ha puesto a prueba su capacidad de abordar las dimensiones institucionales de los derechos, una capacidad que contrasta con una visión que entiende el mandato de proteger, respetar y garantizar los derechos o bien como meros compromisos rituales imposibles de cumplir o bien con un estilo de intervención en el que los tribunales deben garantizar la ‘curación’ o el ‘tratamiento’ necesarios para restituir la salud del paciente. En ‘Mendoza’, por el contrario, la Corte ha revelado una comprensión del escenario

123 El caso Mendoza refiere a la responsabilidad internacional del Estado por imposición de la prisión y reclusión perpetuas a menores de 18 años, a los recursos interpuestos contra las sentencias condenatorias y a la falta de tratamiento médico a un interno.

político e institucional nacional en el que se ejercen y vulneran los derechos que implica un espectro de obligaciones que va desde la necesidad de contribuir a montar marcos regulatorios inexistentes hasta la de fortalecer instituciones endebles, a veces bloqueadas y otras acosadas por las incapacidades organizacionales, presupuestarias y de gestión de las estructuras gubernamentales y los actores a su cargo. Este abordaje no esencialista, centrado en aspectos institucionales de los derechos, ha evidenciado una capacidad creciente para facilitar interacciones entre mecanismos de *accountability* horizontal y vertical [...].¹²⁴

Estos y otros casos (indios, sudafricanos, indonesios, nigerianos y brasileños) sobre el derecho a la salud muestran que el modelo clásico de adjudicación de derechos humanos puede ser insuficiente de cara a los derechos sociales, los cuales por ende no anularían toda justiciabilidad, sino que requerirían formas diferentes de la misma:

cuando los tribunales intentan velar por el cumplimiento de los derechos económico-sociales, a menudo emplean un modelo de racionalidad comunicativa que se puede caracterizar de la siguiente manera: en primer lugar, tratan de desplazar a las partes del

124 Ibidem, 281. Sobre este mismo caso, Bergallo remite a Kristi Staveland-Saeter, *Litigating the Right to a Healthy Environment: Assessing the Policy Impact of 'The Mendoza Case'* (Bergen: CMI Report, 2011).

modo adversarial hacia uno investigativo, en un esfuerzo por encontrar una nueva definición del problema y sus soluciones. En segundo lugar, exigen que las partes argumenten de buena fe, amenazando con aplicar amonestaciones y sanciones severas si la comunicación no es ‘seria’ o la información brindada es incorrecta. En tercer lugar [...], estructuran un foro público de comunicación a través del empoderamiento de nuevos actores, facilitando o requiriendo el flujo de información en la esfera pública e imponiendo la obligación de ofrecer información. Las obligaciones de reformar las instituciones y responder a los derechos no están asignadas de antemano con precisión, sino que se van creando de forma conjunta durante el proceso.¹²⁵

Ahora bien, se ha tratado de medir el impacto de los fallos judiciales que deciden, aun novedosamente (sin adjudicación tradicional), derechos sociales. En este sentido, la actividad judicial de cara a los derechos sociales ha sido encarada con enfoques tanto empiristas como constructivistas. Los enfoques empíricos, al estilo de los neorrealistas, miden los efectos directos y materiales de las decisiones judiciales, creen que es vana o hueca la esperanza en una importante contribución de los tribunales al cambio social, llegando a sostener

125 *Ibidem*, 304-305, que es cita de Daniel Brinks y Varun Gauri, “Human Rights as Demands for Communicative Action”, en *Journal of Political Philosophy* (20/4), (2012): 425-426. Brinks y Gauri.

por ej. que los efectos del celeberrimo caso estadounidense *Brown v. Board of Education* de 1954 habrían sido magros: “la movilización política de la década de los sesenta y la legislación contra la discriminación que originó fueron las que consiguieron poner fin a la segregación racial y no la decisión judicial estructural.”¹²⁶ Por otra parte, hay enfoques que combinan a la investigación empírica con la cualitativa, de corte constructivista, que en este sentido miden también los efectos directos simbólicos de las decisiones judiciales, e incluso los efectos indirectos, tanto materiales como simbólicos, de las mismas, todo lo cual conduce a evaluar muy distintamente la relación de las judicaturas con los procesos de cambio social: “las decisiones judiciales y el derecho producen transformaciones sociales no solo cuando provocan cambios en la conducta de los grupos y los individuos directamente afectados por el caso, sino también cuando generan transformaciones indirectas en las relaciones sociales, o cuando modifican las percepciones de los actores sociales y legitiman la visión del mundo que tienen los afectados por el proceso judicial.”¹²⁷ Otro ejemplo es la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-025 de 2004, sobre la población internamente desplazada por la violencia política y el conflicto armado, de la que se ha dicho que combina una afirmación fuerte

126 Vid. *Ibidem*, 218.

127 Cesar Rodríguez, “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales” en Roberto Gargarella, *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, trad. H. Salas (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014): 218.

de derechos (al entenderlos como judicialmente exigibles), unas medidas judiciales débiles (que no se entrometen con las funciones propias de los otros poderes del Estado, aunque son capaces de establecer unos parámetros que permiten a la Corte medir progreso, estancamiento o retroceso al respecto) y una actividad de seguimiento fuerte (mediante mecanismos participativos constantes, inclusivos de actores tanto estatales como no gubernamentales y aun internacionales). Sería, pues, un buen ejemplo de cierto activismo judicial, mas en un sentido eminentemente dialógico, uno que no se reduce a la autorrestricción pura y dura, ni se empuja a las alturas del gobierno de los jueces.

2.4. El caso chileno

En Chile mismo, tanto jurisprudencialmente como en las discusiones teóricas, parece haberse ido afirmando consistentemente y con nitidez la justiciabilidad de derechos sociales y, otra vez, en sede tanto de jurisdicción constitucional como de justicia ordinaria¹²⁸.

128 En este punto, cobra importancia el problema de la vinculatoriedad directa de la Constitución, cuestión que no deja de ser relevante por las eventuales contradicciones que se pueden producir al momento de resolver un conflicto. Un acercamiento a este fenómeno se puede encontrar en Eduardo Aldunate, *Teoría de los derechos fundamentales* (Santiago, Legal Publishing, 2008): 192-193 y 203-204.

2.4.1. Algunas decisiones judiciales.

En el derecho chileno hay fallos del Tribunal Constitucional (=TC) y de la Corte Suprema (=CS) que han reconocido justificabilidad a los derechos sociales. Veamos algunos de ellos.

a. Sentencia rol 976-2008 del TC

Sin perjuicio que podemos encontrar algunas sentencias previas a 2008 que reconocen la existencia derechos sociales¹²⁹, la sentencia rol 976-2008, por primera vez, justifica la existencia de los derechos sociales considerando algunos aspectos de la moderna teoría de los derechos fundamentales. Conviene recordar que el 26 de junio de 2008, el TC acogió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la sra. Silvia Peña Wasaff, declarando que acoge el requerimiento “solo en cuanto a la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la ley 18.933, incorporada al contrato de salud de la requirente celebrado por ella y una Isapre”. El requerimiento tiene como antecedente el recurso de protección interpuesto por la señora Peña. El reclamo se funda en el aumento de 7,4 UF mensual a 9,4 UF en el plan de salud contratado con su Isapre. La justificación del alza se funda en el aumento del costo promedio de las acciones de protección de la salud de los afiliados al sistema,

129 Vg. SCA (Valdivia), rol 954-2005 (a propósito del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, considerandos 7 y 8; SCA (Santiago), rol 3421/2002 (en un caso sobre negociación colectiva, considerandos 5, 11 y 22.

pero sobre todo, en la variación de la edad de la requirente, pues al cumplir 60 años se eleva el factor de riesgo; de ahí la aplicación del artículo 38 ter de la Ley 18.933.

En esta sentencia, cabe destacar la apertura a nuevos paradigmas en los que descansa el constitucionalismo moderno, como son el reconocimiento de los “derechos de segunda generación o sociales”, y la consideración de criterios de justicia material. También, todo hay que decirlo, asoma una cierta racionalidad metafísica (considerandos 23º y 24º), e incluso se recurre a la Comisión Ortúzar como legítima depositaria de la historia fidedigna de la Constitución (considerando 48º).

Con todo, esta sentencia declara expresamente que los derechos sociales son derechos (y no meras declaraciones programáticas o puras expectativas). Señala “que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando que poner en duda su practicabilidad de realización es una idea confusa, porque esa reserva de lo posible lleva a sostener que la Constitución ha de ser desactivada, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización” (considerando 27º). Esa afirmación del TC colisiona con la idea según la cual los derechos sociales habrían de ser entendidos como meras expectativas, y que tanta influencia ha tenido en Chile para su precaria protección.

Por su parte, señala el considerando 29° del mismo fallo que el derecho a la protección de la salud es un derecho social y que, cuando la Constitución establece en relación a los derechos un núcleo esencial, este es indisponible para el legislador (30°). Por su parte, siendo abierto el contenido de los derechos sociales, plantéase con ellos siempre un problema de interpretación. Entonces, “aplicando dicho criterio de hermenéutica constitucional (que la interpretación de la Constitución debe orientarse en garantizar y proteger la dignidad y libertad de las personas), cabe insistir en que no solo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares” (considerando 34°). Siendo el derecho a la protección de la salud la base constitucional de todo contrato de salud, en tal clase de contrato no se puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren los derechos. Estipulaciones de esa índole devendrían en inválidas, porque pueden significar que una de las partes quede impedida de ejercer la plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados por la Constitución (considerando 43°).

Así las cosas, el 27 de abril de 2010, el TC de oficio, decidió iniciar proceso para decidir sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, previamente declarado inaplicable por las sentencias roles 976, 1218, 1273 y 1287, en atención a que su aplicación en las gestiones judiciales allí pendientes resultaba contraria a algunas disposiciones de la Constitución.

b. Sentencia rol 1710-2010 del TC

La sentencia del TC rol 1710-2010 es novedosa en el contexto de las resoluciones constitucionales chilenas. Por de pronto, es larga y detallada (consta de 215 páginas). Al mismo tiempo, se hace cargo de la argumentación contemporánea en materia de derechos fundamentales, y lo hace deteniéndose, por ej., en la diferencia que existe entre reglas y principios, entendidos estos últimos como mandatos de optimización -ideas recogidas de Alexy (considerandos 90° y 91°). Por lo mismo, hechas las distinciones, la sentencia se encamina a declarar la inconstitucionalidad de la tabla de factores de riesgo por atentar contra la igualdad, lo que se fundamenta desde la perspectiva de los derechos sociales: “que la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud y, específicamente, en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud...” (considerando 106°). Incluso, en considerandos posteriores, conecta la protección de la salud con el derecho a la seguridad social (considerandos 124°-139°), para declarar que “como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran” (considerando 144°), dado que “la

diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son: i) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la Constitución), ii) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), iii) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y iv) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución)” (considerando 148°). Y la disconformidad del art. 38 ter no se manifiesta solo frente a la igualdad sino que también en la protección de la salud (considerando 152) y el derecho a la seguridad social (considerando 159°).

Sin embargo, los efectos de la sentencia son paradójicos, ya que junto con declarar que la tabla de factores es inconstitucional por afectar al menos tres derechos, concluye el TC que “esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo” (considerando 163°). Es decir, se detectan serios vicios, pero hay deferencia y reenvío al legislador, lo que, *prima facie*, parece contradecir el efecto derogatorio que debería producir esta declaración de inconstitucionalidad.

Con todo, no podemos desconocer los efectos que producen ambas sentencias en la valoración de los derechos sociales. Tras un proceso de naturalización del sistema privado de salud, construido en base a un sistema de seguros privados (que eso son las ISAPRE), desde 2008 se inaugura un cuestionamiento, no del sistema, sino de la razonabilidad de la existencia de factores de discriminación, y no porque la elevación del riesgo sea inexistente en esos casos, sino porque hacer más oneroso un plan de salud por criterios de distinción como los señalados en el art. 38 ter supone un atentado a la igualdad, a la protección de la salud y a la seguridad, todos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución chilena.

c. Sentencia rol 12.938-2013 de la CS

En un reciente asunto que ha causado alto impacto en la opinión pública, la CS acoge un recurso de casación en el fondo que ordena restituir los cauces naturales de agua de un estero cerca de la localidad de Caimanes. La minera Los Pelambres había obtenido las autorizaciones para implementar un tranque de relave de residuos mineros (tranque El Mauro). Sin embargo, ese tranque ocasionó un grave problema de abastecimiento hídrico a la localidad de Caimanes, por lo que la sentencia de reemplazo resuelve:

“se ordena a la sociedad minera ‘Los Pelambres S. A.’, que debe permitir el escurrimiento natural de las aguas del estero Pupío a la comunidad de Caimanes, libre de contaminación de desechos provenientes del tranque de relaves El Mauro.

II.- Para el cumplimiento perentorio de dicha medida, es decir, para los efectos de reponer el libre escurrimiento de las aguas del estero Pupío a la aludida comunidad, la sociedad minera demandada ‘Los Pelambres S.A.’ deberá proponer al Tribunal de primera instancia, dentro del plazo de un mes, el plan de ejecución de la obras necesarias para llevar a cabo ese cometido, las que podrán ejecutarse por medio de la demolición o remoción, total o parcial, de la obra nueva singularizada en el proceso -el muro de contención del referido tranque- que embaraza y turba el goce del recurso hídrico a los habitantes del pueblo de Caimanes, o bien, a través de otras obras principales o complementarias de las indicadas, que sean idóneas para la consecución del propósito perseguido con la acción intentada” (considerando 29º, sentencia de reemplazo).

En este caso, gran parte del voto de mayoría realiza un análisis dogmático acerca del contenido de las servidumbres naturales, como también en la determinación del significado de lo que constituye una obra nueva. Esto último, porque las sentencias recurridas señalaban que los recurrentes no contaban con legitimación activa y que se había extinguido el plazo para reclamar de una obra nueva. La sentencia señala que hay “acción popular del artículo 948 del citado compendio, con relación a los sitios de uso público, lo cual conduce a concluir que la legitimación activa en este interdicto posesorio es bastante amplia. Inclusive algunos autores sostienen que esta acción es plausible, no solo cuando se está frente a la turbación de una servidumbre,

sino también respecto de otros derechos reales, dentro de los cuales se mencionan el usufructo y el uso y habitación. Además, esta Corte ha sustentado en diversos fallos que la enunciación de hipótesis que se consagran en las normas que permiten la denuncia de obra nueva no es *numerus clausus*” (considerando 16°).

Agrega la Corte que, tratándose de una obra nueva, esta lo es cada vez que su produce una modificación sustantiva del entorno. Es el caso del muro de contención del tranque, que se sigue construyendo día a día con los sedimentos, pues si bien hay un muro original de 75 metros, este llegará a tener una altura cercana a los 300 metros.

Sin embargo, a pesar los tecnicismos civiles, llamamos la atención que el último considerando de la sentencia se hace cargo del problema de fondo, es decir, el problema medioambiental que se provoca a una comunidad por carecer de agua:

independiente de los razonamientos principales que se han expuesto y que conducen al acogimiento del recurso de casación en el fondo deducido, *obiter dictum*, se hace imperativo consignar, además, que existe un interés público en proteger el medio ambiente y este resguardo puede hacerse de diversas maneras. Desde una posición reactiva, es decir, respecto del daño ya producido, o bien, por una acción preventiva frente a riesgos conocidos para evitar que estos se produzcan,

o a través de la utilización de un conjunto de preceptos que eviten la materialización de daños provenientes de factores desconocidos o inciertos. De todos modos, es deber ineludible de la autoridad, la puesta en práctica de los principios de cautela o de precaución y de prevención ambiental que constituyen algunos de los basamentos cardinales rectores en materia medioambiental [...] Así, en este proceso la obligación de impedir cualquier amenaza de daño medioambiental está directamente concatenada con la probabilidad de que las faenas cuestionadas originen un riesgo efectivo en el lugar, y de conformidad con el principio de cautela, tal contingencia surge desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicha actividad afecte de forma apreciable a la comunidad local. En la especie, también debe aplicarse el principio de prevención ambiental, pues la intervención de la cuenca por parte de la demandada produjo alteraciones en la oscilación natural o estacional de los caudales de agua y la reducción notable de su flujo normal, que provocaron cambios en las condiciones ambientales del ecosistema, los que impactarán de manera negativa a toda la comunidad, situación que compele a la adopción de medidas adecuadas, oportunas y atingentes (considerando 24°).

d. Sentencia rol 2797-2013 del TC

Finalmente, vale la pena detenerse en un caso reciente: el 12 de marzo de 2015, un grupo de senadores solicita al TC la declaración de inconstitucionalidad de todo o parte de algunas normas del proyecto de 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.

Este requerimiento es rechazado en votación muy estrecha, que dirime el Presidente del TC. Entre las razones que se tuvieron a la vista para desestimarlos, destacan algunas que consideran el contexto en que se desenvuelve el sistema educativo chileno, poniendo especial énfasis en los problemas de desigualdad (material) que el actual modelo ha provocado. Es por ello que el TC hace suyo el anhelo descrito en el Mensaje del proyecto de ley:

el Mensaje consigna ciertas evidencias sobre la relevancia de la proscripción del fenómeno de selección. Es así como “la experiencia internacional muestra que la existencia de lucro, selección y copago, tal como hoy existen en nuestro sistema, es una singularidad ausente de los sistemas educativos de los países desarrollados” (OCDE 2004, 2013) (p. 9). La evidencia muestra que los sistemas actuales de selección se han convertido en uno de los principales mecanismos para que los establecimientos escojan a los estudiantes con mayor capital cultural, económico o social (Elacqua

y Santos, 2013). En efecto, los mejores resultados de los establecimientos que seleccionan se deben primordialmente a la composición socioeconómica de los alumnos y no a la efectividad de sus procesos educacionales (Carrasco et al., 2014; Valenzuela y Allende, 2012; MacLeod y Urquiola, 2009; Contreras et al., 2011) (p. 15). Por el contrario, la evidencia muestra que promover la integración tiene efectos positivos para la calidad de la educación, aumentando la motivación y el rendimiento de estudiantes de menor nivel socioeconómico, sin afectar el rendimiento de aquellos de mayor ingreso (Kahlenberg, 2012; Bellei, 2011) (p. 16). En efecto, en los países en donde se aplica la selección temprana se amplían las brechas de desempeño educativo entre niveles socioeconómicos (OCDE, 2010), por lo que al permitirla se promueve la desigualdad y la segregación escolar (p. 16)¹³⁰. Por lo mismo, agrega el TC que “esta evidencia se corresponde con análisis comparados de la educación chilena en relación a países de la OECD midiendo calidad y equidad en la educación. ‘La competencia entre las escuelas no necesariamente es del tipo que incrementa la productividad, porque es más fácil para las escuelas competir seleccionando a los estudiantes que son buenos para iniciar con ellos. A las escuelas privadas en Chile se les permitió seleccionar a sus

130 Véase punto IV, 1 (voto por rechazar), I (El contexto de la reforma escolar: selección y segregación), considerando 1.

estudiantes hasta hace poco tiempo, mientras que a las escuelas municipales no. Como consecuencia, en lugar de esforzarse por aumentar los resultados de aprendizaje de sus alumnos, las escuelas privadas podían competir simplemente tratando de atraer a los niños que son más fáciles de enseñar. De hecho, evidencia de encuestas de la década de 1990 sugiere que las escuelas privadas utilizaron entrevistas de padres, pruebas de acceso y otras herramientas que ayudan a seleccionar a los estudiantes con características que influyen positivamente en el rendimiento, tales como el entorno socioeconómico (Parry, 1996; Gauri, 1998). Datos del SIMCE de 2002 sugieren que las escuelas privadas también eran más propensas que las escuelas municipales para expulsar a los estudiantes que repiten un grado (Bellei, 2005). Además, existe evidencia de que los padres eligen las escuelas a que asisten niños con antecedentes similares a los suyos, reforzando así los efectos de la selección (Elacqua et al., 2006; Gallego y Hernando, 2009). [...] Cuando las escuelas son capaces de obtener mejores resultados simplemente mediante la atracción y retención de estudiantes con mayor capacidad, esto debilitará la presión por agregar valor, no importando si la clasificación se produce a través del activo descreme de las escuelas o por medio de la auto-selección en el lado de la demanda.¹³¹

131 *Ibíd.*, considerando 2.

Sin perjuicio que la sentencia, en consideraciones posteriores, continúa profundizando la relación entre selección y desigualdad, nos interesa destacar que el TC tutela el derecho a la educación, pero no solo en la idea que el Estado deba proveer a todos y todas un servicio educativo (con las características de formalidad, sistematización, infraestructura, etc.), sino que esta provisión debe ser entregada en un proyecto de calidad y que no redunde en desigualdad para los ciudadanos, desigualdad que está asociada a los procesos de selección y al carácter lucrativo de los establecimientos educacionales. Por lo mismo, esta sentencia confirma el carácter social del derecho a la educación.

Y cuando la sentencia analiza en la constitucionalidad de la norma que proscribe las sociedades como agentes encargadas de provisión de servicios educativos, el TC realiza un interesante diagnóstico en relación al estado actual de la interpretación de la Constitución, argumentaciones que lo encaminan a reflexionar más allá de los viejos paradigmas de la interpretación clásica que encontramos en las reglas del Código Civil. Señala al respecto:

el problema de la interpretación constitucional parece estar en el centro de la teoría jurídica. Una de las razones de aquello es el carácter de supralegalidad que se reconoce a las constituciones contemporáneas: la interpretación constitucional es, así, una interpretación superior a la de las otras normas; o, si se quiere decir de otra manera, la interpretación

constitucional marca los límites de posibilidades para la interpretación de todas las otras normas; establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en inconformidad) con la Constitución.¹³²

¿Por qué? Porque el cambio que promueve la ley es paradigmático y supone un quiebre con el actual sistema educativo que rige en el país:

casi nunca las grandes ideas nacen de la erudición, sino de la fricción, de la ruptura de lo que pensábamos, de la subversión. En el derecho constitucional esta fricción se ha producido muy particularmente con la resistencia al poder, de la clase que sea. El problema reside en que la implantación de las nuevas ideas necesita que no languidezca la fricción y eso no es posible. Por esta razón, se debaten por algún tiempo entre dos lógicas.¹³³

Desde esa perspectiva hermenéutica la sentencia se enfrenta al tema de la desigualdad en la educación, porque el lucro en el sistema escolar no ha mejorado la calidad en la educación:

Que el fin de la normativa contenida en el proyecto

132 Véase punto IV, 1 (voto por rechazar), II (obligación de constituirse como personas jurídicas), considerando 34.

133 *Ibíd.*, considerando 35.

es evitar el lucro en la actividad educacional para dar un marco sustentable que permita asegurar el derecho a una educación de calidad, reducir las desigualdades y garantizar, de manera efectiva, la libertad de los padres para elegir la educación de sus hijos. No es posible entender el fin al lucro sin el mejoramiento de calidad.¹³⁴

Y la afirmación de que el lucro no mejora la calidad en la educación ni mejora los problemas de desigualdad, cuenta con evidencia que permite respaldarla:

en el ámbito de la experiencia internacional, se evidencia que Chile es uno de los pocos países que permite a los sostenedores de los establecimientos educacionales utilizar recursos públicos para satisfacer sus intereses particulares; y por ello, la supresión del lucro constituye una medida concreta de progresión en el aseguramiento de la garantía de gratuidad del sistema.¹³⁵

2.4.2. Constitucionalismo chileno

Los constitucionalistas chilenos han reaccionado diversamente ante fallos como los recién mencionados. Así, para los de la derecha jurídica –agrupados últimamente en el ‘grupo de los 25’– resulta preocupante que las respuestas a

134 *Ibid.*, considerando 39.

135 *Ibid.*, considerando 43.

los derechos sociales vengan mucho más desde los órganos jurisdiccionales que desde la política (principalmente, del órgano legislativo). Precisamente esta judicialización de una serie de problemas socioeconómicos revelaría carencias del sistema político, las cuales los llevan a sostener -aunque por razones exactamente opuestas a las de Atria- que los jueces constitucionales y ordinarios pueden promover un activismo judicial inconveniente para el sistema democrático. En este sentido se ha manifestado A. Fermandois, diciendo por ejemplo que “el derecho a la protección de la salud ha sido [...] el corazón de una interpretación intensamente social de la Constitución –equivocada a nuestro juicio [...]– pero apta para acreditar nuestra tesis sobre escasez de fallos neoliberales en la jurisprudencia del TC.”¹³⁶ Y no solo eso, sobre el pronunciamiento del TC en relación a la ley que modifica las reglas del copago, selección y fin al lucro, Fermandois ha señalado que:

[si bien] creemos que la Constitución de 1980 admite en su interior múltiples variantes de política pública legislativa, con mayor o menor presencia del Estado en la vida social [...] esta afirmación tiene un límite; hay algunos proyectos de ley que desbordan objetivamente los contornos de la Constitución.

136 Arturo Fermandois, “El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en coord. José Francisco García, *¿Nueva Constitución o reforma? Muestra propuesta: evolución constitucional*, (Santiago: LegalPublishing/ Thomson Reuters, 2014): 239.

Es imposible no pensar aquí en lo ocurrido con la reforma educacional y su debate constitucional. Un proyecto de ley que salvó el Tribunal Constitucional y que sin embargo prohíbe la apertura de nuevos establecimientos subvencionados (sin permiso del Estado), cuando la Constitución asegura exactamente lo contrario, el derecho a ‘abrir’ esas escuelas. Un proyecto que impone la filantropía forzada de los sostenedores, cuando la Constitución garantiza exactamente lo contrario (derecho a desarrollar actividades económicas).¹³⁷

También S. Soto –siguiendo al ya mencionado Rosenberg y a Glendon– ha criticado la tendencia a constitucionalizar de modo justiciable el derecho a la educación y a la protección de la salud, lamentando especialmente la judicialización por lo que respecta al subsistema privado de salud. Aunque a renglón seguido, paradójicamente, critica una versión igualitarista de los derechos basada en la noción de ciudadanía, quizá sin darse cuenta de que esta asume la misma crítica en tanto en cuanto también puede decir que “son las leyes y las políticas públicas (*sic*) configuradas en ellas las que, de modo más o menos preciso, permiten avanzar en el fortalecimiento

137 Arturo Fermandois, “¿Tercera cámara o tribunal constituyente?”, fecha de acceso 7 de abril de 2015, <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/07/30789/Tercera-camara-o-tribunal-constituyente.aspx>.

de los derechos.”¹³⁸ Más aún, la versión igualitarista también pudiera compartir algunas de las propuestas de Soto: “debe evaluarse para algunos de los derechos sociales vías de garantía más novedosas distintas de las judiciales [como] recursos administrativos *ad hoc*, vías más simbólicas de reclamos a autoridades sin imperio o incluso ‘vías rápidas’ legislativas.”¹³⁹ Por supuesto, no todos están de acuerdo con esta objeción, y muy probablemente no si el que habla es alguien que participa del progresismo jurídico. No lo están, por ej., J. Bassa y B. Aste cuando exponen las transformaciones de la jurisprudencia constitucional respecto a los derechos al trabajo y a la protección de la salud.¹⁴⁰ Ni lo está R. Figueroa, quien ha escrito un par de artículos fuertemente influidos por la literatura anglosajona y de especial interés aquí, pues sostiene tanto la capacidad como la legitimidad de los jueces para adjudicar derechos sociales —especialmente, en dichos textos, el derecho a la protección de la salud.¹⁴¹ Significativamente, Figueroa pa-

138 Sebastián Soto, “Derechos sociales y la eficacia de su constitucionalización: un análisis aplicado”, en coord.. José Francisco García, *¿Nueva Constitución o reforma? Muestra propuesta: evolución constitucional*, (Santiago: LegalPublishing/Thomson Reuters, 2014): 260.

139 *Ibidem*, 269.

140 Jaime Bassa y Bruno Aste, “Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile”, en *Revista chilena de derecho*, vol. 42.1 (2015): 215-244.

141 Vid. Rodolfo Figueroa, “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud”, en *Revista chilena de derecho* (36/2) (2009a): 313-342.

rece elaborar una argumentación que desmentiría el severo juicio de Atria según el cual los juristas chilenos que reflexionan sobre derechos sociales no han tenido nada que decir en la discusión actual sobre la educación. Figueroa discute, de la mano de literatura de habla inglesa, la distinción entre derechos civiles y políticos por un lado, y derechos sociales por el otro, como si aquellos fuesen negativos y sin costo para el Estado, y estos en cambio positivos y sumamente costosos:

los derechos sociales son vistos como positivos y, por ello, involucran acción de parte del gobierno; son intensos en cuanto al uso de recursos y, por ello, son caros de proteger; son progresivos y, por ello, requieren tiempo para ser implementados; son vagos en términos de las obligaciones que imponen, y finalmente, implican complejos, policéntricos y difusos intereses en los bienes colectivos.¹⁴²

Ante este lugar común, Figueroa reacciona, de la mano de autores como Shue y Eide, diciendo que la realización íntegra de cualquier derecho supone tres tipos de deberes estatales: 1° la obligación primaria (negativa, de abstención) del Estado de evitar privar de un derecho, vale decir, el básico deber de respetarlo, 2° la obligación secundaria del Estado de proteger de la privación, vale decir, el deber de prevenir,

142 Ibidem, 314; es cita de Craig Scott y Patrick Macklem, “Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, (1992): 24.

y 3º la obligación terciaria del Estado de auxiliar al privado de su derecho, vale decir, el deber ahora sí de satisfacerlo.¹⁴³ Así, los derechos sociales, como los demás derechos clásicos, serían en parte negativos y en parte positivos, lo cual a la vez –y en una medida importante– supone que todos los derechos acarrear costos para el Estado. Luego, Figueroa se plantea las objeciones típicas contra la justiciabilidad de los derechos sociales basadas en la incapacidad y en la ilegitimidad de las Cortes para adjudicar a su respecto, como cuando se dice que “esos derechos [los sociales] pueden ser realizados o implementados de muchas maneras y los jueces carecen del expertizaje y la responsabilidad política que los cualificaría para poder elegir entre las diferentes alternativas para realizar esos derechos.”¹⁴⁴ Para responder, Figueroa recurre, entre otros, a Mureinik, quien, poniendo como ejemplo el derecho a la alimentación en el contexto del compromiso constitucional (en Sudáfrica) de erradicar el hambre, dice que la pregunta que la corte debería hacerse es esta:

esta ley, o este programa administrativo, o incluso este presupuesto anual, ¿está justificado? Para responder

143 Figueroa, “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud”, 321-322.

144 Rodolfo Figueroa “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica”, en *Revista chilena de derecho* (36/3), (2009b): 589. En este mismo sentido, véase Trilsch, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht*, 64-71.

esa pregunta, ciertamente las cortes deberían estar conscientes de que existen muchas teorías acerca de cómo erradicar la pobreza, y que es prerrogativa del gobierno elegir entre ellas, precisamente porque tiene responsabilidad política y la experticia necesaria. Una corte nunca está investida de titularidad para interferir con un programa honesto y racional destinado a erradicar la pobreza solo porque desapruueba la teoría política o económica que subyace a él. Una corte debe estar obligada a respetar todas las opciones del gobierno, sea que estén inspiradas en el marxismo o en el monetarismo, sean social demócratas o liberales. Pero una corte sí tendrá titularidad para requerir del gobierno que explique cómo ha pensado erradicar la pobreza. Solo eso ya serviría para mejorar la calidad del gobierno porque todo funcionario que adopte decisiones que esté consciente del riesgo de ser llamado a justificarlas, siempre va a considerar el asunto más de cerca que si ese riesgo no existiera. Y si ante la corte el gobierno no es capaz de ofrecer una justificación plausible del programa que ha diseñado; si no es capaz de mostrar un esfuerzo sincero y racional para erradicar la pobreza, entonces el programa del gobierno deberá ser invalidado. La corte, entonces, estará revisando las decisiones políticas, no adoptándolas.¹⁴⁵

145 Figueroa, “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica”, 601-602, que es cita de Etienne Mureinik, “Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution”, en *South African Journal of Human Rights*, vol. 8,

En el mismo sentido, anteponiendo el papel dialógico de los jueces en tanto que facilitadores de los procesos de deliberación pública y de toma de decisiones colectivas, se ha dicho que,

si bien las cortes no pueden asegurar que la sociedad disponga de recursos suficientes para satisfacer las necesidades de salud de sus miembros, al menos puede asegurar que la sociedad tome conciencia de las consecuencias de las decisiones políticas en esta materia y que el sacrificio de los intereses individuales que entrañan las decisiones de racionamiento sea deliberado en público y justificado.¹⁴⁶

Figueroa termina entonces diciendo:

La revisión judicial del derecho a la salud, incluyendo el complejo asunto de las decisiones de racionamiento de recursos escasos, es posible en la práctica y no solo contribuye al principio democrático de hacer al gobierno accountable por sus decisiones en esta área, sino que además contribuye a mejorar el proceso de toma de decisiones políticas por la vía de hacer que los criterios que aparecen concernidos sean explícitos

(1992): 471-472.

146 Rodolfo Figueroa “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica”, en *Revista chilena de derecho* (36/3), (2009b): 589.

y públicos. En suma, me parece que las objeciones de incapacidad e ilegitimidad, en el mejor de los casos, constituyen un llamado a la cautela, a la autorrestricción, a la flexibilidad, pero no a la inmovilidad ni a la abdicación de parte de los jueces respecto de su rol como tales.¹⁴⁷

Esta argumentación de Figueroa (en la que, dicho sea de paso, campea una excesiva confianza en las posibilidades de la jurisdicción constitucional) converge con la teoría y la práctica que hemos examinado en Alemania, en el Reino Unido, en otros Estados y regiones, incluido Chile. Los derechos sociales han de ser desarrollados primariamente por las instituciones democráticas, tanto legislativas como administrativas. Pero, además, en tal desarrollo los jueces pueden y deben jugar un papel peculiar en ciertos litigios que, referidos a algunos aspectos básicos del bienestar humano y, por lo mismo, apartándose del paradigma individualista, lleguen a asumir forma dialógica, estructural y colectiva, una forma que posibilita a los juzgadores (constitucionales o no) tanto que hagan de contralores racionales de las políticas diseñadas y llevadas a cabo estatalmente, como que desempeñen el papel de promotores de la deliberación dentro de tales órganos representativos y entre dichos órganos y la sociedad civil que ellos pretenden representar.

147 *Ibidem*, 618.

Por último, y en conexión con el artículo 5 inciso segundo de la Constitución vigente, conviene recordar que es deber del Estado respetar y promover los derechos fundamentales, tanto los garantizados en la Constitución como los que se encuentran en los tratados internacionales ratificados por Chile. Derechos sin tutela efectiva pueden devenir en letra muerta. De ahí la necesaria conexión entre catálogos normativos y tutela efectiva. En este sentido, es conocida la pregunta de Bobbio en torno a la necesidad de respetar los derechos humanos. Para este autor se trata de una pregunta inoficiosa, entre otras cosas, porque ya se habría llegado a un acuerdo práctico sobre el que se ha construido un catálogo de derechos humanos. Para Bobbio, la tarea, el problema crucial, radica en perfeccionar las garantías de manera de asegurar la efectividad de los derechos.¹⁴⁸

3. A modo de conclusión

Conviene recordar que el mencionado *Brown v. Board of Education of Topeka* (cf. 347 U.S. 483), uno de los casos inaugurales de justiciabilidad de derechos sociales como el derecho a la educación, sigue siendo paradigmático en esta materia. Contra su decisión de *Plessy v. Ferguson* (*separate, but equal*) de fines del siglo XIX (cf. 163 U.S. 537), en *Brown* la Corte norteamericana acusó, a partir de la 14^a enmienda,

148 Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos* (Madrid: Sistema, 1991), 61.

no la inequidad en particular de algunos casos de escuelas segregadoras, sino la del entero sistema de educación estatal estadounidense, decidiendo que la separación –la generalizada segregación de niños blancos y niños negros en las escuelas públicas- volvía imposible la igualdad. Aunque las escuelas para negros y para blancos se aproximaran, incluso se igualaran en infraestructura, personal docente, etc., sin embargo la segregación racial de la educación pública seguiría desplegando tangible e intangiblemente sus perniciosos efectos sobre los niños. He aquí, pues, un litigio con carácter estructural que denunció la carencia de universabilidad moral y política de las reglas legales y administrativas, así como de las decisiones judiciales y las prácticas educativas, de todo un país: “segregar a los niños en las escuelas con el único criterio de la raza, incluso cuando los medios materiales y otros factores tangibles son equivalentes, ¿priva a los niños pertenecientes al grupo minoritario de la igualdad de oportunidades en materia educativa? Creemos que sí [...] Concluimos que en el campo de la enseñanza pública no tiene cabida la doctrina ‘separados pero iguales’. Un sistema con escuelas separadas es intrínsecamente desigualitario. Por lo cual afirmamos que a los demandantes, y a todos aquellos que se encuentran en una situación similar, la segregación de la que se quejan les ha privado de la protección equitativa de las leyes garantizada por la 14ª enmienda.”¹⁴⁹ Comentando

149 347 U.S. 493 y 495 en Miguel Beltrán y Jesús González [eds. y trads.], *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (Madrid: CEPC, 2006): 301-303.

Brown, Dworkin ha dicho que los jueces (diríamos: por la especial justificabilidad epistémica de su labor) pueden identificar problemas políticos aun sin estar provistos de la legitimación que otorga la igualdad política. Por lo mismo, y con toda la falibilidad del caso, los jueces podrían anticipar decisiones políticas razonables que la propia comunidad política, a través de sus representantes, no es capaz de detectar en determinadas épocas y bajo ciertas circunstancias.¹⁵⁰

Entonces, la tesis de Atria -no el desconocimiento de los derechos sociales sino de su justiciabilidad en un proceso adversarial concreto- resulta centralmente acertada. Las razones para sostener su argumento no se encuentran ni en la escasez económica, ni en la falta de legitimación democrática de los órganos jurisdiccionales, ni en la falta de competencia técnica de los jueces, sino en la estructura individualista de los derechos construidos subjetivamente, a la que su justiciabilidad *in concreto* transforma o acuña como derechos que protegen el interés individual. Por el contrario, los derechos sociales están construidos diversamente, ya que mientan la dimensión de reciprocidad de la ciudadanía, siendo por ende su sentido primordialmente político-institucional: el de los mecanismos que ejecutan esa tendencial “descomodificación” de aspectos cruciales del bienestar personal que está en el núcleo de la educación, la salud, etc.

150 Ronald Dworkin, *La justicia con toga* (trad. M. Iglesias y Í. Ortiz) (Madrid: Marcial Pons, 2007): 279-282.

Empero, y aun compartiendo ese diagnóstico, hay ciertas dificultades en la operativa de estas premisas, principalmente por la constitutiva falibilidad y aun la frecuente inoperancia de los órganos políticos parlamentarios y administrativos. Cuando tal es el caso, ¿basta solamente con defender el valor de la igualdad política que está en el corazón del ideal democrático y, por ende, con depositar la confianza en la responsabilidad –y en el control– de la ciudadanía? Pues si esto fuera en ocasiones insuficiente, como parece serlo, ¿no sería razonable admitir una actuación jurisdiccional que al menos pueda declarar argumentativamente la inconstitucionalidad de una política pública y que provoque, incluso fuerce, una nueva deliberación democrática? Pisarello, por ejemplo, entiende que:

frente a vulneraciones graves o sistemáticas de derechos originadas en una falta persistente de los poderes públicos, los tribunales hayan impulsado sentencias no meramente declarativas sino de *reforma estructural* que, además de principios generales, estipulan medidas concretas a adoptar, fijan un cronograma de cumplimiento y disponen actuaciones de seguimiento que aseguren su efectividad. En estos casos, la gravedad y complejidad de la situación justifica que la bilateralidad y el diálogo integre a tribunales, responsables públicos y privados y sujetos afectados.¹⁵¹

151 Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías* (Madrid: Trotta, 2007): 99-100.

Resultaría, así, relevante establecer mecanismos de comunicación y diálogo por medio de los cuales los poderes públicos puedan reconocer los compromisos que asumen, siendo el Poder Judicial un órgano que incluso puede ser capaz de comunicar “a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones,”¹⁵² dando por descontado además que hay ocasiones en que lo que reclama la justiciabilidad de los derechos sociales es su propia estructura, pues “no existe derecho económico, social o cultural que no presente *al menos alguna* característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación.”¹⁵³ Lo que es tanto como decir que Atria acertaría si hablara *affirmative* y no *exclusive* respecto de la justiciabilidad de los derechos sociales: sus peligros democráticos, su filiación hobbesiana y su frecuente nulidad institucional.

Puede concluirse, por ello, que la justiciabilidad de derechos sociales es limitada pero posible, pero que lo es sobre todo si –como decía Alexy– el legislador (y, agregamos, el administrador) es inoperante, pudiendo así declarar reflexivamente una inconstitucionalidad, aun cuando en tal caso la última palabra institucionalmente hablando habría de seguir siendo del órgano democrático, y no del juzgador. Nos parecen exorbitantes, en cambio, posibilidades como las contempladas por Alexy y Pisarello: la de una directa formulación

152 Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2004): 431.

153 *Ibidem*, 47. La cursiva en el original.

judicial de cierto mandato constitucional y la de fijar plazos al legislador para que enmiende una legislación constitucionalmente deficitaria. En vez de ellas, tanto algunos rasgos de *Brown* como la más actual adjudicación de derechos sociales sugerirían la superioridad de combinar, como ya vimos, una fuerte afirmación de derechos con medidas judiciales más bien débiles y una actividad de seguimiento fuerte de ellas (en el sentido de provocar epistémicamente a los poderes representativos promoviendo un diálogo con estos que alimente y aun fuerce el ejercicio de sus deberes deliberativos).

Con todo, aún resta algo por decir. Y es que las ideas de Atria, allende el derecho estrictamente adjudicable en juicios adversariales según el esquema tradicional, lo conducen a la política, a la pedagogía y... *a la teología*. Atria cree que el sentido profundo de los movimientos sociales desencadenados a partir del año 2011 se resume así: los derechos sociales (que, como antes los civiles y políticos, son parte del contenido, de la definición misma de ciudadanía) estarían arraigando políticamente, de un modo desafiante para algunos, debido a –y precisamente contra– los arreglos institucionales que heredamos del pinochetismo. Tal proceso en desarrollo supondría un tránsito desde el mercado hacia los derechos sociales, o sea, una –intensa, si bien no unánime– demanda colectiva por la desmercantilización en variados campos de la comunidad política cuyas instituciones han estado configuradas hasta ahora según los criterios contractualistas del mercado –con el añadido de políticas focalizadas en paliar las condiciones de pobreza (“neoliberalismo con rostro humano”, en

la feliz frase del propio Atria).¹⁵⁴ Sea de esta constatación (y de las predicciones que de allí puedan hacerse) lo que fuere, interesa destacar finalmente que esta defensa de la ciudadanía social (*à la* Marshall) por sobre el contractualismo en lo que puede tener de individualista (¿será correcto hablar aquí *à la* Rawls?) reposa en presupuestos filosóficos y teológicos por definición discutibles y mejorables. ¿Cuáles?

Por un lado, Atria pone en obra (brevemente) una teoría de los paradigmas políticos. Es una idea del cambio político construida a partir de la teoría de las revoluciones científicas de Kuhn, particularmente a partir de la famosa tesis de la inconmensurabilidad de los paradigmas: la gravitación universal puede entenderse desde la relatividad, pero no a la inversa, y así análogamente ocurriría con el cambio político en tanto que explicable como una colisión de paradigmas irreconciliables.¹⁵⁵ Todo lo cual olvida que la inconmensurabilidad depende de una mensura común, de una medida compartida en cuya virtud paradigmas radical, revolucionariamente diferentes, sin embargo se refieren en un sentido básico a los mismos fenómenos.

Además, se halla en Atria una teología de la pedagogía lenta. Esta teología envuelve una serie de ideas. Primeramente,

154 Atria plantea tres tesis acerca del mercado (M1-M2-M3) y otras tres acerca de los derechos sociales (DS1-DS2-DS3) (Atria, *Los derechos sociales y la educación*, 87-123).

155 Vid. *Ibidem*, 97.

dice, en la historia (y no en unos presuntos derechos naturales prepolíticos –como sugiere el contractualismo–) se puede aprender a convivir y a asumir que hay aspectos del bienestar de cada cual que son de interés de todos y cuya realización es por tanto recíproca. Atria lo ejemplifica con el protagonista de la película *Gran Torino* (p. 70 n. 39). Pero añade: hay que abandonar una idea puramente biológica de la humanidad para pasar a una política.¹⁵⁶ Esto, por supuesto, merece reparos. Ya que puede y debe subrayarse la posibilidad de constatar biológicamente en los seres humanos (comparando, como se ha hecho, a niños con grandes simios) la espontaneidad irreflexiva de las conductas cooperativas o altruistas versus el carácter posterior, reflexivo y deliberado de las conductas racionales egoístas.

En segundo término, Atria asegura que la idea política de lo humano sitúa a los principios de justicia no ahistóricamente (“*once and for all*”), sino históricamente, es decir, como producto de una “lenta pedagogía”. Aquí Atria parafrasea a Taylor:

Dios educa a la humanidad lentamente, la modifica lentamente transformándola desde dentro [...]. Pero al mismo tiempo, la pedagogía es secuestrada, usurpada y mal aplicada; la educación ocurre en este campo de resistencia.¹⁵⁷

156 Vid. Atria, *Los derechos sociales y la educación*, 74.

157 Atria, *Derechos sociales y educación*, 70.

Con o sin consciencia, Atria remite a una categoría teológica de la que famosamente el N° 13 de la *Dei Verbum* da testimonio:

sin mengua de la verdad y de la santidad de Dios, la Sagrada Escritura nos muestra la admirable condescendencia [*condescensio*] de la Sabiduría eterna, ‘para que aprendamos su amor inefable y cómo adapta [*attemperatione*] su lenguaje a nuestra naturaleza con providencia solícita’. La palabra de Dios, expresada en lenguas humanas, se hace semejante [*assimilia*] al lenguaje humano, como la Palabra del Padre eterno, asumiendo la carne de la debilidad humana, se hizo semejante a los hombres (DH 4220).

Este texto, que a su vez se funda en una idea de Juan Crisóstomo¹⁵⁸, permite decir que la pedagogía divina se da en el ancho mundo –que es lo que subraya Atria-, pero no solo en él, sino también –y de una manera peculiar!– en las iglesias, que están inmersas en el mundo pero contrastando aguda, alternativamente con este. Lo que abriría una posibilidad no explorada por Atria, y sin embargo, políticamente relevante: la de una pequeña comunidad, el ‘resto

158 Vid. Cf. Juan Crisóstomo, *In Gen 3,8* (hom. 17,1): la *synkatábasis* (συνκατάβασις), de Dios en su Palabra encarnada. Un comentario sobre este asunto en: Joaquín Silva, “Pedagogía de la enseñanza teológica. La condescendencia de Dios como clave hermenéutica fundamental para la enseñanza teológica”, en *Teología y vida*, vol. 51, 1-2, (2010): 236-237.

de Israel', que se constituye como una sociedad alternativa y a la vez atractiva para toda sociedad estatalmente organizada, por cuanto en aquella la gracia va posibilitando unas relaciones humanas en las cuales paulatina aunque solo asintóticamente se va superando la pobreza, la desigualdad, la dominación, la violencia.

Dios, dice en fin Atria, puede desaparecer para dar una lectura política de este mismo párrafo: "como ocurre con los términos teológicos, siempre es posible volverlos sobre ellos mismos."¹⁵⁹ Esta frase, deliberadamente ambigua, es remachada hegelianamente:

el pueblo se educa lentamente, a través de la convivencia política, y aprende progresivamente qué significa vivir reconociendo al otro. Así, el pueblo se transforma a sí mismo, aunque, al mismo tiempo, esta pedagogía siempre puede ser usurpada y mal aplicada: la educación política ocurre en este campo de resistencia.¹⁶⁰

Todo esto requeriría, claro, una justificación más detallada y precisa. Ante todo una corrección fenomenológica. Y, luego, aun cuando la socialdemocracia realmente existente y un socialismo no capitalista puramente postulado fueran más humanos que el neoliberalismo, habría que hacerse

159 Atria, *Derechos sociales y educación*, 70.

160 Ídem.

cargo de la cuestión de si acaso no está capturada toda pretensión política y democrática -también la más progresista, ilustrada y cuidadosamente pedagógica- por la lógica de la retribución que, amparada en los poderes de este mundo, tarde o temprano termina por promover la condena de los pobres y pecadores de la tierra.

Bien lo ha señalado González:

lo decisivo de la acción de Dios está en otra parte: en aquellas comunidades que permiten que Dios reine y sea Señor sobre ellas, desterrando a los ídolos y comenzando ya una nueva sociedad. Esta es la verdadera ‘política’: la formación de asambleas (*ekklesíai*) de personas libres en las que desaparecen las diferencias económicas y sociales. En la iglesia cristiana, como nueva convocación de Israel (*qahal*), y a diferencia de las asambleas de la *pólis* griega, participaban las mujeres y los esclavos, mostrando la posibilidad de una sociedad nueva. Lamentablemente, muchos líderes religiosos prefieren hoy dedicar sus energías a la *pólis* establecida, y no al servicio de las comunidades alternativas. En el extremo, se llega a predicar a los poderosos que tienen que organizar sus sociedades de forma distinta sin que existan comunidades cristianas que puedan mostrar que, por la gracia de Dios, es posible vivir de otra manera. El agotamiento de muchas comunidades de base tiene su causa última en este desequilibrio fatal.

En cierto modo, para los líderes religiosos puede resultar más cómodo denunciar las responsabilidades de los poderosos en lugar de ver cuántos panes uno mismo tiene en la propia bolsa, no para repartirlos paternalmente, sino para ponerlos a disposición de todos en un banquete de iguales. En el Evangelio, mucho más importante y radical que el ‘anuncio y la denuncia’, es la primaria y decisiva renuncia a los bienes. Sin ella, no hay sociedad alternativa. Por eso mismo, la renuncia a los bienes no se predica primeramente a Herodes o a César Augusto, sino que se exige simple y llanamente del discípulo que quiere seguir a Cristo y formar parte de su comunidad. La gran cuestión de la justicia se juega en la disponibilidad que los cristianos tengan en el presente de permitir que el Espíritu forme comunidades mesiánicas donde se muestre la posibilidad de una alternativa al sistema. De hecho, siempre que el Espíritu actúa en las iglesias aparecen comunidades de este tipo, más o menos logradas, y por más que las estridencias de la cultura religiosa popular no siempre agraden a los teólogos. Siempre ha sido así en la historia de la iglesia cristiana, en todas sus confesiones. Sin embargo, un pertinaz constantinismo sigue haciendo pensar a muchos que el lugar por excelencia del cambio social no es otro que la sociedad en su conjunto. Desde el siglo IV, muchos tienen la idea de que toda la sociedad es o debe ser, de algún modo y casi por naturaleza, cristiana. En América

Latina la conquista significó una brutal continuación de este constantinismo, de modo que muchos, todavía en el siglo XX siguen hablando de un ‘continente cristiano’, a pesar de las flagrantes injusticias, de la evangelización muchas veces solo impuesta y aparente, de la progresiva secularización, y de las profundas divisiones religiosas. Pero los continentes no son cristianos, solamente las personas y las comunidades. En la mentalidad constantiniana, como todos son presuntamente cristianos, todos forman parte del pueblo de Dios, y todos están llamados a transformarse en una sociedad según el modelo del Éxodo y del Evangelio. Este modo de pensar, aunque puede inspirar algunas mejoras cosméticas en el sistema, está incapacitado para presentar alternativas verdaderamente radicales a la civilización imperante del capital. La sociedad en su conjunto no puede regirse por ideales que exigen la salida del sistema y que solamente son posibles, por tanto, desde la libertad de la fe. Cuando se pretende falsamente que todos son cristianos, no queda más remedio que rebajar las exigencias radicales del cristianismo, para convertirlo en una ética social aplicable a todos. Finalmente solo se pide que los poderosos, como Hammurabi, se acuerden del huérfano y de la viuda. En este esquema, caben fases de enfrentamiento entre el trono y el altar, pero estos episodios serán necesariamente breves, porque tanto el trono como el altar seguirán siendo parte de un sistema

social donde no se ha introducido novedad alguna. Los intereses comunes, desde la educación hasta las ceremonias públicas, los volverán a sentar en la misma mesa”¹⁶¹

Los textos originales

Los autores agradecen a las Revistas, editores y coautores la autorización otorgada para publicar sus artículos en este libro recopilatorio.

1. “La emergencia de los derechos sociales en el sistema constitucional chileno” en *Nomos* N° 2 (2008): 291-305.
2. “El contenido esencial de los derechos fundamentales: especial referencia a la libre iniciativa económica en el derecho español y chileno” en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 62, (2013): 177-196.
3. “Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile” en *Revista Chilena de Derecho* vol. 42 N° 1 (2015): 215-244.
4. “Justiciabilidad de los derechos sociales (a propósito de una argumentación de Fernando Atria)” en *Estudios Constitucionales* año 13 N° 2 (2015): 13-56.

161 “Antonio González “El evangelio de la fe y de la justicia”, en *Revista latinoamericana de teología*, 50 (2000): 189-190.

