



Serie

Working papers ICSO-UDP

Nº 3 - 2009

# Derechos Sociales en la Constitución del 80 (... y del 89, y del 2005)

---

Domingo Lovera Parmo



La Serie *Working Papers* ICSO-UDP busca difundir el avance de investigación de los académicos y estudiantes de la Facultad de Ciencias Sociales e Historia de la Universidad Diego Portales. En esta serie se presentan avances de investigación que forman parte de proyectos individuales o colectivos. Asimismo, se publican los trabajos de estudiantes involucrados en proyectos de investigación asociados al ICSO.

El ICSO tiene por objetivo coordinar la investigación de la Facultad de Ciencias Sociales e Historia de la Universidad. La misión considera promover espacios de intercambio académico y la realización de extensión que vincule el trabajo de la Facultad con el medio nacional e internacional.

Las personas interesadas en publicar en esta serie de Working Papers deberán enviar su trabajo al ICSO, donde se evaluará su pertinencia con esta serie. Si usted está interesado(a) en realizar una contribución favor enviar su trabajo a [francisco.chacon@udp.cl](mailto:francisco.chacon@udp.cl)

© Instituto de Investigación en Ciencias Sociales  
Serie Working Papers ICSO-UDP  
N° 3 - 2009  
<http://www.icso.cl>

### **Domingo Lovera Parmo**

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2002), Abogado (2003), LI.M. Columbia University (2007). Investigador, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales y Universidad Adolfo Ibañez.

## Derechos Sociales en la Constitución del 80 (... y del 89, y del 2005)

Domingo A. Lovera Parmo<sup>1</sup>

*"And they're farming babies,  
While slaves are working"*  
Temple of the Dog (1991)

### 1. Introducción

El presente trabajo busca avanzar algunas ideas sobre la consagración de los derechos sociales en la Constitución chilena. Por lo mismo, se trata de un trabajo, en parte descriptivo, en parte normativo. Descriptivo, en tanto no busca argumentar a favor o en contra de su consagración, si no que, cosa distinta, pretende dar cuenta de las razones para su actual (y particular) incorporación constitucional—con especial énfasis en los argumentos expuestos en la Comisión que redactó la carta. Normativo, en tanto las razones que acá se avanzan para explicar su incorporación, así como una perspectiva crítica de esas mismas razones, están cargadas de la inevitable necesidad de interpretar conceptos como los de democracia, participación y control de las leyes.<sup>2</sup>

Para lo anterior, comenzaré repasando—rápidamente—la lectura democrática y republicana de los derechos sociales, básicamente una que los concibe como precondiciones para la ciudadanía activa (2). Luego de esa breve introducción, se detallará la forma en que los derechos sociales se encuentran reconocidos en la Constitución de 1980 (3). Esta sección detalla algunas ideas de los redactores respecto a los derechos sociales (con especial énfasis en Jaime Guzmán) (3.1), para luego dar paso a la consagración formal de los derechos: especial énfasis de prestará al hecho que estos derechos se encuentran excluidos del ámbito de tutela de la acción de protección constitucional (3.2). En seguida, expondré las que, creo, son las principales razones que explican la consagración nacional de los derechos sociales. Las principales razones hacen referencia a las aprensiones de quienes intervinieron directamente en la elaboración y redacción final de la Constitución: la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, el Consejo de Estado y la (misma) Junta Militar (3.3). Finalmente, expondré algunos

---

<sup>1</sup> Agradezco las agudas observaciones que Lucas Sierra y Patricio Zapata formularan a éste trabajo en el marco de un encuentro realizado el día 19 de junio de 2009 en el Instituto de Ciencias Sociales (UDP), así como las de los demás participantes. De la misma forma, agradezco los comentarios que Jorge Contesse y Nicolás Espejo formularan a una versión preliminar de este trabajo.

<sup>2</sup> RONALD DWORKIN, JUSTICE IN ROBES 145-50 (2006).

debates que se han generado en torno al reconocimiento de, y litigio sobre, derechos sociales, teniendo en especial cuenta la importancia que esas discusiones y experiencia podrían tener para Chile (4). Volveré a destacar la ausencia de cobertura vía acción de protección y las posibles implicancias que ello podría acarrear a la luz de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile (4.1). Sugeriré que la acción de protección no es la única forma de garantía (4.2), y que la práctica constitucional comparada (y local) puede arrojar más luces al respecto (4.3). Reservo algunas conclusiones para el final (5).

## 2. Derechos sociales y ciudadanía

En la tipología tradicional de los derechos humanos, los derechos sociales, económicos y culturales reciben el nombre de ‘derechos de segunda generación.’ De ‘segunda generación,’ pues su advenimiento fue posterior en el tiempo al de los derechos civiles y políticos (o de ‘primera generación’).<sup>3</sup> Quienes hoy defienden la satisfacción de los derechos sociales, por su parte, colocan el énfasis en lo irrelevante de los ‘momentos generacionales de los derechos’ para, en cambio, centrarse en los derechos sociales como pre-condiciones para la acción democrática.<sup>4</sup>

En otras palabras, la satisfacción de las necesidades que los derechos sociales están llamadas a cubrir, viene a constituir el punto de partida de la ciudadanía democrática.<sup>5</sup> El punto es, aunque obvio, importante de destacar:

---

<sup>3</sup> En el derecho internacional de los derechos humanos, en cambio, esta distinción entre derechos ha quedado atrás desde que se asume que “todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana,” razón suficiente para no trazar diferencias generacionales entre los mismos. CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, 14-24 de Junio, 1993, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Preámbulo, U.N. Doc A/CONF.157/23 (12 de julio, 1993) (disponible en: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument)). Desde el punto de vista de las razones que justificaría esta distinción, se ha señalado que, mientras los derechos sociales son positivos (esto es, demandan del estado acción e inyección de recursos fiscales para su satisfacción), los civiles y políticos son, en cambio, negativos (se satisfacen a condición que el estado se abstenga—Estado negativo—de violarlos interviniendo (i.e. censurando, matando, inmiscuyéndose en la vida privada, etc.). Han argumentado en contra, entre otros, VÍCTOR ABRAMOVICH Y CHRISTIAN COURTIS, *LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS EXIGIBLES* 21-37, (2002) (avanzaré algunas ideas sobre este punto hacia la tercera sección).

<sup>4</sup> Luis Pérez, *Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas*, en *LOS DERECHOS SOCIALES EN SERIO: HACIA UN DIÁLOGO ENTRE DERECHOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS* (Luis Pérez et al. eds., 2008) 89-91.

<sup>5</sup> Lo que quiero sugerir, por tanto, es que la satisfacción de las necesidades económicas y culturales básicas de los ciudadanos es solo un primer paso, pero no el único, para avanzar a una democracia inclusiva. Como ha señalado Nicolás Espejo, redistribución y reconocimiento son dos caras de una misma política que aspira a configurar a toda persona como “un par en la interacción deliberativa [democrática] ... [una democracia que garantiza] inclusión, simetría y reciprocidad entre los participantes, ausencia de coerción o distorsión y libertad comunicativa.” Que la democracia sea inclusiva, por su parte, trae aparejados importantes efectos en la legitimidad (y no solo en la legalidad) de las decisiones adoptadas en, y a través, de ella. Nicolás Espejo, *Reconocimiento, redistribución y derecho: una propuesta democrático-discursiva*, en 24 ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL 2006 128-9, 132, 134-6 (2007). Sobre como la (sola) redistribución económica, en forma de subsidios y programas sociales asistenciales, no eliminan la

“quien está hambriento, empobrecido, sin hogar, enfermo, o [quien vive] sin educación puede no tener oportunidad alguna de disfrutar o ejercer derechos constitucionales que todos tomamos por concedidos”<sup>6</sup> (otorgados, garantizados, etc.) como la libertad de expresión y el derecho de reunión.<sup>7</sup> Según Sunstein, el caso más notable (por su claridad) es el de la educación: “[u]n determinado nivel de educación es indispensable para una efectiva ciudadanía, incluyendo el derecho a la libertad de expresión y el derecho a voto.”<sup>8</sup> Habermas, más recientemente, ha insistido en el punto. Pretendiendo dilucidar el conflicto entre las concepciones democráticas liberales y las republicanas, Habermas argumenta que derechos humanos y soberanía popular son conceptos no solo interrelacionados, sino que, además, se trataría de ideas conceptualmente originarias. Así, antes que subordinar la soberanía popular a los derechos humanos (como ocurre en la versión liberal de la democracia), o los derechos humanos a la soberanía popular (como ocurre en la tesis republicana), los derechos humanos serían “condiciones habilitadoras para el ejercicio de la soberanía popular.”<sup>9</sup> Los derechos sociales, así, y para finalizar este punto, satisfacen un nivel de vida adecuado que no haga ilusoria (ni formal ni materialmente) la participación.<sup>10</sup>

Ricardo Lagos, entonces Presidente de la República, y prologando un libro sobre la reforma constitucional de 2005—que no incluyó reformas en materia de derechos sociales<sup>11</sup>—se preguntaba por el sentido de “tener libertades de pensar, de expresarse, de reunirse, de emprender, de adquirir y disponer la propiedad de toda clase de bienes para personas que viven en

---

dominación y opresión a que se someten algunos grupos sociales, véase, IRIS MARION YOUNG, *LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA DE LA DIFERENCIA* 86-98 (Silvina Álvarez trad., Ediciones Cátedra 2000) (1990).

<sup>6</sup> RICHARD FALLON, JR., *THE DYNAMIC CONSTITUTION. AN INTRODUCTION TO AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 258 (2004).

<sup>7</sup> Destacando las conexiones entre satisfacción de necesidades básicas y libertad, MAURIZIO VIROLI, *REPUBLICANISM* 66-7, 84-5 (2002); Cass Sunstein y Randy Barnett, *Constitutive Commitments and Roosevelt's Second Bill of rights: a dialogue*, 53 *DRAKE LAW REVIEW* 205, 206-7 (2004-5).

<sup>8</sup> CASS SUNSTEIN, *THE SECOND BILL OF RIGHTS: FDR'S UNFINISHED REVOLUTION AND WHY WE NEED IT MORE THAN EVER* 185 (2004).

<sup>9</sup> Jürgen Habermas, *derechos Humanos y Soberanía Popular: las versiones liberal y republicana*, en *NUEVAS IDEAS REPUBLICANAS* 191, 206 (Félix Ovejero et al. comps., 2004).

<sup>10</sup> Cristián Courtis, *Los Derechos Sociales en Perspectiva: La cara jurídica de la política social*, en *TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO: ENSAYOS ESCOGIDOS* 185, 192-3, 197-8 (Miguel Carbonell ed., 2007).

<sup>11</sup> En verdad, las reformas de 2005, las mismas que, se dijo, venían a configurar una nueva Constitución para los chilenos y las chilenas, prácticamente no innovó en materia de derechos constitucionales. Jorge Contesse, *Las Reformas a la Constitución desde los Derechos Fundamentales*, 212 *REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN* 115 (2002) (advirtiendo sobre la escasa atención que se había prestado a los derechos fundamentales en el paquete de reformas constitucionales más importante desde el retorno a la democracia); Francisco Zúñiga, *Democracia y Estado de Derecho*, en *REFORMA CONSTITUCIONAL* (Francisco Zúñiga coord., 2005) 33, 54-6 (2005) (destacando las tareas pendientes de la reforma, en especial en lo relativo a derechos sociales).

condiciones de pobreza extrema,”<sup>12</sup> lo que demuestra, de alguna forma, el impacto político del argumento.

La relevancia de configurar los derechos sociales de esta forma estriba, justamente, en que el argumento que comúnmente se coloca sobre la mesa para reclamar contra la consagración (y si la hay, contra la justiciabilidad) de los derechos sociales es que, decisiones relativas a la distribución de los recursos fiscales debieran ser adoptadas por las instancias representativas de la comunidad.<sup>13</sup> Evidentemente ese argumento, realizado desde “ningún lugar,” esto es, sin evaluar el estado actual de la representatividad del Congreso, terminando siendo una petición de principios. En efecto—y no hay mayor sorpresa en esto—el Estado (incluido el parlamento) puede replicar las desigualdades sociales que evidencia la comunidad política. Como ha sugerido Sunstein, las desigualdades económicas y sociales—las más de las veces—terminan transformándose en desigualdades políticas “que privan al gobierno de los incentivos apropiados para responder al dolor humano.”<sup>14</sup> Un sistema político es sensato, he argumentado en otro lugar, cuando es capaz de reevaluar los niveles de representatividad que posee, y el litigio sobre derechos sociales ha servido—antes que para cuestionar la legitimidad de las intervenciones judiciales (lo que ha ocurrido, en todo caso)—para gatillar esa propia revisión.<sup>15</sup> Y cuando las puertas del Congreso se abren a la deliberación, en línea con lo que se ha venido señalando hasta acá, es preciso contar con ciudadanos, es decir, con personas viviendo en condiciones decentes para quienes la participación política no sea una opción al procurarse alimentación.<sup>16</sup> Por eso para Habermas la tarea del derecho se extiende al aseguramiento de una integración social que permita (efectivamente) el mutuo entendimiento por medio de la comunicación de

<sup>12</sup> Ricardo Lagos, *Una Constitución para el Chile del Bicentenario*, en REFORMA CONSTITUCIONAL, *supra* nota 11, p. 8-9.

<sup>13</sup> Sebastián Soto, *TC y alza de planes de salud*, EL MERCURIO, 3 de Julio, 2008.

<sup>14</sup> SUNSTEIN, *supra* nota 8, p. 185.

<sup>15</sup> El argumento acá, en efecto, no descansa tanto en la intervención judicial (sea adjudicando, sea ordenando el despacho de legislación en materia de derechos sociales) como en la receptividad de esa demanda en el parlamento. El parlamento es digno de ser llamado un espacio de representación cuando logra abrirse a los reclamos de quienes han sido excluidos del proceso político, exclusión que ha sido deliberada y no—como podría argumentarse simplonamente—“porque pedieron las elecciones.” El compromiso con la representatividad del congreso va más allá de la sola posibilidad de participar en las elecciones. El argumento concluye con las cortes abandonando la política cuando los ciudadanos (marginados del proceso político) así lo determinan. Domingo Lovera, *Implosive Courts: Again on Law, Courts, and Social Transformation (The Chilean Case)*, 3 CAMBRIDGE STUDENT LAW REVIEW 30 (2007). Pilar Domingo ha destacado que, en estos casos, las cortes operan como mecanismos de compensación institucional “frente a las desigualdades y las injusticias sociales y políticas, precisamente para aquellos individuos que no tienen otro canal de acceso, más que como votantes, a las estructuras del poder político.” Pilar Domingo, *La judicialización de la política el nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México*, en JUSTICIA, POLÍTICA Y DERECHOS EN AMÉRICA LATINA 27, 35 (Juan Palacio y Magdalena Candiotti eds., 2007). Ambas tesis recién mencionadas son tributarias, qué duda cabe, de una concepción procedimental de la revisión judicial, expuesta brillantemente por JOHN H. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980).

<sup>16</sup> CASS SUNSTEIN, *DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO* 233-5 (2001).

las personas que intervienen en el diálogo democrático. De otra forma, tal como he señalado antes, reclamar exclusividad para la sede parlamentaria (en desmedro de la judicial) sigue siendo una petición de principios si es el caso que no estamos dispuestos a discutir qué representación aspiramos a ver realizada por el proceso político.<sup>17</sup>

De otra parte, pero sobre esto vuelvo hacia el final del trabajo, que los derechos sociales se configuren como la “cara jurídica de la política social” impacta, más que en los mecanismos de garantías jurídicas de las cuales pueda disponerse para su exigibilidad—cosa que, en todo caso, reclaman varias posiciones más cercanas a la defensa de los derechos humanos—en su configuración como obligaciones jurídico-políticas que pueden reclamarse en sede parlamentaria y administrativa, también.<sup>18</sup>

### 3. Los derechos sociales en la Constitución chilena: las aprensiones de la dictadura

En esta sección examino principalmente tres cuestiones. Primero, y en contraste con la tesis antes esbozada, se repasarán algunas ideas de Jaime Guzmán relativas a los derechos sociales—principal ideólogo tras la Constitución. En segundo lugar haré referencia a la (particular) forma en que se encuentran consagrados los derechos sociales en Chile, para finalizar, en la tercera sección, avanzando las que razones que, me parece, permiten explicar ese reconocimiento.

#### 3.1 La ideología tras la Constitución

¿Era posible pensar en la satisfacción de derechos sociales como ciudadanía, en el contexto del régimen militar? Jaime Guzmán, el cerebro jurídico tras la dictadura, pensaba que la demagogia consistía en “la tentación de brindar

---

<sup>17</sup> JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY 83 (William Rehg trad., The MIT Press 1998) (1992). Un argumento similar, con fuerte respaldo en los trabajos de John H. Ely, expuso Frank Michelman, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, 3 Washington University Law Quarterly 659, 675-81 (1979). Un argumento similar, aunque distinto, cuya tesis central acá no abordo, sugiere que la satisfacción de los derechos sociales surge como obligación de las cláusulas constitucionales de igualdad. En palabras del mismo Michelman, la provisión de bienes básicos sería no solo un derecho moral, sino un derecho constitucional al que tendrían derecho las personas. El argumento, en este sentido, depende de la concepción de igualdad que se sostenga. Frank Michelman, *The Supreme Court, 1968 Term-Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment*, 83 HARVARD LAW REVIEW 7 (1969); José García Añón, *Derechos Sociales e Igualdad*, en DERECHOS SOCIALES: INSTRUCCIONES DE USO 79 (Víctor Abramovich et al., comps. 2003). En contra de la (rápida) conexión entre derechos morales y derechos constitucionales (a la que sigue el establecimiento de un sistema de revisión judicial), Jeremy Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, 13 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 18 (1993).

<sup>18</sup> Como se verá, que ese reclamo no pueda efectuarse en sede judicial, pues no existen garantías para exigir la satisfacción de derechos sociales ante los tribunales de justicia, es parte de las razones que se han esgrimido para argumentar que no se trata de derechos en absolutos.

beneficios efímeros a cambio del consiguiente apoyo político inmediato....”<sup>19</sup> Pinochet, por cierto, no lejos de él, coincidía en que los períodos electorales eran terreno fértil para “presenta[r] programas teóricos, con metas inalcanzables.”<sup>20</sup>

Lo que llamaba la atención de Pinochet—según el mismo lo señalara—era la facilidad con la que el pueblo se dejaba convencer con esas ofertas electorales. Concluyó que una de las razones por las cuales ello ocurría, era por la “actitud peticionaria de una minoría ingenua ... [que buscaba] las soluciones a sus problemas por el Estado, y no por el esfuerzo personal.”<sup>21</sup> Agregó, además, que el gran problema de su gobierno, la pobreza, debía “ser vencid[o] mediante una acción técnica, realista, pragmática, que estimule el trabajo, la competencia, la superación, y que no convierta al hombre en un esclavo del Estado.”<sup>22</sup>

La importancia de recordar las reflexiones anteriores, radica en el impacto que éstas ideas tuvieron en la forma en que (finalmente) se terminaron reconociendo los derechos sociales en la Constitución chilena—y, como contrapartida, se terminó estructurando un sistema privado de provisión de necesidades sociales.<sup>23</sup>

### 3.2 La Constitución de 1980 (de 1989 y de 2005)

<sup>19</sup> Jaime Guzmán, *La Definición Constitucional*, en LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE 40 (Fundación Jaime Guzmán E. ed., 1999).

<sup>20</sup> AGUSTO PINOCHET, POLÍTICA, POLITIQUERÍA, DEMAGOGIA 61 (1983). Cea ha insistido en el impacto de estas concepciones políticas en la posterior recepción de los derechos sociales en la Constitución de 1980. JOSÉ CEA, EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CHILE: SÍNTESIS CRÍTICA 149 (1999) (“Probablemente, el clima tensional y antiolecionista imperante aún hacia 1974 o 1975 explica—pero no justifica—tal modo de pensar. Próxima a esta razón, se argumentó también en dicha Comisión [de Estudios para la Nueva Constitución] que poner énfasis en los derechos sociales era incurrir en demagogia o en populismo”).

<sup>21</sup> En efecto, señaló que el quehacer público había estimulado para el Estado un papel de “solucionador (sic) de problemas,” transformando al ciudadano chileno en un “peticionario, “que sólo exigía derechos y soluciones al Estado” dejando de lado la iniciativa, su responsabilidad y esfuerzo personal en la satisfacción de sus necesidades. Id., p. 62-3. Lo anterior evidencia parte importante de la matriz que estaba a la base de las reformas sociales introducidas por el régimen militar. Así, por ejemplo, y a propósito de la reforma al sistema previsional, Larroulet señalaba que “cambiar de un sistema de seguridad estatal de reparto a uno de capitalización personal ... tiene importantes consecuencias morales ... el sistema de reparto no promovía el esfuerzo, la responsabilidad, la solidaridad, y otros valores morales cruciales para una sociedad cristiana.” Cristián Larroulet, *La privatización del sistema previsional y sus beneficios para el futuro de la familia*, 34 SERIE OPCIÓN SOCIAL: LIBERTAD Y DESARROLLO 14 (1996). En similar sentido, Renato Cristi ha mostrado los vínculos políticos entre catolicismo y capitalismo, que Jaime Guzmán defendió en su etapa más joven (con un especial énfasis en el individuo), y que luego reformularía para defender la formulación de una sociedad de, y estructurada en torno al, mercado y al capitalismo liberal. RENATO CRISTI, EL PENSAMIENTO POLÍTICO DE JAIME GUZMÁN 59, 161 (2000).

<sup>22</sup> PINOCHET, *supra* nota 20, p. 111.

<sup>23</sup> Acá es donde mayor eco parecen haber tenido las palabras de Pinochet y los demás: el Estado no va a satisfacer sus necesidades más básicas, aunque de todas formas va a reclamar su fidelidad a la república (Patria, habría dicho el general). Es más, si usted desea cubrir esas necesidades, deberá pagar por ellas, sin perjuicio de las restricciones estructurales para acceder a ellas. En efecto, ni Guzmán ni Pinochet—ni Larroulet, después—repararon en las diferencias estructurales que hicieron (y todavía hacen) para algunos imposible si quiera acceder al sistema privado.

La Constitución Política de la República de Chile dedica su Capítulo III a los *Derechos y Deberes Constitucionales* de las personas. Junto con establecer un catálogo de derechos,<sup>24</sup> estatuye dos acciones constitucionales encargadas de entregar tutela judicial a las personas: la acción de protección y el recurso de amparo (*habeas corpus*).

La primera de ellas, que para estos efectos interesa, opera en el caso en que a una persona o varias se vean amenazadas, perturbadas o privadas del ejercicio legítimo de sus derechos, sea a través de un acto u omisión, arbitrario o ilegal<sup>25</sup>, imputable al Estado o a un particular<sup>26</sup>. Los requisitos para que proceda esta acción son: (a) que se trate de un acto u omisión; (b) arbitrario o ilegal (o arbitrario e ilegal); (c) que cause amenaza, perturbación o privación; (d) del ejercicio legítimo de los derechos a las personas; (e) siendo ese acto u omisión imputable al Estado o a algún particular<sup>27</sup>.

Ahora bien, ocurre que la Constitución, una vez que consagra la acción, se encarga de reducir su efecto de tutela pues excluye algunos derechos de su halo protector. Aquellos derechos que quedan bajo su tutela, para el caso de que sean perturbados o amenazados o que haya habido privación de los mismos, son los de corte libertario o individual (libertad de expresión, propiedad privada, vida privada, libertades económicas—con una acción constitucional a su favor<sup>28</sup>—y de conciencia, entre otros). Son excluidos, en cambio, los de contenido económico, social y cultural (como el derecho al trabajo y a la salud).<sup>29</sup>

<sup>24</sup> La doctrina se ha dividido acerca del carácter taxativo, o no, de dicho catálogo.

<sup>25</sup> Como es de suponer, se trata de requisitos que pueden confluir en una misma hipótesis de vulneración de derechos. Es decir, en un mismo recurso puede reclamarse un acción y una omisión y, una y otra, pueden ser, al mismo tiempo, arbitrarias e ilegales.

<sup>26</sup> El tema acá no es pacífico. Si bien es cierto que los derechos fundamentales, en su génesis, nacen como prerrogativas de los particulares en frente del poder del Estado, el desarrollo del (neo)constitucionalismo extendió su poder normativo a los particulares. Es decir, estos derechos ya no son solo oponibles al Estado (efecto vertical), sino también a los particulares (efecto horizontal o —en la versión alemana que desarrolló esta tesis—*Drittwirkung*). Nuestra Constitución, se ha argumentado, recoge este segundo efecto en el artículo 6° de la Constitución; la redacción de la acción de protección deja abierta la puerta para que ella opere entre particulares, cuestión que nuestra jurisprudencia ha aceptado. Domingo Lovera, *La Respuesta Razonable: el estándar de los Derechos Fundamentales*, 285 REVISTA GACETA JURÍDICA DE LOS TRIBUNALES 46 (2005).

<sup>27</sup> A los requisitos que exige la Constitución, deben sumarse los demás que, a través de diversos Autos Acordados, ha sumado la Corte Suprema. Esos Autos Acordados, cuestionados en su constitucionalidad y cuyo principal efecto ha sido el de limitar la acción de protección, encuentra justificación—argumentó la Corte—en alto número de recursos de protección que las cortes deben resolver día a día. Corte Suprema de Chile, Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales (24 de junio de 1992, modificado en 1997 y 2007). Así, hoy esta acción debe interponerse en un plazo de 30 días (antes de 15) y, una vez interpuesta, revisada en su mérito por una sala de cuentas. Esta revisión, introducida, como vengo diciendo, por la misma Corte Suprema, evalúa—en secreto—la plausibilidad de los argumentos esgrimidos por el recurrente. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2004 (HECHOS DE 2003) 28-38 (2004). Sobre el examen previo de admisibilidad, GASTÓN GÓMEZ, RECURSO DE PROTECCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES 86-94 (2005).

<sup>28</sup> El denominado Recurso de Amparo Económico.

<sup>29</sup> No debe pasarse por alto el hecho que el Estado de Chile aún no ratifica el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y

La jurisprudencia en nuestros tribunales, en materia de recursos de protección, han confirmado el texto constitucional.<sup>30</sup> Así, en el caso de personas viviendo con VIH/SIDA, que recurrieron contra el Ministerio de Salud reclamando acceso a las (entonces) tri-terapias, vieron sus recursos rechazados por tratarse de un asunto “que sobrepasa[ba] los márgenes del procedimiento de protección.”<sup>31</sup> Y aunque alguna vez la Corte de Apelaciones de Santiago concedió un recurso señalando que el derecho a la vida “es un derecho de carácter absoluto y al margen de toda posibilidad de negociación patrimonial,”<sup>32</sup> la Corte Suprema revocó la decisión dejando en claro que se trataba de un asunto que “atañe a las autoridades de salud [encargadas de] llevar a la práctica las políticas de salud diseñadas e implementadas por la Administración del Estado acorde con los medios de que disponga para ellos y con otros parámetros que no cabe dilucidar por esta vía.”<sup>33</sup> Este argumento, que utiliza la Corte, como veremos, tuvo importante peso en la consagración de los derechos sociales en la Constitución chilena.

### 3.2. Las razones de la dictadura

Como han señalado Pablo Ruiz-Tagle y Renato Cristi, los derechos sociales, en Chile, se introducen con la Constitución de 1925. El avance, sin embargo, cede terreno en 1980 a favor de una Constitución (neoliberal, en concepto de los autores<sup>34</sup>) que privilegia la provisión de necesidades básicas a través de la acción privada, acción que el Estado, no sin problemas, y en el mejor de los casos, solo regulará (o supervigilará). Las palabras de Guzmán lo reafirman. En efecto, criticando la Constitución de 1925, dijo que “[u]na misma Constitución no puede servir igualmente para vivir en colectivismo o

---

Culturales de 1998, lo que trae importantes efectos en materia de exigibilidad de los derechos sociales. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *supra* nota 27, p. 380.

<sup>30</sup> Uno esperaría que esto fuera siempre así. Sin embargo, no son pocas las ocasiones en que la Corte Suprema—y las de apelaciones—vuelven sobre sus pasos. El caso de la píldora del día después, cuando se lo compara con un recurso decidido en materia de acceso a medicamentos para personas viviendo con VIH/SIDA—que más abajo detallo—así lo evidencia.

<sup>31</sup> Alejandra Zúñiga, *El interés público del derecho a la vida*, en LITIGIO Y POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS 108 (Felipe González ed., 2002).

<sup>32</sup> La Corte agregó que “el establecer un orden de prioridad para que los portadores de [virus de] inmunodeficiencia humana (VIH) accedan al tratamiento farmacológico que les permitirá vivir, basado en razones técnicas pero determinado al fin por razones económicas, es jurídica y moralmente inaceptable pues establece, necesariamente, una discriminación arbitraria entre personas que se encuentran en una misma situación”. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 3.025, 28 de Agosto, 2001.

<sup>33</sup> Corte Suprema, Rol No 2.186, 9 de Octubre, 2001. El detalle e impacto de estos casos se encuentra, con mayor detalle, en Zúñiga, *supra* nota 31 y en Jorge Contesse y Domingo Lovera, *Acceso a Tratamiento Médico para Personas viviendo con VIH/SIDA: Éxitos sin victoria en Chile*, 8 SUR REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 148 (2008).

<sup>34</sup> Siguiendo a Ruiz-Tagle y Cristi, el régimen constitucional que inaugura la Constitución de 1980 “violentamente extiende una racionalización neoliberal totalizante a todos los ámbitos de la vida social e institucional.” RENATO CRISTI Y PABLO RUIZ-TAGLE, LA REPÚBLICA EN CHILE. TEORÍA Y PRÁCTICA DEL CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO 23 (2006).

en libertad ... El hecho que se pudiera pasar ... [a un país] de economía abiertamente colectivista y marxista, sin necesidad de reforma constitucional ninguna, acusa de modo elocuente la vulnerabilidad de nuestra antigua democracia ....<sup>35</sup> De ahí su opción de anclar en la Constitución un modelo económico que optara por “no deja[r] duda en cuanto el compromiso libertario de la nueva democracia en materia económica.”<sup>36</sup> Retomando sus ideas, antes manifestadas por Pinochet acerca del rol e iniciativa de los privados y el Estado, señaló que el “nuevo esquema constitucional se define resueltamente por un sistema económico libre, fundado en la propiedad privada de los medios de producción y en la iniciativa particular como motor básico de la economía.” Esta declaración de los nuevos principios constitucionales de Guzmán, unida a la redacción que adquiere en artículo 1° incisos 3° y 4° de la Carta, otorgan un nuevo papel para el Estado: “La nueva institucionalidad económica ... deja al mercado ... la iniciativa y gestión productora, y reserva al Estado sólo aquello que los particulares no pueden realizar adecuadamente ....”<sup>37</sup>

Las ideas anteriores, junto con las disposiciones constitucionales en materia de libertad económica, configuran el rol subsidiario del Estado, que se extiende a la provisión de derechos sociales.<sup>38</sup> En efecto, la situación de los derechos sociales en Chile debe entenderse en el contexto de la política radical de privatización de los beneficios sociales impulsada por Pinochet. Hoy en día Chile continúa las mismas políticas y, como consecuencia de ello, los servicios de salud, educación y seguridad social dependen, en gran medida, de empresas privadas<sup>39</sup> o, como gusta decir a Cea, de la “sociedad civil.”<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> Guzmán, *supra* nota 19, p. 33.

<sup>36</sup> *Id.*, p. 34.

<sup>37</sup> Citado por CRISTI, *supra* nota 21, p. 164. El mismo Guzmán insiste en la capacidad, vocación y libertad emprendedora de los empresarios para crear riqueza—que debía “chorrear” hacia los más pobres (pp. 15-7).

<sup>38</sup> CRISTI Y RUIZ-TAGLE, *supra* nota 34, p. 329-32. Para Cea, este Estado, el subsidiario, “no el guardián liberal ni el totalitario” es el que mejor representa la “Democracia Social.” JOSÉ CEA, TRATADO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980. CARACTERÍSTICAS GENERALES. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 85 (1988). Posteriormente insistiría en que “pensamos que hoy y en el futuro se hará, cada día más nítido, que los derechos sociales exigen, para su concreta materialización, el esfuerzo de la sociedad civil o del No Estado ....” (énfasis omitidos). CEA, *supra* nota 20, pp. 148-9. Como la satisfacción de estos derechos queda a cargo, principalmente de la sociedad civil o el “No Estado,” entonces “el Estado queda siempre llamado a intervenir en la tarea, pero para servir con un rol *subsidiario*, que le incumbe en una comunidad nacional solidaria, activa o participativa, responsable e integrada.” JOSÉ CEA, 2 DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO: DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS 52 (2003).

<sup>39</sup> Esa continuidad, como se ha señalado, es el fruto de las negociaciones que permitieron el retorno a la democracia en los últimos años de los 80s. TOMÁS MOULIAN, CHILE ACTUAL: ANATOMÍA DE UN MITO 37 (2002) (“[El consenso chileno] [e]s la enunciación de que el problema del capitalismo pinochetista era [solo] Pinochet en el gobierno”). Esas negociaciones, que puede describirse como un acuerdo entre las fuerzas de derecha e izquierda chilenas, sumergió a Chile en una política de privatizaciones que no se ha detenido desde entonces, en contraste con el resto de América Latina donde el surgimiento de los derechos sociales parece ser consecuencia del balance de poder entre izquierdas y derechas. Roberto Gargarella, Pilar Domingo & Theunis Roux, *Courts, Rights and Social Transformation: Concluding Reflections*,

El impacto de esas ideas no se agota en la estructuración de un nuevo Estado (subsidiario), pues (por eso mismo) tienen especial relevancia en la consagración final de los derechos sociales en la Constitución.<sup>41</sup> Tres son las razones principales para el actual reconocimiento de los derechos sociales y todas ellas—en algún sentido—se encuentran entrelazadas.

### 3.3.1. *Derechos positivos y derechos negativos*

Primero, la comisión a cargo de desarrollar los borradores de la Constitución—denominada ‘Comisión de Estudios para la Nueva Constitución’ (CENC)—entendió los derechos sociales de acuerdo a la tesis más tradicional:<sup>42</sup> como derechos positivos. Los entendió, entonces, como una categoría de derechos opuestos a los denominados negativos.<sup>43</sup> En otras palabras, entendió los derechos sociales como derechos cuya implementación requiere siempre—y únicamente—de la intervención gubernamental.<sup>44</sup> Parte de los debates que se verificaron en la CENC nos ayudan en la conclusión anterior. Enrique Evans, miembro de la CENC, y mientras discutía el ámbito y alcance del recurso de protección, señaló que:

---

COURTS AND SOCIAL TRANSFORMATIONS IN NEW DEMOCRACIES. AN INSTITUTIONAL VOICE FOR THE POOR? 255, 256 (Roberto Gargarella, Pilar Domingo & Theunis Roux eds., 2006).

<sup>40</sup> En efecto, Cea señala que, de acuerdo al artículo 1° de la Constitución, el papel del Estado es el de contribuir a la satisfacción de los derechos sociales, pero no la de concederlos exclusivamente. En ese orden de cosas—afirma—la satisfacción de los derechos sociales queda supeditada a la “secuela de principios como la participación, solidaridad, equidad, responsabilidad y desarrollo, ascendentes desde la base vecinal, no descendentes a partir de la cúpula estatal” CEA, SISTEMA CONSTITUCIONAL, *supra* nota 20, p. 150-1. En la versión actualizada del tomo I de su manual, Cea asegura que a la sociedad civil le corresponde, “al menos en igualdad con el Estado-gobierno, asumir la responsabilidad de materializar los derechos económicos-sociales ... Ese es el sentido de la democracia social ... fundado en el valor de la solidaridad interna de cada Estado e internacional.” Aclara, con todo, que dicha justicia social debe entenderse en el contexto de “régimen económico de mercado en vigor,” donde el Estado debe retirarse para permitir a la sociedad civil llevar adelante “labores de mecenazgo, compromisos solidarios, proyectos filantrópicos u otros ...” JOSÉ CEA, 1 DERECHO CONSTITUCIONAL 90-1 (2ª ed., 2008). Acá la referencia a las palabras de Elvira Santa Cruz, voluntaria de una obra de caridad del Chile de principios del Siglo XX, es innegable: “Los pobres son los niños chicos de la humanidad. Ellos no comprenden las causas de sus desigualdades irritantes (...) La vida es triste para ellos desde que nacen hasta que mueren ...” Ello evidencia, sostiene Oscar Contardo, el paradigma benefactor que mira al pobre como un hermano menor al que había que ayudar. OSCAR CONTARDO, SIÚTICO: ARRIBISMO, ABAJISMO Y VIDA SOCIAL EN CHILE 48 (2008).

<sup>41</sup> Estas razones las expuse por primera vez en Domingo Lovera, *El Informe de Chile ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el Papel del Derecho*, 1 ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS 167, 168-9 (2005).

<sup>42</sup> Tradicional en el sentido que afirma Courtis: como tributario de un modelo patrimonialista configurado a partir de un ciudadano propietario para quien la noción de derechos individuales no hace sentido, en parte, por su escaso (y reciente) desarrollo. Courtis, *supra* nota 10, p. 185-7.

<sup>43</sup> Ivan Hare, *Social Rights as Fundamental Rights*, en SOCIAL AND LABOUR RIGHTS IN A GLOBAL CONTEXT 153 (Bob Hepple ed., 2002); DAVID KELLEY, A LIFE OF ONE’S OWN 22 (1998).

<sup>44</sup> CEA, 2 DERECHO CONSTITUCIONAL, *supra* nota 38, p. 55 (explicando porque la CENC temía a la idea de democracia centrada en el Estado, una consecuencia inmediata—pensaban los miembros de esa comisión—del reconocimiento de una democracia social).

“[Un derecho, para merecer la protección que estamos discutiendo] debe ser una garantía [como se denomina en Chile tradicionalmente a los derechos fundamentales] a la cual se tenga acceso por el solo hecho de vivir en este territorio y que no dependa de las prestaciones que debe suministrar el Estado.”<sup>45</sup>

Finalmente, Evans termina su intervención proponiendo la eliminación de los derechos sociales de la Constitución en tanto derechos, pues su satisfacción “corresponde a otros mecanismos, esencialmente administrativos.”<sup>46</sup> Guzmán es más simple para coincidir con Evans:

“[P]or la naturaleza propia de los derechos llamados ‘sociales’, aquellos que dependen de la capacidad económica del Estado o de la acción gubernativa general del Estado, no pueden entenderse cubiertos por esta disposición [el ‘recurso de protección’] por su naturaleza propia . . . .”<sup>47</sup>

“[P]or su naturaleza propia, recursos como el de amparo u otros análogos sólo pueden ser establecidos para ciertos derechos que, también por su naturaleza, sean susceptibles de ser protegidos por recursos semejantes. Y, en ese sentido, estimo que con razón deben quedar excluidos todos los que se llaman ‘derechos sociales’ o cuya atención en forma suficiente depende de alguna manera de la capacidad económica del Estado; están, en consecuencia, necesariamente restringidos por la naturaleza del derecho.”<sup>48</sup>

En resumen, y según ha señalado Cea, los derechos sociales no son otra cosa que “aspiraciones, pretensiones o expectativas de llegar a gozar de un determinado derecho, cabal podría decirse, en el futuro.”<sup>49</sup>

Desde luego que el problema de esta concepción de los derechos sociales, como han sugerido Holmes y Sunstein, entre otros, es que la historia de todos los derechos liberales, por caso del derecho de propiedad, muestra que (todos) ellos descansan en recursos estatales.<sup>50</sup> Es por lo anterior que, si todos los derechos “cuya atención en forma suficiente depende de alguna manera de la capacidad económica del Estado” deben ser excluidos de la Constitución, siguiendo a Guzmán no deberíamos tener ningún derecho reconocido en el Capítulo III.<sup>51</sup>

---

<sup>45</sup> 213 ACTAS DE SESIONES COMISIÓN CONSTITUYENTE, May. 20, 1976, *reimpresas en* EDUARDO SOTO, EL RECURSO DE PROTECCIÓN app. 8, 508 (1982).

<sup>46</sup> Id.

<sup>47</sup> 213 ACTAS DE SESIONES COMISIÓN CONSTITUYENTE, *supra* nota 45, p. 520.

<sup>48</sup> Id. p. 510.

<sup>49</sup> CEA, SISTEMA CONSTITUCIONAL, *supra* nota 20, p. 149.

<sup>50</sup> STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES 15 (1999).

<sup>51</sup> Sin mencionar siquiera el terror y repulsión que los miembros de la CENC sentían solo de pensar en que habría personas viviendo del Estado sin realizar sacrificio alguno. CEA, 2 DERECHO CONSTITUCIONAL, *supra* nota 38, p. 55 (“[E]ntonces [mientras se discutía la nueva Constitución] cuando se hablaba de democracia social, entendíase por tal la implantada, desde arriba, por órdenes del Estado-Gobierno y con

### 3.3.2. Ciudadanía y participación

Una segunda razón que explica el hecho que los derechos sociales se encuentren excluidos de la tutela del recurso, puede encontrarse en la forma en que la democracia chilena se estructuró bajo Pinochet (y que se ha perpetuado en los gobiernos siguientes). Cuando la Constitución fue (secretamente) discutida y, luego, aprobada, los miembros de la CENC, pero especialmente los revisores finales del borrador—la Junta Militar con Pinochet a la cabeza—eran contrarios a cualquier forma de participación política. Una ciudadanía activa se percibía como una amenaza para la gobernabilidad del país, visión que se había construido sobre la base de construir una fuerte crítica contra el de Salvador Allende.<sup>52</sup> Así, por ejemplo, el mismo Pinochet recomendó disminuir el rol de los partidos políticos.<sup>53</sup> Sus ideas eran que el Congreso era solo un reducto abierto a la demagogia y al populismo,<sup>54</sup> razón que, además, fundamentaría la incorporación en la Constitución de una *sui generis* forma de ‘frenos y contrapesos’; los senadores designados.<sup>55</sup> Ese mismo temor—a esas alturas, si consideramos la despiadada forma con que actuaba el régimen de Pinochet, una verdadera retórica vacua—fue la *razón* para la creación del ‘Consejo Nacional de Seguridad.’<sup>56</sup> Dentro del contexto de la ‘democracia protegida’ chilena,<sup>57</sup> el pueblo era cualquier cosa menos el soberano.<sup>58</sup> Como los miembros de la

---

recursos fiscales pródigamente dispensados, a menudo sin sacrificio”). Véase también UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *supra* nota 27, p. 442 (dando cuenta que una de las ideas detrás de la reforma al sistema de seguridad social chileno a comienzos de los años 80’s, era la de hacer realidad “la esencial relación que cada institución humana debe mostrar entre contribuciones y beneficios”).

<sup>52</sup> Fernando Leiva, *From Pinochet’s State Terrorism to the “Politics of Participation”*, en DEMOCRACY IN CHILE. THE LEGACY OF SEPTEMBER 11, 1973 73, 76 (Silvia Nagy-Zekmi & Fernando Leiva eds., 2005).

<sup>53</sup> MOULIAN, *supra* nota 39, p. 242.

<sup>54</sup> Id. p. 243.

<sup>55</sup> Se trataba de senadores no elegidos popularmente, sino que directamente nominados por las fuerzas Armadas (4), la Corte Suprema (3) y el Presidente (2). Ellos, en conjunto, conformaron cerca del 20% del Senado mientras la institución operaba—pues desaparecieron con las reformas de 2005.

<sup>56</sup> El órgano consultivo de Pinochet, originalmente compuesto por el Presidente (*de facto*); los comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas (4); El Presidente del Senado; el Presidente de la Cámara de Diputados; el Presidente de la Corte Suprema; y el Contralor General de la República—las reformas de 2005 también introdujeron algunos cambios acá.

<sup>57</sup> Leiva, *supra* nota 52, p. 73.

<sup>58</sup> Id. p. 75 (“En el nombre de la ‘democracia protegida,’ el régimen militar de Pinochet creo un sistema político ‘expresamente diseñado para prevenir que los actores sociales pudieran afectar al propiedad privada y el libre funcionamiento de las fuerzas del mercado’”). Con todo, es importante destacar que, quienes se han colocado a la cabeza de los gobiernos nacionales en los momentos “fundacionales” de nuestra república, han mantenido una lógica similar en torno a la participación popular. Diego Portales, por ejemplo, a quien se atribuye el honor de haber configurado el orden político imperante, se mostraba acérrimo crítico de las asambleas populares y la democracia. FERNANDO CAMPOS HARRIET, HISTORIA CONSTITUCIONAL DE CHILE 164 (2005, 7ª ed.); IVÁN JAKSÍC A., ANDRÉS BELLO: LA PASIÓN POR EL ORDEN 135 (2001); RENATO CRISTI, EL PENSAMIENTO POLÍTICO DE JAIME GUZMÁN: AUTORIDAD Y LIBERTAD 198 (n. 16) (2000). La democracia, pensaba, “es un absurdo para países como el nuestro, lleno de vicios y con una ciudadanía carente de cualquier clase de virtud.” Solo una vez educados los ciudadanos en las virtudes de la moralidad pública—razonaba Portales—podrá introducirse alguna clase de democracia. JULIO

CENC consideraban que los derechos sociales eran manifestaciones de la política estatal, se decidió excluir estos derechos de cualquier clase de justiciabilidad. Un resultado diverso habría significado aceptar tener a la ciudadanía controlando al gobierno (de facto) y sus políticas, algo simplemente impensable a esas alturas (y a las actuales).

### 3.3.3 *Qué participación (y mercado)*

Tercero, y en lo que viene a ser una consecuencia de lo recién mencionado, la dictadura de Pinochet produjo importantes efectos en la participación ciudadana. El ciudadano político fue eliminado por la dictadura,<sup>59</sup> sin mencionar las formas más radicales de violación a los derechos humanos que Chile conoció. Ese ciudadano político, alguna vez interesado en el correcto funcionamiento de la república, fue (forzosamente) reemplazado por los 'nuevos ciudadanos del mercado,' en las palabras de Leiva,<sup>60</sup> o por los 'ciudadanos credit-card,' según Moulian.<sup>61</sup> Los ciudadanos, así forzados, llegaron a ser miembros de grupos más grandes compuestos por (otros) individuos, cuyas necesidades debían ser resueltas por el funcionamiento perfecto de la nueva panacea económica: el libre mercado.<sup>62</sup> Esa política se ha mantenido bajo los gobiernos de la 'Concertación.' El mercado, primero, y la globalización, después, serían—se dijo—las claves para que la población saliera de su condición de pobreza. Como ha señalado Fernando Leiva, la 'Concertación'—siguiendo el modelo impuesto por Pinochet—ha articulado la "idea de que los mercados y la globalización contienen no solo el poder de aliviar la pobreza, sino también el poder de revolucionar todos los aspectos de la sociedad chilena".<sup>63</sup> Desde entonces los ciudadanos son llamados a tomar parte del mercado, asociándose entre ellos para que su funcionamiento perfecto satisfaga sus necesidades. La esfera política, por ello, se reemplazó (ficticiamente) por la esfera del mercado. Ese reemplazo, además, se explica también por el escepticismo que los gobiernos de la 'Concertación' mostraron desde sus comienzos hacia una sociedad civil

---

FAUNDEZ, DEMOCRATIZATION, DEVELOPMENT, AND LEGALITY: CHILE, 1831-1973 18 (2007). La respuesta de las autoridades que busca justificar estos bajos niveles de participación, sin embargo, responsabilizan a la ciudadanía. Suele esgrimirse la existencia de una ciudadanía apática, débilmente organizada, atomizada en torno a intereses muy específicos y poco conciliables, como parte de las razones para explicar los índices que sitúan a Chile dentro de los países con los índices más bajos de cultura y participación política.<sup>58</sup> Los contornos constitucionales dentro de los cuales se sitúa la democracia, como muestran las notas que acá reviso, en cambio, sugieren algo distinto. Brillantemente sobre las relaciones entre cambios sociales estructurales y formas jurídicas-estatales-constitucionales, Carl Marx, *Prólogo de la contribución a la crítica de la economía política*, en C. MARX Y F. ENGELS, OBRAS ESCOGIDAS (Editorial Progreso, 1974) y Eduardo Novoa, *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social* 35-45 (1986, 8ª ed.).

<sup>59</sup> MOULIAN, *supra* nota 39, p. 56-71 (para una acertada descripción de la crisis de la política en Chile).

<sup>60</sup> Leiva, *supra* nota 52, p. 82 (explicando la continuación de estas políticas en Chile).

<sup>61</sup> MOULIAN, *supra* nota 39, p. 102.

<sup>62</sup> Leiva, *supra* nota 52, p. 78 (De acuerdo a Brunner [Ministro durante el segundo gobierno de la 'Concertación'], los que critican las políticas de la *Concertación* permanecen cegados por el tradicional modelo asociativo donde los partidos políticos representan, median y movilizan las demandas populares").

<sup>63</sup> *Id.*, p. 77.

fortalecida.<sup>64</sup> Desde entonces cualquier beneficio procedente del Estado es más bien percibido como caridad que como derechos a los que tenemos acceso en condiciones de igualdad (o para asegurar esas condiciones). Beneficios que el Estado entrega para aquellos que no son capaces o no pueden aprovecharse de las bondades del mercado globalizado.

Para concluir esta sección voy a agregar dos razones por las cuales he prestado especial atención al vínculo existente entre la CENC y la dictadura de Pinochet. Primero, las discusiones sostenidas en el seno de la CENC quebraron con el *ethos* que en el pasado Chile había manifestado hacia los derechos sociales. Para decirlo de otra forma, la excesiva confianza en el mercado (que luego los gobiernos de la ‘Concertación’ han mantenido y acrecentado), los efectos de la globalización—como se suele señalar—a los cuales no puede escaparse (estamos en un mundo que derribó las fronteras entre países, pero también entre políticas), así como la erradicación de la política, han traicionado el papel que Chile jugó en materia de derechos sociales—al menos cuando consideramos el rol de la delegación chilena en las sesiones de discusión y elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos.<sup>65</sup> Segundo, los miembros de la CENC, sin mencionar a los miembros de la Junta Militar, se encontraban (paranoicamente) en contra de, y asustados por la sola idea de pensar en un régimen social. De acuerdo a lo que señala Cea—haciendo suyos estos miedos—“la Comisión de estudio entendió que los derechos sociales son expectativas o aspiraciones, cuya materialización, a diferencia de los derechos públicos subjetivos, depende de los recursos que tenga disponibles el Estado para ello. Con este predicamento, la Comisión pretendió evitar la demagogia, que tanto daño produjo en nuestro país, y prevenir situaciones que terminarían por llevar a la impracticabilidad el recurso [‘de protección’]”<sup>66</sup> en clara referencia al gobierno de Allende.

#### 4. Algunos debates y perspectivas actuales

Parte importante de las primeras discusiones relativas a los derechos sociales se generaron a partir del debate sobre su reconocimiento (o exclusión de las

---

<sup>64</sup> Id., p. 75 (citando a Foxley, uno de los principales ideólogos de los gobiernos de la ‘Concertación’—tanto así que ocupó un importante cargo bajo el gobierno de Aylwin (1990-1994) y hoy hace lo propio bajo Bachelet (2006-2010)—muestra la desconfianza que existía (y se mantiene) hacia una sociedad civil con la fuerza suficiente como para jugar un papel *vis-à-vis* con el Estado. En particular, las agrupaciones que la componen solo “reproducirían los principales conflictos de la sociedad . . . implicando contradicción entre clases o ideales antagónicos.” Todos ellos problemas para asegurar una efectiva gobernabilidad).

<sup>65</sup> Véase JOHANNES MORSINK, THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: ORIGINS, DRAFTING, AND INTENT (2000) 223 (“Santa Cruz DE Chile está en desacuerdo y argumenta que ‘los derechos económicos y sociales deben mencionarse no solo en los artículos de la Declaración, sino también en el preámbulo, de modo de mostrar adecuadamente su importancia’”), p. 224 (Santa Cruz, el delegado chileno, piensa también que los ‘derechos económicos y sociales son especialmente importantes en el mundo moderno y no deberían ser omitidos del primer Pacto’”) p. 230.

<sup>66</sup> CEA, 2 DERECHO CONSTITUCIONAL, *supra* nota 38, p. 638.

cartas fundamentales). Hoy en día, muchas constituciones occidentales reconocen en distinta medida la existencia de derechos sociales. Y muchas de ellas lo hacen declarando expresamente que se trata de mandatos no justiciables, es decir, mandatos constitucionales cuya satisfacción se encarga al parlamento o a la administración del estado, pero no a la rama judicial.

Así, algunas constituciones llaman a los derechos sociales metas sociales—a partir de las cuales “no podrá reclamarse subsidio alguno de parte del Estado”—,<sup>67</sup> principios directivos de política social—cuya “aplicación será de exclusivo cuidado de los Oireachtas [parlamento]” y no de las cortes—<sup>68</sup>, o principios directivos de la política estatal—que las cortes no deberán hacer cumplir.<sup>69</sup> Un caso más calificado presenta Sudáfrica, con una Constitución que reconoce derechos sociales, cuidando de encargar su realización al Estado a través de medidas razonables y dentro de los recursos disponibles.<sup>70</sup> Lo anterior, justamente, no ha impedido que la Corte sudafricana sea una de las más prolíficas en materia de decisiones judiciales sobre derechos sociales. En efecto, las cortes, ahí, han ido creando una abundante jurisprudencia encaminada, en lo principal, a evaluar la razonabilidad de las medidas legislativas/administrativas, así como la forma en que se dispone de los recursos fiscales. Los debates a este respecto, a su turno, se han construido enredador de las posibilidades de configurar un diálogo constitucional entre los poderes del Estado, donde los tribunales (constitucionales, u ordinarios) vienen a transformarse en un actor más.<sup>71</sup>

De este aspecto general de alguna de las discusiones que rodean el reconocimiento de derechos sociales propongo partir para avanzar en la discusión sobre la responsabilidad por ausencia de garantías, sobre el concepto de garantías y, finalmente, para detallar algunas experiencias comparadas relevantes sobre derechos sociales.

#### 4.1. ¿Responsabilidad por ausencia de garantías?

La ausencia de garantías judiciales no solo se ha discutido, y dado pie a importantes discusiones, en Chile. En otras latitudes la ausencia de justiciabilidad de los derechos sociales, esto es, la inexistencia de acciones de amparo judicial que permitan reclamar satisfacción (más menos inmediata)

<sup>67</sup> En el caso de la Constitución de Suiza, CONSTITUCIÓN DE SUIZA (1999), Capítulo 3.

<sup>68</sup> En el caso irlandés, CONSTITUCIÓN DE IRLANDA (2004), artículo 45.

<sup>69</sup> En el caso de la India, CONSTITUCIÓN DE LA INDIA (2005), artículo 37.

<sup>70</sup> CONSTITUCIÓN DE SUDÁFRICA (1996), artículos 26(2), 27(2) y 29(2). Cea, recordemos, señaló que esta es la razón detrás de la exclusión de los derechos sociales de la acción de protección. CEA, TRATADO *supra* nota 38, p. 317 (Son excluidos “[p]orque son metas para el estado cuyo cumplimiento depende de los medios disponibles al efecto, de manera que son expectativas que no forman derechos”).

<sup>71</sup> La intensidad de la intervención judicial, con todo, varía de acuerdo a las experiencias. Esa misma intensidad, por su parte, ha servido para calificar de diversa forma el rol que las cortes han venido jugando en ese diálogo. Mientras en algunos casos los tribunales sí actúan como un agente más del diálogo (configurando sistemas débiles de revisión judicial), en otras experiencias su posición preponderante ha llevado a situar a las cortes en la cúspide de la cadena interpretativa constitucional. La distinción la he tomado de MARK TUSHNET, WEAK COURTS STRONG RIGHTS. JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (2008).

de los mandatos constitucionales sobre derechos sociales, como sí ocurre con los derechos civiles y políticos, ha llevado a parte de la doctrina a firmar que éstos no son derechos,<sup>72</sup> o que, en el mejor de los casos, son solo directrices políticas. Según hemos visto, algunas constituciones expresamente otorgan ese rol a los derechos sociales, por lo que, quizás, con mayor rigor, debiéramos hablar de metas sociales o fines de política pública. Como fuere, lo realmente relevante termina siendo la forma específica con que se reconocen.

Ahora bien, desde la misma doctrina se ha afirmado que, cuando se reconocen derechos fundamentales (sociales) y, sin embargo, no se provee de una acción judicial de tutela, estamos en presencia de una omisión cuyo responsable es el Estado. Así, frente al argumento planteado por autores como Fernando Atria, quien afirma que existe una importante diferencia entre “decir ‘dar (o hacer o no hacer) x a w es bueno (justo, etc) y decir ‘w tiene derecho a x,”<sup>73</sup> Ferrajoli ha insistido que la noción de derecho subjetivo puede entenderse de forma más amplia, siendo “muy posible que, dado un derecho subjetivo, no exista—aun cuando debiera existir—la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que las prevé,”<sup>74</sup> y todavía podemos hablar de derechos (subjetivos). Y ello es así porque la inexistencia de garantías primarias—“las expectativas positivas [o de prestaciones] o negativas [de no lesiones] atribuidas a un sujeto por la norma jurídica, y los deberes correspondientes”<sup>75</sup>— no obsta a la existencia de garantías secundarias: “obligaciones ... de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones de las primeras ....”<sup>76</sup>

Las lagunas primarias son las que Ferrajoli insiste son de incumbencia del legislador—o, dependiendo el contexto, del constituyente. Frente a ellas, el legislador tiene la obligación de “colmarlas.”<sup>77</sup> Las lagunas secundarias, por su parte, vienen a ser “el defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violaciones,”<sup>78</sup> frente a lo cual Ferrajoli señala “se podrá sólo lamentar la laguna que hace de él un ‘derecho de papel’ y afirmar [de nuevo] la obligación del legislador de colmarla.”<sup>79</sup>

Por cierto que acá hay dos discusiones, al menos, que se entrelazan. La primera tiene que ver específicamente con el concepto de derecho subjetivo. Esta discusión sobrepasa el objetivo de este trabajo. La segunda discusión, en

<sup>72</sup> Fernando Atria, *¿Existen los derechos sociales?*, 4 DISCUSIONES: DERECHOS SOCIALES DOXA 15, 15 (2004).

<sup>73</sup> Atria, supra nota 72, p. 22. Sobre la independencia de los derechos jurídicos de las obligaciones morales (o sobre como aquéllos no derivan de éstas), véase Jeremy Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, 13 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 18 (1993).

<sup>74</sup> LUIGI FERRAJOLI, *DERECHO Y GARANTÍAS: LA LEY DEL MÁS DÉBIL* 60 (Andrés Ibañez y Andrea Greppi trans., Editorial Trotta 1999).

<sup>75</sup> Id., p. 59.

<sup>76</sup> Id.

<sup>77</sup> Id., p. 62.

<sup>78</sup> Id.

<sup>79</sup> Id.

cambio, se refiere a las *supuestas* obligaciones a que se encuentra sujeto el legislador, que lo *deberían* llevar a “colmar”—para hablar con Ferrajoli—la ausencia de garantías primarias y / o secundarias.

El concepto del derecho kelseniano afirmarí que, esta segunda discusión, es una de políticas públicas, es decir, un debate en el que tomamos parte como políticos, no como juristas.<sup>80</sup> En efecto, para Kelsen el ordenamiento jurídico no admite la existencia de lagunas pues todo lo regula o bien positivamente o negativamente. En el derecho no hay lagunas, para decirlo de otra forma, porque que algo no esté regulado *positivamente* por el ordenamiento jurídico quiere decir que ha sido expresamente excluido de éste, sea por el constituyente, sea por el legislador. Hablar de lagunas jurídicas, entonces, es no otra cosa que comenzar una campaña (política, que considera la falta de esa norma como indeseable) para promover una reforma que termine con una regulación *positiva*.<sup>81</sup>

Ahora bien, que en la teoría del derecho no exista esa obligación para el legislador, sin embargo, no nos dice nada de la palabra del Estado empeñada en el escenario de las relaciones internacionales. La incorporación de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, quiero sugerir, sí parece imponer obligaciones al constituyente/legislador. Es decir, una cosa es la política pública de Ferrajoli, otra distinta la obligación internacional del Estado chileno. El énfasis, en este sentido, se ha puesto en la obligación de los Estados-partes de disponer, en beneficio de sus ciudadanos, “de recursos judiciales ... cuando crean que sus derechos han sido violados,” derechos que, en el contexto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), incluyen los de corte social.<sup>82</sup> En efecto, los Estados-partes asumen la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos reconocidos en la CADH, por lo que deben garantizar, a todas las personas, sin discriminación, “el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo ....”<sup>83</sup> Con todo, la obligación no se cumple de cualquier forma: la obligación se satisface cuando el recurso judicial es idóneo para remediar las violaciones denunciadas, esto es, cuando resulta efectivo en la protección de los derechos—y en la sanción de su violación.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> HANS KELSEN, *TEORÍA PURA DEL DERECHO* 254-8 (Roberto Vernengo trad., Universidad Nacional Autónoma de México 1982) (1960).

<sup>81</sup> El mismo Ferrajoli afirma que “los obstáculos son de naturaleza política, y que el desafío lanzado a las fuerzas democráticas es, precisamente por esto, político ... la lucha por los derechos y sus garantías.” Lo que Ferrajoli destaca, con todo, es el hecho que los derechos sociales, de ser dotados con garantías primarias, adquirirían la misma forma que los derechos subjetivos tradicionales, pues no es parte de su esencia el no ser justiciables, sino que se trata solo de una decisión técnica. Ferrajoli, *supra* nota 74, pp. 64-5.

<sup>82</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *ACCESO A LA JUSTICIA: PAR A LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EN LAS AMÉRICAS* 11 (2007).

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> *Id.*, p. 12.

Cuando Chile informó al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en 2003, éste fue uno de los aspectos que el Comité objetó con mayor fuerza al reprochar “la escasez de casos judiciales en los cuales se hayan invocado los derechos del Pacto ante y para su aplicación, en los tribunales,” y mostró su preocupación “porque algunos derechos económicos, sociales y culturales ... no son considerados justiciables en el Estado Parte.”<sup>85</sup>

#### 4.2. *¿Ausencia de garantías?*

Si bien la obligación de los Estados-partes está sujeta a estándares del derecho internacional como los que rápidamente mencioné, es importante destacar que aquéllos gozan de un amplio margen de apreciación de los órganos de los tratados. Es decir, los Estados asumen obligaciones que se acotan de acuerdo a determinados estándares, pero cuyos márgenes son aún lo suficientemente amplios como para admitir diversas respuestas que mantienen siempre en pie la discrecionalidad y soberanía estatales. Por lo tanto la pregunta que inmediatamente sigue a las obligaciones internacionales del Estado de Chile—y a la campaña de política pública de Ferrajoli—es ¿cuál es el recurso idóneo y efectivo que mejor tutela a los derechos sociales? No me interesa sugerir la respuesta acá, que por lo demás no tengo.<sup>86</sup> Lo que sí me propongo agregar, es que la acción de inaplicabilidad ha venido, desde 2006, perfilándose como ese recurso que puede satisfacer las obligaciones estatales de proveer un recurso idóneo para la protección de los derechos sociales—y una reciente decisión del Tribunal Constitucional parece confirmarlo.

En efecto, la discusión se complejiza cuando reparamos en el hecho que la acción de protección no es el único mecanismo de tutela que encuentran los derechos constitucionales en la Constitución. Si bien la crítica que se erige la actual regulación coloca especial énfasis en la exclusión de los derechos sociales de su tutela, y sin perjuicio de otras formas de litigio que buscan forzar la adjudicación de derechos sociales a través de derechos sí protegidos por la acción, es preciso destacar que el sistema de garantías constitucionales contempla, también, la acción de inaplicabilidad.<sup>87</sup>

Dicho de otra forma, debemos comenzar advirtiendo que el concepto de garantía trasciende las protecciones de carácter jurisdiccional y que, incluso, dentro de ellas, admite diversas formas—como veremos en la sección siguiente, con especial énfasis en la experiencia sudafricana. Y ello porque una garantía es aquel “método, mecanismo o dispositivo[] que sirve[] para

<sup>85</sup> Domingo Lovera, *supra* nota 41, pp. 167-8.

<sup>86</sup> En *supra* nota 41 afirmé que el recurso idóneo, sobre todo por su (supuesta) sencillez, era la acción de protección (p. 172). En la sección 3 de este apartado avanzaré algunas ideas que me parecen más razonables hoy.

<sup>87</sup> Yo mismo, deliberadamente, he puesto especial énfasis en la exclusión de los derechos sociales de la tutela de protección, para destacar el argumento tradicional (sección 2, B.).

asegurar la efectividad de un derecho.”<sup>88</sup> En el esquema de garantías constitucionales chileno ocurre lo mismo, y la acción de inaplicabilidad es, también, una forma de garantía distinta de la acción de protección. Cea, por ejemplo, también insiste en las amplias acepciones del término garantía—descanando fuertemente en Ferrajoli—aunque se apresura en señalar que de todas las garantías “que configuran una cultura de respeto y promoción de la dignidad y los derechos fundamentales,” solo una es “estrict[a] y propiamente técnic[a]-jurídic[a].”<sup>89</sup> Ésta última variante se refiere a “conceptos y procesos jurídicos ... para que, en un proceso justo o debido, o a través de procedimientos sumarisimos y eficaces, otorguen real tutela, preventivamente o *ex post*, al ejercicio de los derechos esenciales.”<sup>90</sup> Cea no está pensando únicamente en la acción de protección, sino también en las fiscalizaciones que lleva a cabo la Cámara de Diputados y la Contraloría General de la República, también. En ese esquema general y amplio de garantías, por lo tanto, no solo hay que pensar en la acción de protección, sino en todo el entramado de mecanismos (así de amplio) que se ponen al servicio de la satisfacción de los derechos constitucionales, incluidos los sociales. Las reservas de ley, por ejemplo, son una forma de garantía que adquiere especial fuerza al momento en que se evalúa la intensidad de la regulación administrativa de un derecho cuyo detalle se había dejado en manos del legislador.<sup>91</sup> Lo mismo ocurre con la cláusula del contenido esencial de los derechos constitucionales, que asegura que las regulaciones que el legislador haga de los derechos constitucionales no harán irrealizable el derecho. En ambos casos la garantía gatilla acceso al Tribunal Constitucional y, de prosperar, la nulidad de las regulaciones. En nuestro país los tribunales asumían que las decisiones relativas a la satisfacción de los derechos sociales se encontraban alojadas en las ramas legislativa y, sobre todo (porque esto decían nuestras cortes), administrativa.<sup>92</sup> Esa tesis respondía, en parte, al hecho de centrar la discusión en la procedencia (o no) de la acción de protección frente a demandas sobre derechos sociales—y pese a su exclusión expresa del amparo

<sup>88</sup> Courtis, *supra* nota 3, pp. 196.

<sup>89</sup> CEA, 2 DERECHO CONSTITUCIONAL, *supra* nota 38, p. 34-5.

<sup>90</sup> *Id.*, p. 35 (el destacado es de Cea).

<sup>91</sup> La tesis actual del Tribunal Constitucional se mueve dentro de una relativa vaguedad que permite afirmar que las reservas legales no proscriben la posibilidad de regulaciones reglamentarias, ni aún en los casos de reserva absoluta. En efecto, como ha señalado de Otto, “la materia reservada queda sustraída por imperativo constitucional a todas las normas distintas de la ley, lo que significa también que *el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación* y que no puede remitirla a otras normas distintas, en concreto al reglamento.” Lo que quiere decir, es que la reserva legal prohíbe las remisiones normativas genéricas al gobierno que llevarían a concluir que la reserva legal es irrelevante—y con ello su fundamento democrático. En efecto, “[e]n el campo de las reservas no cabe más regulación que la establecida, en una ley, y el reglamento sólo podrá producirse para completar ésta en cuestiones de detalle que no añadan nada a la normativa legalmente establecida . . . .” IGNACIO DE OTTO, DERECHO CONSTITUCIONAL. SISTEMA DE FUENTES 151-5 (2001, 8ª reimp.). sobre el caso chileno, véase PATRICIO ZAPATA, JUSTICIA CONSTITUCIONAL: TEORÍA Y PRÁCTICA EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO 531 (2008).

<sup>92</sup> Con mayor detalle se exponen estos argumentos en Jorge Contesse y Domingo Lovera, *supra* nota 33.

de la acción. Sin embargo, cuando se amplía la noción de garantía, en la forma en que he venido señalando acá, aparecen en el horizonte nuevas herramientas de protección (de garantía) que remueven los cimientos de una discusión que se había prolongado en el tiempo. La acción de inaplicabilidad, por lo tanto, podría pensarse como una forma de garantía, distinta a la de la acción de protección, qué duda cabe, que viene a transformar a una meta social—digamos, un derecho social sin garantía—en derecho. El mismo Ferrajoli pone sobre la mesa diversas formas de garantías a las cuales se podría echar mano para dotar a los derechos sociales de mayor justiciabilidad (como la asignación institucional de cuotas mínimas del presupuesto a utilizar),<sup>93</sup> y Courtis llama la atención sobre las garantías de carácter social (donde los mismos titulares tutelan sus derechos) y garantías institucionales (donde la tutela se pone en manos de una institución de carácter público, sea política, sea jurisdiccional).<sup>94</sup>

El impacto del recurso de inaplicabilidad sobre derechos sociales ha estado recientemente sobre la mesa en Chile. A mediados de 2008 el Tribunal Constitucional restringió a las Isapre (Instituciones de Salud Previsional) su facultad de readecuar los precios por los planes de salud, en contra de las personas que alcanzan determinada (y avanzada) edad.<sup>95</sup> Los puntos relevantes que han surgido de la discusión que ha generado esta decisión se mueven entre dos flancos: primero, en el énfasis que puede alcanzar el recurso de inaplicabilidad como garantía de derechos sociales y, segundo, en la legitimidad del Tribunal para adjudicar este tipo de casos.<sup>96</sup> El segundo no es materia de este trabajo, aunque algo ya he señalado al respecto: reclamar adhesión irrestricta a un proceso político que produce importantes fenómenos de exclusión resulta, en el contexto chileno, una petición de principios.<sup>97</sup>

<sup>93</sup> Ferrajoli, *supra* nota 74, pp. 64.

<sup>94</sup> Courtis, *supra* nota 3, pp. 196-7.

<sup>95</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Sentencia Rol No 976-07, 26 de junio de 2008.

<sup>96</sup> La crítica, nuevamente, reclama la decisión de estas cuestiones en sede legislative antes que en el Tribunal Constitucional. Soto, *supra* nota 13; Libertad y Desarrollo, *Análisis e Implicancias del Fallo del Tribunal Constitucional sobre ISAPRES*, disponible en: [http://www.lyd.com/lyd/bajar.aspx?archivo=/lyd/bajar.aspx?archivo=/LYD/Controls/Neochannels/Neo\\_C H3799/deploy/TP-879-](http://www.lyd.com/lyd/bajar.aspx?archivo=/lyd/bajar.aspx?archivo=/LYD/Controls/Neochannels/Neo_C H3799/deploy/TP-879-)

*Analisis%20e%20implicancias%20del%20fallo%20del%20Tribunal%20Constitucional%20sobre%20ISAP RES-25-07-2008.pdf* (Este tipo de decisiones “concede a los tribunales un rol preponderante en la decisión de políticas públicas”); Andrés Amunátegui, *Judicialización de problemas sociales y políticos*, LA SEGUNDA, 1 de Octubre, 2008 (“Nos parece que estas herramientas en manos del juez . . . bien puede desencadenar un gobierno judicial, que no se somete a los frenos y contrapesos del sistema político”).

<sup>97</sup> He argumentado que la legitimidad democrática del parlamento es un estado al cual aún no arrivamos, pero al cual queremos llegar. La mayor apertura del proceso político puede lograrse con una participación de las cortes que, de lograr el reforzamiento (no virtual, sino real) democrático, sería la semilla que terminaría con las cortes “fuera de la política.” Domingo Lovera, *supra* nota 15. Atria, por su parte, ha señalado que el sistema binominal impide la expresión política del pueblo. Fernando Atria, 9 MENSAJE 585 (2008).

El primer punto, esto es, el funcionamiento de la acción de inaplicabilidad como garantía, me interesa destacarlo junto con la sentencia. La sentencia del Tribunal Constitucional comienza señalando que los derechos sociales son derechos y no “simples declamaciones o meras expectativas” (Cons. 26°), cuya satisfacción no puede quedar exclusivamente supeditada a las posibilidades económicas del Estado, caso en el cual equivaldría a afirmar que la Constitución se “desactiva” en determinadas circunstancias (Cons. 27°). El Tribunal va más allá al afirmar algo que pocas cortes han hecho en la experiencia comparada: que los derechos sociales poseen un núcleo esencial, indisponible por el legislador (Cons. 30°)—que en el derecho internacional de los derechos humanos se denomina contenido básico.<sup>98</sup>

Uno podrá estar de acuerdo o no con la decisión del Tribunal, pero debiera estar meridianamente conteste en asignar a la acción de inaplicabilidad el rol de garantía en lo términos amplios que acá vengo indicando. A fin de cuentas, la recurrente—en el caso en comento—logró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad (en este caso, por ser contrario al disfrute sin discriminación de las acciones de protección a la salud) del precepto relativo a los tramos etéreos sobre cuya base se calcula el monto final a pagar por el plan de salud. El problema, como aparece de manifiesto, subsiste para las omisiones.

#### 4.3. *¿Qué garantía?: algunas innovaciones*

Las limitaciones anteriores, sin embargo, sea que restrinjan el recurso a las cortes, sea que limiten la satisfacción de los derechos sociales a la disponibilidad de recursos económicos, no han obstado a una profusa jurisprudencia en materia de derechos sociales, especialmente en India y Sudáfrica.<sup>99</sup> De acá pueden extraerse importantes lecciones que debieran ser tomadas en consideración.

El argumento central contra la revisión judicial de legislación sobre derechos sociales, hemos visto, consiste en remarcar la legitimidad democrática del parlamento para definir la forma en que queremos gastar los recursos estatales con que cuenta el Estado. Las discusiones e ideas detrás de la aprobación de la Constitución de 1980, más bien enseñan que la satisfacción de las necesidades sociales podían entregarse a los privados a efectos de aliviar la carga fiscal (creando importantes riquezas), de una parte, y de evitar futuros actos de demagogia, de otra. Reconstruyendo ese argumento a la luz de una práctica constitucional que alcanza ya cerca de 20 años,

<sup>98</sup> VÍCTOR ABRAMOVICH Y CHRISTIAN COURTIS, *supra* nota 3, pp. 89-92.

<sup>99</sup> P.N. Bhagwati, *Judicial Activism and Public Interest Litigation*, 23 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 561 (1985); Jamie Cassels, *Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?*, 37 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 495 (1989); Philip Alston & Nehal Bhata, *Human Rights and Public Goods: Education as a Fundamental Right in India*, en HUMAN RIGHTS AND DEVELOPMENT: TOWARD MUTUAL REINFORCEMENT 242 (Philip Alston & Mary Robinson eds., 2005); Dennis Davis, *Socio-Economic Rights in South Africa*, 5 ESR REVIEW 3 (2004); Sandra Limberg, *Basic Rights Claims: How Responsive is ‘Reasonableness Review’?*, 5 ESR REVIEW 3 (2004).

puede insistirse en la legitimidad del parlamento como el espacio abierto y legitimado para adoptar las decisiones relativas a la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos.

Lo que he agregado, y en lo que quiero insistir en esta sección final, es que ese argumento adquiere fuerza como tal, dejando de ser solo una petición de principios, cuando se lo acompaña de alguna referencia al sistema representativo dominante. En Chile, hay buenas razones para desconfiar en la legitimidad que el sistema binominal otorga.<sup>100</sup> Que las demandas de parte importante de la población marginada sigan siendo desoídas hace poco también por la legitimidad del mismo.<sup>101</sup> Acá es donde, sin embargo, los tribunales han jugado un importante papel. La experiencia comparada muestra que los tribunales constitucionales puede operar ampliando la representatividad del sistema político, ya no solo virtualmente,<sup>102</sup> sino que en concreto, ya sea generando cambios en el sistema político, ya sea forzando a las partes de una disputa (gobierno / ciudadano) a dialogar.

Sobre lo primero, me interesa insistir que los resultados políticos de la “intromisión judicial” ya no dependen de la intensidad de la misma, sino, cosa distinta, de la forma en que esa intromisión se lea en el parlamento. Una cosa es pensar—con Pilar Domingo—que el recurso a la justicia puede constituir, en ciertos casos, el único mecanismo con que cuentan ciertos sectores de la comunidad para lograr que sus demandas políticas sean procesadas por el proceso de decisiones públicas, transformándose en “una voz institucional para grupos sociales que de otra manera no tendrían acceso al proceso político.”<sup>103</sup> Otra distinta es gatillar—a propósito de la “intromisión”—(i) una revisión de la forma en que quienes están ejerciendo cargos de representación popular y de poder llegan a esos cargos, (ii) una revisión de la forma en que ese sistema opera legislando y, finalmente, (iii) a discutir las leyes nuevamente, esta vez incluyendo a los que estaban siendo excluidos.

La fuerza del argumento descansa, más que en las decisiones de las cortes, en la capacidad del sistema político para iniciar una auto evaluación de la forma en que se encuentra funcionando.<sup>104</sup> La confianza, puede apreciarse,

---

<sup>100</sup> Patricio Navia, *Principios Rectores para una Reforma Electoral*, in 68 EN FOCO-EXPANSIVA 9 (2006); Patricio Navia & Priscilla Rojas, *Representación y Tamaño de los Distritos Electorales en Chile, 1988—2004* 3-4 (Documentos de Trabajo ICSO, Paper No 1, 2005), disponible en: [www.udp.cl/icso/documentostrabajo/julio05.pdf](http://www.udp.cl/icso/documentostrabajo/julio05.pdf); Daniel Pastor, *Origins of the Chilean Binominal Election System*, 14 REVISTA DE CIENCIA POLÍTICA 38, 42-3 (2004).

<sup>101</sup> Como dice un amigo, no conozco a nadie que teniendo una buena casa, alimento y ropa crea que los derechos sociales son derechos.

<sup>102</sup> Esta es la tesis de Ely, *supra* nota 15, pp. 82-7.

<sup>103</sup> Pilar Domingo, *supra* nota 15, p. 32.

<sup>104</sup> El litigio estratégico de interés público, por ejemplo, presenta ejemplos excepcionales en este sentido. En el caso de Chile fueron decenas de recursos de protección presentados por las personas que viven con VIH/Sida las que llevaron a la administración y al legislador a actuar—reaccionando. Jorge Contesse & Domingo Lovera Parmo, (*supra* nota 33), p. 157 (Las agrupaciones representadas en esos casos evalúan en los siguientes términos los efectos del litigio: “[como agrupación de personas viviendo con VIH/SIDA] nos tiene sentados en la mesa con nuestras [entonces] contrapartes más inmediatas, relacionadas con el

está depositada en la sensatez con que pueda reaccionar el sistema político, antes que en la cruzada personal de algún juez. Ese es el proceso político que opera relativamente bien, y en el que está pensando Waldron cuando rechaza la facultad de revisión judicial de legislación de las cortes:

“Asumo, desde esta perspectiva, que las instituciones, los procedimientos, y las prácticas de la legislación se mantienen bajo revisión constante, y por lo tanto si se perciben inequidades en la representación que amenazan seriamente con derogar el ideal de igualdad política, se entiende que todos los miembros de esa sociedad puede realizar esa crítica y lograr que, si se considera necesario, el procedimiento legislativo y el sistema electoral sean modificados para remediar las deficiencias”).<sup>105</sup>

Sobre lo segundo, es importante destacar que la legitimidad de las “intromisiones judiciales” puede evaluarse, antes que en un diálogo intra-poderes que puedan activar las cortes, en las que ellas mismas toman parte—muchas veces acotando en demasía las condiciones del mismo<sup>106</sup>—en los diálogos a que sus intervenciones invitan a formar entre gobernantes y ciudadanos.<sup>107</sup> En una reciente decisión, la Corte Constitucional de Sudáfrica decidió sentar a la mesa a un conjunto de pobladores que buscaban la satisfacción de sus demandas habitacionales, por una parte, y a los representantes de la Ciudad de Johannesburgo, de otra.<sup>108</sup> Acá la Corte no actuó como en ocasiones anteriores en que evaluó—porque su Constitución se lo permite—la razonabilidad de las políticas habitacionales,<sup>109</sup> sino que, cosa distinta, decidió incentivar el diálogo entre los involucrados. Sin sorpresa la Corte concluye que los puntos en disputa eran muchos menos que los planteados al comienzo del litigio. El análisis posterior ha mostrado que una decisión se este tipo disminuye la “intromisión judicial” en las

---

Ministerio de Salud, es decir, CONASIDA, directores de hospitales, encargados de programas VIH. [...] Antes no estábamos sentados en la misma mesa, ni siquiera estábamos sentados.” No se ganó ninguno de los casos en la Corte Suprema).

<sup>105</sup> Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *The Yale Law Journal* 1346, 1362 (2006).

<sup>106</sup> Estoy pensando en Cortes que fijan plazos para la discusión de reformas legislativas, o que establecen verdaderas pautas de trabajo par alas legislaturas. Ejemplos abundan.

<sup>107</sup> Para decirlo de otra forma, desde el punto de vista de la legitimidad democrática que otorga a la voluntad popular mayor fuerza en las decisiones, no es lo mismo una decisión luego de la deliberación entre poderes del Estado, que una decisión alcanzada luego de (alguna forma) forzar a los poderes a mirar al pueblo. Allan Hutchinson, *Judges and politics: an essay from Canda*, 34 *LEGAL STUDIES* 275, 282-3 (2004) (“Presenting judicial review as part and parcel of a democratic dialogue merely underlies the extent to which democracy has become a caricature of itself. An elite and stilted conversation between the judicial and executive branches ... is an entirely impoverished performance of democracy”).

<sup>108</sup> Corte Constitucional de Sudáfrica, *Occupiers of 51 Olivia Road v. City of Johannesburg*, 2008 (3) SA 208 (CC) (S. Afr).

<sup>109</sup> Como hizo en *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom*, 2000 (1) SA 46 (CC) (S. Afr).

discusiones legislativas, ampliando la participación y manteniendo la decisión final en las autoridades políticas<sup>110</sup>—que esta vez, sí, escucharon a quienes iban a ser (directamente) afectados por sus decisiones.

## 5. Conclusiones

La pregunta relativa a la constitucionalización de los derechos sociales suscita niveles distintos de debate. Uno se refiere a su reconocimiento (¿deben incluirse derechos sociales en las constituciones?) y otra, distinta, como hemos visto, a su efecto en las sistemas constitucionales que los reconocen (donde importa, digamos, la fuerza con que se los reconoce). No son iguales los sistemas que establecen garantías jurisdiccionales para lograr (forzar) su satisfacción, aunque la experiencia comparada enseña distintas formas de impacto que las decisiones judiciales pueden tener en los procesos políticos que todos aspiramos sean los que definan, en última instancia, sobre la satisfacción de los derechos.

En este trabajo he explorado las razones que estarían tras el modelo de reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución de Chile. He sugerido que, prestando atención a un concepto más amplio de garantías judiciales, uno que no solo preste atención a la acción de protección (el fetiche del derecho constitucional chileno), el escenario es mucho menos catastrófico de lo que suele afirmarse. El Tribunal Constitucional, decidiendo un recurso de inaplicabilidad, ha predicado con el ejemplo.

En este sentido la sensatez del sistema constitucional parece depender de dos niveles de decisiones. Las institucionales y las personales. Respecto de las primeras, un sistema de revisión judicial es sensato, por ejemplo, cuando la decisión de anular leyes va acompañada de un (sensible) impacto político. Ahora, ese impacto no depende exclusivamente de nuestra versión de la legitimidad democrática, sino que se trata de una decisión adoptada en la misma Constitución sobre las consecuencias específicas que esa nulidad—que se determinarán en cada modelo—trae para el poder judicial y el parlamento. De otra parte, el modelo demanda, también, sensatez de las decisiones personales. Es decir, no es irrelevante lo que el juez piense sobre el sistema de revisión judicial. Se ha sugerido que en el caso de *Occupiers of 51 Olivia Road* los jueces decidieron como decidieron “para sacarse un problema de encima.” Puede ser cierto. Pero el impacto de esa decisión personal a nivel institucional—que no habría sido el mismo si los jueces pensaran que ellos y ellas pueden definir valores fundamentales del sistema político—es innegable.

---

<sup>110</sup> Brian Ray, *Occupiers of 51 Olivia Road v. City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate housing through “Engagement,”* 8 HUMAN RIGHTS LAW REVIEW 703 (2008).