

# LOS DERECHOS SOCIALES: UNA REFLEXIÓN A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA ROL 976 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY\*

## I. ORIGEN DE LOS DERECHOS SOCIALES

A mediados del siglo XIX comienzan a plantearse las primeras demandas sociales y a surgir los primeros movimientos obreros. En Francia, el deseo de transformar el orden liberal dio paso a la revolución de 1848, cuyo carácter social quedó reflejado en sus reivindicaciones: asegurar condiciones mínimas de existencia, derecho al trabajo, derecho a la instrucción y nacionalización de la banca, minas y ferrocarriles. Uno de los frutos más importantes de esta revolución fue la Constitución de 4 de noviembre de 1848, cuyo texto contenía algunas disposiciones que eran fiel reflejo del espíritu revolucionario. En ella se consagraban deberes del Estado que apuntaban a mejorar las condiciones económicas, sociales y culturales de los ciudadanos, en especial de los más desvalidos. La consagración de derechos sociales en esta Constitución fue un primer paso hacia un nuevo enfoque del constitucionalismo, acorde con la idea de reformar la estructura liberal de la sociedad: el constitucionalismo social. Pero el pleno desarrollo de esta tendencia constitucional solo comienza a partir de la I Guerra Mundial. Entonces se generaliza la percepción de que resulta indispensable el compromiso del Estado en favor de una mayor igualdad material. Los derechos sociales se incorporan a los tradicionales listados de derechos de las constituciones, que además imponen al Estado el deber de actuar en favor de la igualdad material. Paradigma de este modelo constitucional son las constituciones mexicana de 1917 y, en especial, alemana de 1919. El modelo propuesto por ambas fue recogido

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Los Andes.  
Ponencia presentada en el coloquio sobre derechos sociales organizado por la Escuela de Derecho de la Universidad de Viña del Mar. Viña del Mar, 24 de septiembre de 2008.

por la española de 1931. A dichas constituciones se suma la irlandesa de 1937. Y más tarde, después de la II Guerra Mundial, las constituciones italiana de 1947, portuguesa de 1976 y española de 1978, entre otras, incorporan también largos listados de derechos sociales. Otras, como la chilena, incluyen derechos sociales, aunque de manera más moderada.

## II. LOS ESTADOS SOCIALES MÁS EFECTIVOS NO ESTÁN CONSAGRADOS EN LAS CONSTITUCIONES

A pesar de lo anterior, resulta llamativo que los Estados que cuentan con los sistemas de asistencia social más importantes del mundo no han considerado esta materia una cuestión constitucional. Y si alguno ha incluido derechos sociales en su Constitución, ha quedado claro que si consisten en prestaciones solo adquieren eficacia una vez desarrollados en los niveles inferiores al constitucional (legislativo, reglamentario). Tal es el caso de Gran Bretaña, Suecia, Francia y Canadá.

### A) El *Welfare State* británico

Gran Bretaña ha mantenido un sistema de asistencia social desde comienzos del siglo XVII, cuando se dictaron las primeras “Leyes de pobres”. A comienzos del siglo XX elaboró un sistema de seguros de enfermedad y de paro, y durante la década de los 40 impulsó el desarrollo de su sistema de seguridad social, vigente hasta hoy. Dicho sistema está basado en las propuestas del Informe Beveridge (1942), que sirvió además de inspiración a las reformas en la seguridad social de muchos países (la adopción de aquel sistema es el origen de la expresión *Welfare State*). Y en Gran Bretaña todos estos temas tienen en común el hecho de que no tienen carácter constitucional: no forman parte de la Constitución ni del Derecho Constitucional.

### B) Suecia

A su vez, Suecia comenzó a poner en práctica medidas de asistencia y seguridad social desde comienzos de este siglo, con la adopción de un sistema de pensiones para la vejez y uno de paro, entre otras líneas de acción. Pero es a partir de la década del 30, cuando ese país desarrolla y consolida uno de los modelos de Estado de Bienestar más avanzados. Y al igual que en Gran Bretaña, esos temas no son parte de la Constitución ni del Derecho Constitucional.

### C) Francia

Francia también cuenta con un admirado sistema de asistencia social, el denominado *État-providence*. Francia sí tiene derechos sociales en su Constitución, aunque, al igual que los clásicos, no forman parte de su articulado sino de su preámbulo. En él se proclama la adhesión del pueblo francés a los derechos consagrados en la Declaración de 1789 y a los del preámbulo de la Constitución de 1946. Y si bien el Consejo Constitucional francés ha entendido que aquellos documentos tienen rango constitucional, a la vez ha señalado que no todos los derechos tienen la misma eficacia. Algunos se bastan a sí mismos y resultan directamente aplicables, como la práctica totalidad de los derechos clásicos proclamados en la Declaración de 1789 y en el Preámbulo de la Constitución de 1946 (a los que se agregan algunos derechos sociales que no suponen prestaciones, como el de huelga). Pero hay otros derechos que requieren la intervención posterior del legislador, y mientras ello no ocurra no serán justiciables: solo tendrán el carácter de directivas, programas o promesas desprovistas de carácter jurídico obligatorio. Esa es la situación de todos los derechos sociales, consistentes en prestaciones y contemplados en el Preámbulo de la Constitución de 1946, como el derecho al trabajo.

En todo caso, el Consejo Constitucional también ha resuelto que puede controlar la constitucionalidad de las leyes que desarrollan los derechos sociales del Preámbulo. Pero ello no altera el carácter solamente legal, más que constitucional, del *État-providence*: mientras no exista desarrollo legislativo, los derechos sociales consistentes en prestaciones no serán más que aspiraciones o directrices políticas.

### D) Canadá

Por su parte, la Constitución de Canadá no tiene un listado de derechos sociales, ni cuenta con ningún precepto que proclame de manera expresa el estado social o el *Welfare State*. Solo a partir de 1982 es posible encontrar alguna referencia tangencial a estas materias en la Carta canadiense de Derechos y Libertades, uno de los documentos que conforman la Constitución de ese país. Su artículo 15, después de proclamar el principio de igualdad (apartado 1), señala que tal principio es proclamado sin perjuicio de las leyes, programas o actividades destinadas a mejorar las condiciones de los individuos o grupos desfavorecidos (apartado 2). Y el artículo 36 encomienda al Parlamento y Gobierno del Canadá, así como a los parlamentos y gobiernos provinciales, llevar a cabo las medidas que permitan una auténtica igualdad de oportunidades. También encarga al Parlamento y Gobierno canadienses respetar el “principio de igualación de pagos” (*principle of ma-*

*king equalization payments*), a fin de que los gobiernos provinciales tengan los medios suficientes “para proveer servicios públicos de niveles razonablemente comparables con razonablemente comparables niveles impositivos” (*to provide reasonably comparable levels of public services at reasonably comparable levels of taxation*; apartado 2). Sin embargo, esos preceptos no crean nada realmente nuevo, pues Canadá desarrolló un *Welfare State* mucho antes de 1982, a la par con el Reino Unido y comparable con el de este.

En resumen, los países que han mantenido los modelos de Estado de Bienestar más envidiados del mundo no han hecho de ello una cuestión propiamente constitucional y no cuentan con derechos sociales en sus magnas cartas. Sin embargo, sus políticas sociales son mejores en cantidad y calidad que la de muchos Estados que han constitucionalizado estos derechos.

## II. QUÉ SON LOS DERECHOS SOCIALES

### A) Derechos sociales y prestaciones

En general, los derechos sociales consisten fundamentalmente en prestaciones. Así fueron concebidos por el constituyente francés de 1848 y así también fueron recogidos por las constituciones de tipo social posteriores. Pero nótese que no hemos afirmado que estos derechos sean siempre y necesariamente prestaciones, ni hemos utilizado esta expresión como sinónimo de aquellos. Esto se debe a que determinados derechos sociales no consisten en prestaciones. Por tanto, lo determinante para saber si se está o no en presencia de un derecho social no es solo la presencia o ausencia de prestaciones, sino también de otros elementos. Así, el constitucionalismo social no se reduce solo a la proclamación de derechos prestacionales, sino que también de una serie de derechos y principios relacionados con el ámbito laboral: derecho de huelga, derecho a negociación colectiva y derecho de sindicación. Asimismo, durante el último tercio del siglo XX algunas constituciones incorporan a sus catálogos de derechos sociales al derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado<sup>1</sup>.

De estos derechos sociales, unos son manifestaciones de derechos y libertades clásicos operando en el ámbito de las relaciones laborales mientras que otros presentan características propias de los derechos clásicos y a la vez exigen prestaciones. Así, el derecho de sindicación, en el fondo no es sino manifestación del derecho de asociación, y los derechos de negociación

<sup>1</sup> Las primeras constituciones que reconocen este derecho son la de Grecia de 1975, la de Portugal de 1976, la de España de 1978 y la de Chile de 1980.

colectiva y de huelga son en realidad una particular manifestación de la libertad individual como autonomía contractual. Sin embargo, llama la atención que a pesar que estos derechos son manifestaciones de derechos y libertades clásicos, los legisladores, y en algunos casos los constituyentes, los han consagrado expresa e independientemente de estos. Ello no es casual, sino producto de que durante años dichos derechos no se consideraron parte de las libertades y derechos clásicos a los que se correspondían. Es más, durante mucho tiempo se castigaron penalmente las uniones de obreros y las paralizaciones de actividades laborales, y los trabajadores no tenían la posibilidad de negociar en conjunto con su empleador.

Pero los movimientos sociales del siglo XIX condujeron a que los Estados reconocieran separadamente tales derechos. Ello les ha dotado de una individualidad propia, que viene definida por dos elementos: 1) dichos derechos son importantes instrumentos compensadores de la natural desigualdad entre trabajadores y empleadores; y 2) el objetivo último de estos derechos es la defensa de los intereses de los trabajadores. Es decir, su fin último es lograr una mayor igualdad material entre las dos partes de la relación laboral. Y esa finalidad, propia del derecho del trabajo, se enmarca en la más amplia del constitucionalismo social, o sea, lograr igualdad material y mejorar las condiciones materiales de vida. Además, existe una razón formal para considerar estos derechos como sociales: están comprendidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Su reconocimiento es expreso en el caso de los derechos de sindicación y huelga, y tácito en el derecho a la negociación colectiva.

Por su parte, el derecho a un medio ambiente descontaminado presenta dos caracteres, que determinan que no pueda considerarse derecho clásico ni tampoco derecho puramente prestacional, pues conlleva dos exigencias, como se desprende de los textos constitucionales que lo han incorporado: de un lado un deber de abstención: no contaminar; de otro, un deber de llevar a cabo acciones positivas en favor del medio ambiente. Y todo ello se orienta a mejorar las condiciones materiales de vida de toda la sociedad, lo que responde al modelo propio del constitucionalismo social, razón por la cual puede incluirse como derecho social.

#### B) Finalidad de los derechos sociales: hacer efectiva la igualdad formal

Por todo lo anterior puede concluirse que el elemento definidor de los derechos sociales no es que se traduzcan en prestaciones, sino el fin que los inspira: hacer efectiva la igualdad solamente formal del constitucionalismo clásico y, en general, mejorar las condiciones materiales de vida de la sociedad. Ello hace que en su gran mayoría los derechos sociales se traduzcan en prestaciones, salvo los derechos colectivos laborales y el derecho al medio

ambiente. Pero su propia finalidad determina que la titularidad de estos derechos vaya unida a una determinada condición: los derechos sociales no son del hombre, son derechos de trabajadores, de parados, de menesterosos, de enfermos, de jóvenes, de los sin casa, etc. La excepción sería el derecho al medio ambiente descontaminado, cuya titularidad correspondería a toda la sociedad. Esta es una diferencia importante respecto de los derechos y libertades clásicos: recuérdese que estos emanan de la propia naturaleza humana, por lo cual todos somos titulares de ellos.

### C) Sujeto pasivo de los derechos sociales

El sujeto pasivo de estos derechos es por regla general el Estado. Ello es siempre así cuando se trata de derechos de prestación. Sin embargo, respecto de aquellos que no consisten en prestaciones también pueden serlo particulares, como ocurre con los derechos colectivos laborales y el derecho a un medio ambiente adecuado. En esto existe una similitud formal con los derechos clásicos, puesto que estos también tienen al Estado como sujeto pasivo. Pero hay una diferencia de fondo entre ambas clases de derechos: por regla general el objeto de los derechos sociales exige actuación positiva del Estado. La mayoría de estos derechos consiste en prestaciones de la más diversa índole –salvo el caso de los derechos colectivos laborales y del derecho a un medio ambiente adecuado–. Tanto estos como los derechos y libertades liberales exigen de parte del Estado una actitud inversa: abstenerse de entorpecer su ejercicio.

### D) Relación entre derechos sociales y recursos económicos

Gran parte de los derechos sociales se materializan en prestaciones. Por ello el principal obligado a ellas, o sea el Estado, necesita contar con los recursos indispensables para llevarlas a cabo. Pero el Estado, como cualquier agente económico, no puede sustraerse al problema básico sobre el que se estructura la ciencia económica: la escasez de los recursos. Esta regla de oro de la economía constituye una gran limitación para la plena realización de los derechos sociales, y así lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el denominado caso *Airey*, de 9 de octubre de 1979. En él, el Tribunal señaló que “la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica”.

La misma línea jurisprudencial, aunque formulada quizá más contundentemente, ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 77/1985, de 27 de junio. En esta señaló que “el legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar [los] diversos valores y mandatos

con la insoslayable limitación de los recursos disponibles” (fundamento jurídico 11). La misma idea fue reiterada en la sentencia 134/1987, de 21 de julio, al señalar que el Estado debe “administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales”. Asimismo la Corte Suprema de Chile ha dicho que el acceso a la salud “corresponde a un problema de Salud Pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que, como en el caso de autos, se pretenden, habida cuenta que en su otorgamiento han de tenerse en cuenta variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que ellos involucren y los fondos de que se dispongan para ello” (Rojas y otros con Servicios de Salud Metropolitano Sur Oriente y del Ministerio de Salud, Rol N° 3.599-2001, sentencia de nueve de octubre de 2001).

Podría decirse que esta jurisprudencia es una especie de ratificación del viejo aforismo que señala que “al imposible nadie está obligado”. Y a propósito de los derechos sociales, menos obligado estará el Estado a satisfacerlos cuando la economía está en crisis. El factor económico determina que incluso el significado de cada uno de estos derechos sea diferente en los países subdesarrollados y en los desarrollados. Y aun entre estos su situación también variará en relación a la situación económica de cada Estado. En definitiva, la aceptación, y sobre todo el cumplimiento de los derechos sociales, dependen del grado de desarrollo de un país.

#### E) Importancia de los derechos sociales para el constitucionalismo

No puede olvidarse tampoco que estos derechos no tienen una importancia decisiva para el constitucionalismo. De hecho, no son inherentes a la idea de Constitución, siendo perfectamente concebible una constitución sin derechos sociales. Más aún, las de mayor relevancia en el mundo, como la inglesa, la norteamericana e incluso la alemana, no cuentan con listas de derechos sociales.

#### F) El problemático contenido de los derechos sociales

Además, existe otra limitación intrínseca al concepto de derechos sociales. Ya sabemos que estos derechos se caracterizan por el objetivo que persiguen: mejorar las condiciones materiales de vida y lograr igualdad material, fuente inspiradora de todo el constitucionalismo social. Dichas metas son antes que nada objetivos políticos, a los que el Derecho a lo más puede servir de instrumento. Pero si bien los ideales que representan los derechos sociales pueden cumplir un papel importante como incentivo, no debe per-

derse de vista que no por ser ideales garantizan el éxito. Sus propias limitaciones impiden atribuir un contenido cierto a su formulación constitucional. La determinación del contenido concreto de los derechos sociales prestacionales corresponde al legislador, de acuerdo con los recursos disponibles. De ahí que los jueces puedan hacer poco o nada respecto de un derecho social prestacional no desarrollado por aquel. La pura enunciación constitucional no hace posible su protección jurisdiccional. El sentido común y el realismo nos dicen que si bien esos ideales son una aspiración loable, su consecución puede resultar irrealizable. La Política no lo puede todo, de modo que no se puede esperar de ella milagros, ni en lo colectivo ni en lo personal. Y si la Política es limitada con mayor razón lo es el Derecho, del que no se puede pretender aquello que ni siquiera la Política es capaz de dar. Pedir al Derecho lo que no le es propio resulta inadecuado, más aun cuando lo pedido es además utópico. Incurrir en tal error conlleva el riesgo de que el ciudadano pierda confianza en el Derecho.

#### G) No son derechos en sentido estricto<sup>2</sup>

Todo lo anterior lleva a dudar del supuesto carácter jurídico de los derechos sociales de tipo prestacional. Y es que si son derechos en sentido jurídico necesariamente deberían ser alegables ante los jueces, pues la mejor demostración de que algo es jurídico es su posibilidad de ser aplicado por estos. Peces-Barba recuerda que una norma jurídica “necesita de los tribunales de justicia para que su titular pueda acudir en demanda de protección en caso de desconocimiento por un tercero”. De ahí que si “un derecho fundamental no puede ser alegado, pretendiendo su protección, se puede decir que no existe”<sup>3</sup>. Y precisamente la naturaleza de los derechos sociales es no justiciable.

De ahí que la inclusión de derechos sociales prestacionales en la Constitución garantiza jurídicamente bien poco, y políticamente a lo más puede garantizar que los poderes políticos no deroguen formalmente tales derechos.

<sup>2</sup> Perspectivas distintas de la sostenida aquí pueden verse, entre otros, en: CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988; MAYORGA LORCA, Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1990; ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005; PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007; PALMER, Ellie, *Judicial review, socio-economic rights and the Human Rights Act*, London, Hart Publishing, 2007; JORDÁN DÍAZ, Tomás Pablo, *La protección de los Derechos Sociales: modelos comparados de tutela jurisprudencial (España y Chile)*, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 10, 2008.

<sup>3</sup> PECES-BARBA, Gregorio, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Latina, 1980, p. 168.



Pero su realización está sujeta a las condiciones económicas de cada momento. Por eso, su constitucionalización más que ser una garantía de la democracia podría incluso tornarse contra esta, cuando la precariedad económica impida hacerlos efectivos en algún momento. Ello puede conducir a que los ciudadanos se sientan defraudados por la constitución y pierdan confianza en ella, y quizá en el régimen democrático. Por todo lo anterior puede concluirse que, desde el punto de vista jurídico, los derechos sociales prestacionales no son derechos, pues no son justiciables, al menos no desde la Constitución.

Y esto es así incluso en el caso de que tales derechos contasen formalmente con algún mecanismo de garantía jurisdiccional, como sucede en la Constitución española con los derechos de los presos (art. 25.2) y el derecho a la educación (en sus vertientes prestacionales; apartados 4 y 9 del art. 27; todo ello según se desprende del art. 53). Es evidente que estos preceptos envuelven claros mandatos al poder político (Ejecutivo y Legislativo), pero cuesta imaginar que de ellos se deriven derechos correlativos, al menos en el sentido jurídico del término. La propia naturaleza de los preceptos hace difícil concebir la intervención judicial para el caso de incumplimiento de los mandatos, pues el otorgamiento de las prestaciones en que consisten la mayoría de los derechos sociales está sujeto a una importante variable: la situación económica del Estado y la forma en que se administran los recursos estatales. Ella determina las posibilidades de realización de las prestaciones en que consisten muchos derechos sociales, que probablemente serán menores, o ninguna, en caso de crisis económica, o sea, precisamente cuando más falta pueden hacer.

Pero en cualquier caso, la decisión acerca de cómo y en qué medida se otorgarán dichas prestaciones es una cuestión política, determinada por factores económicos. Y en este ámbito, desde la invención del viejo principio de separación de poderes, resulta claro que los jueces poco tienen que hacer. Por todo ello, no puede hablarse de verdaderos derechos en el sentido jurídico del término. Tendrán un contenido cierto y determinado cuando el legislador se lo dé. Solo en ese momento se sabrá a ciencia cierta la magnitud de las prestaciones en que consisten, que estarán determinadas por las posibilidades económicas del momento. A lo anterior se suma el hecho de que el deber del legislador de desarrollar y dar contenido a estos derechos es una obligación meramente potestativa del sujeto obligado. Por todas esas razones, parece que de poco sirve que esta clase de derechos estén tutelados por garantías jurisdiccionales, como sucede en la Constitución española. Mientras no exista ley que determine su contenido concreto, los jueces poco o nada pueden hacer. Y en caso de intervenir invadirían competencias propias del poder político, que es el llamado a dar un contenido cierto y jurídicamente determinable al programa político en que los derechos sociales prestacionales consisten.

### III. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

#### A) La jurisprudencia de la Corte Suprema

En nuestro país la jurisprudencia de la Corte Suprema parece haberse encaminado en la misma línea de la norteamericana y de la española. Si bien en general los derechos sociales que consagra nuestra Constitución no son justiciables<sup>4</sup>, son varios los casos en que se ha procurado soslayar dicha característica mediante la vinculación de los hechos a derechos clásicos. Es lo que sucede cuando se vincula por ejemplo el derecho a la protección de la salud con el derecho a la vida. Sin embargo, los resultados de esta estrategia no han sido favorables para quienes la han intentado. Así, la jurisprudencia ha entendido que el derecho a la vida no puede dar cobertura a la salud, porque aquel dice relación con la protección frente a los ataques a la vida por la acción de terceros, y no por enfermedades. Y a su vez, en lo que resulta más sintomático respecto de la naturaleza de los derechos sociales, la jurisprudencia ha señalado que la protección de la salud está limitada por los recursos económicos con que cuenta el Estado. Así ha sido resuelto por ejemplo en Gallardo Soto con Servicio de Salud Metropolitano Oriente<sup>5</sup>; en Gracia Zúñiga con Servicio de Salud Metropolitano Norte<sup>6</sup>; en Colegio Médico de Chile AG, Consejo Regional Valparaíso, con Secretario Regional Ministerial de Salud de Valparaíso y Director del Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota<sup>7</sup>; en Rojas Vera y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud<sup>8</sup> y en Ossa Aránguiz con Estado de Chile<sup>9</sup>. En resumen, los derechos sociales prestacionales no pueden entenderse como derechos en sentido jurídico, sino como una aspiración o meta social constitucionalizada.

<sup>4</sup> La excepción la constituyen el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación; el derecho a la protección de la salud en lo relativo a la facultad de elegir entre el sistema público y el privado de salud; y el derecho de sindicación, que sí están garantizados por el recurso de protección.

<sup>5</sup> Corte Suprema, sentencia de 29/1/1988, Rol 11.820.

<sup>6</sup> Corte Suprema, sentencia de 28/12/1987, Rol 11.635.

<sup>7</sup> Corte Suprema, sentencia de 5/3/2001, Rol 692-01.

<sup>8</sup> Corte Suprema, sentencia de 9/10/2001, Rol 3.599-2001.

<sup>9</sup> Corte Suprema, sentencia de 26/3/2002, Rol 284-2002. Una excepción a la tendencia jurisprudencial de estos fallos es el caso Daza Carrasco con Miranda Pinto, en donde la Corte de Apelaciones de Rancagua acogió un recurso de protección respecto de una persona esquizofrénica que no tenía tratamiento médico. El Servicio de Salud sostuvo que no disponía de los medios para brindar atención psiquiátrica a la Sra. Miranda, y que probablemente tampoco podría conseguirse un cupo en un hospital de Santiago. No obstante, la Corte de Rancagua acogió el recurso, y señaló que la posible inexistencia de cupos en hospitales especializados de la Región Metropolitana, "representa eventualmente una dificultad administrativa cuya solución le compete al primero y no a esta Corte, que no puede bajo dicha excusa dejar de velar por el mandato constitucional y legal que se encuentran en este caso comprometidos".

## B) La sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 976

En este fallo el Tribunal Constitucional parece poner en tela de juicio la línea jurisprudencial de la Corte Suprema. En este caso el Tribunal conoció de una inaplicabilidad en contra del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, por supuesta infracción a los derechos de los numerales 2, 9 y 24 del artículo 19 de la Constitución. En el voto de mayoría el alto Tribunal sostuvo que los derechos sociales son efectivamente derechos “y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica” (considerando 26°). Sostuvo asimismo que el derecho a la protección de la salud “se halla sustancialmente ligado a otros atributos esenciales asegurados en nuestro Código Político, v. gr., el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir al ordenamiento la legitimidad ya aludida” (considerando 32°).

Yendo aún más allá, el Tribunal Constitucional señaló que, como la Constitución es un sistema orgánico, coherente y armónico de valores, principios y normas, lo que excluiría toda interpretación que anule o prive de eficacia a alguno de sus preceptos, “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, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos” (considerando 34°). En otros términos, el Tribunal entendió que los derechos sociales también resultan exigibles respecto de particulares, por aplicación del principio de efecto horizontal de los derechos. Tal sería el caso de las Isapres, como consecuencia de la aplicación a su respecto del art. 19 N°s 9 (en lo relativo al derecho a elegir entre el sistema público o privado de salud) y 26 (considerandos 36°, 37°, 38° y 42°).

No obstante, el voto de minoría de los ministros Colombo, Bertelsen y Correa rechaza la posición de la mayoría. En tal sentido rechaza la idea de efecto horizontal del derecho a la protección de la salud respecto de las Isapres, para lo cual se sostiene que las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud que contempla la Constitución son un deber del Estado y no de los particulares. Y agrega que dicha obligación “es diversa a los derechos de las personas a permanecer en un plan o más precisamente a mantener inalterable un precio de un seguro destinado a cubrir los costos en que incurran en materia de salud” (considerando 9°). Pero sin duda este voto de minoría resulta especialmente interesante cuando sostiene que la competencia para adoptar políticas sociales que permiten el ejercicio de

derechos constitucionales es del legislador, y que si bien dichas regulaciones pueden ser perfectibles, dicha tarea corresponde al legislador y no a los jueces. Ello porque a su juicio “no es tarea de esta Magistratura enjuiciar cuán equitativo resulta que los particulares produzcan y provean bienes esenciales, tampoco que el legislador haya decidido que el sistema privado de Isapres, siempre voluntario para el usuario, no contenga reglas de solidaridad, más allá de la típica de los seguros. El alza que produce en los costos de salud el envejecimiento de las personas es un hecho inevitable. Así, no estamos llamados por esta vía a juzgar la sabiduría del resultado que han producido tales opciones políticas y hechos inevitables, cual es de que el legislador, dentro de ciertos márgenes, permita al proveedor de seguros de salud alzar los precios de ellos sin consentimiento de su contraparte. Todas esas decisiones ya fueron adoptadas por el legislador, quien autorizó expresamente a esas entidades a subir esos precios, sin la voluntad del afiliado. Consta en el debate de la ley impugnada que, para decidir del modo en que lo hizo, tuvo presente un conjunto de consideraciones relativas a la variación de los costos de la salud, mercados de seguros y desarrollo nacional, que corresponden típicamente a un análisis de mérito que el sistema democrático que nos rige radica en el legislador y que este Tribunal no está llamado a revisar y menos a sustituir. Tampoco está llamado este Tribunal a juzgar si las específicas alzas que ha padecido la requirente se ajustan o no a la ley, pues ello es tarea de los jueces del fondo.

Que los jueces no estamos llamados a determinar en cada caso que se nos presenta, cuál sea la contribución equitativa que cada proveedor de bienes y servicios debe hacer al goce de los derechos constitucionales de los usuarios. Sin precios generales y comunes, la equidad entre los usuarios, cuyos pagos al proveedor aseguran un régimen general de precios, se hace imposible. Si en una actividad como esta se sustituyera una regulación general de precios por una particular basada en la equidad de cada caso, se haría imposible para los particulares llamados a proveer esos servicios proyectar o calcular las ganancias que el sistema les autoriza y que constituye el aliciente de su participación. A menos, entonces, que existan antecedentes claros que determinen que el legislador ha infringido la Constitución al establecer las bases para la fijación de los precios, no es tarea de los jueces alterarlos” (considerandos 15° y 16°).

#### IV. ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Como se ha visto hasta aquí, el problema de gran parte de los derechos sociales es que solo consisten en mandatos al estado, particularmente al legislador, debido a que consisten, en su mayoría, en prestaciones. Ello

impide considerarlos normas jurídicas, y menos aun derechos (en sentido jurídico estricto). Más aún, su indeterminación en la Constitución conlleva que no tengan carácter normativo. En concreto, los preceptos sobre derechos sociales prestacionales son meramente programáticos; son exhortaciones a los poderes públicos a las que estos no quedan obligados. Solo se transforman en verdaderas exigencias jurídicas cuando son recogidos en disposiciones infraconstitucionales.

Distinta es la situación de aquellos que no suponen prestaciones, como ocurre con los derechos colectivos laborales, o incluso el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Se trata de facultades cuyo reconocimiento constitucional puede ir perfectamente acompañado de garantías jurisdiccionales, pues son facultades de naturaleza justiciable. Y entonces, ¿de qué sirve la constitucionalización de derechos sociales de tipo prestacional? Una posible respuesta está en considerarlos garantías institucionales, aunque como se verá más adelante, ello está igualmente sujeto a límites.

#### A) Los derechos sociales como garantías institucionales

Los preceptos sobre derechos sociales prestacionales son normas políticas, directrices y principios orientadores del fin del constitucionalismo social, que no es otro que lograr la igualdad material. A lo más podrían adquirir algún sentido jurídico si se les considerasen garantías institucionales, como hacen algunos autores<sup>10</sup>. Entonces los derechos sociales de prestación serían institutos jurídicos, más que político-sociales, pues el concepto de garantías institucionales fue inventado para amparar tales institutos frente al legislador. Pero, por lo dicho hasta aquí, queda claro que esta clase de derechos no tienen un sentido jurídico, sino político-social, por lo que solo pueden entenderse como instituto político-social. De ahí que la propuesta de aquellos autores solo puede considerarse si se reinterpreta el concepto de garantía institucional, dando cabida en él no solo a institutos jurídicos sino también políticos. En tal caso el legislador no podría adoptar medidas que supusieran la derogación o eliminación tácita de los derechos sociales consagrados en la Constitución. De hacerlo, tal medida podría ser impugnada a través de los mecanismos de control abstracto de constitucionalidad que contemple cada constitución, lo que no es poco.

Todo esto debe ser entendido sin perjuicio de la libertad del legislador para poner en práctica y desarrollar los derechos sociales prestacionales. En dicha labor no está sujeto a ningún tipo de limitaciones, ni siquiera a

<sup>10</sup> CRUZ VILLALÓN, Pedro: "Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía", en: CÁMARA Y CANO (editores), *Estudios Sobre el Estado Social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Madrid, Parlamento de Andalucía, Tecnos, 1993, pp. 103 y ss. DE OTTO, Ignacio: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 48.

aquella que algunas constituciones, como la española o la chilena, denominan contenido esencial de los derechos. Y la razón es simple: los derechos sociales de tipo prestacional no tienen contenido esencial. Su propia naturaleza lo impide, ya que el contenido del derecho será lo que el legislador determine en cada caso. No obstante, es evidente que en todo caso el desarrollo legislativo de los derechos sociales estará sujeto al general respeto del principio de igualdad, lo que hará posible el control de constitucionalidad de los preceptos que atentasen contra el mismo.

#### B) Límites al control de constitucionalidad en materia de derechos sociales prestacionales

A pesar de lo que pudiera desprenderse del fallo rol N° 976 de nuestro Tribunal Constitucional, creo que, como sostiene De Otto, el control de constitucionalidad basado en los preceptos que los consagran está sujeto a límites. Y es que “si se pudiera enjuiciar la adecuación entre la ley y el fin constitucionalmente prescrito –por ejemplo, si una ley es o no adecuada al fin de procurar a todos una vivienda digna (art. 47)– el Tribunal Constitucional estaría suplantando al legislador en su función estrictamente política de elegir los medios conducentes a un fin. El respeto a la posición de la ley en el ordenamiento jurídico [...] exige que el Tribunal Constitucional se limite a sancionar la infracción frontal del mandato, esto es, aquellos supuestos en que la ley resulte manifiesta y claramente contraria al fin prescrito”<sup>11</sup>.

Si las garantías institucionales amparasen no solo institutos jurídicos sino también políticos, los derechos sociales prestacionales no estarían del todo desamparados frente al legislador. Se dijo antes que los derechos sociales pueden considerarse institutos político-sociales, con lo que se cumpliría el supuesto anterior, y por tanto el legislador no podría eliminar o derogar tales derechos, ni expresa ni tácitamente. De hacerlo, se podría ejercer control de constitucionalidad de la legislación infractora.

Cabe preguntarse si el legislador podría revocar o alterar substancialmente el contenido de un derecho social, después de haber sido este dotado de contenido. Si dicha actuación legislativa se diese en relación a los derechos colectivos laborales no habría mayor problema, ya que en ningún caso impediría el ejercicio de tales derechos. Se trata de manifestaciones de libertad, y como tales se bastan a sí mismas, por lo que podrían ejercerse aun cuando el legislador derogue o modifique substancialmente las normas que los regulen.

<sup>11</sup> DE OTTO, *Derecho constitucional...*, p. 48. Esta posición es similar a la esbozada en los considerandos 15 y 16 del voto de minoría de los ministros Correa, Bertelsen y Colombo en la sentencia rol N° 976.

Distinta es la situación de los derechos sociales prestacionales, pues se trata de derechos de configuración legal. Por eso el legislador es libre para desarrollarlos y dotarlos de contenido cierto, así como para modificar dicho desarrollo y contenido cuando lo estime necesario.

C) Una alternativa: el control del respeto a los derechos sociales por un organismo no jurisdiccional

A pesar de todo lo dicho hasta aquí, es un hecho que muchas constituciones reconocen derechos sociales, incluidos los prestacionales. De ahí que parece sensato preguntarse qué hacer con ellos una vez constitucionalizados. Su no eficacia jurídica ¿significa que no puede dotárseles de algún mecanismo de tutela? Una respuesta interesante para ambas preguntas la dan Sánchez y Pereira<sup>12</sup>, quienes plantean la posibilidad de crear un órgano independiente, con funciones consultivas y de asesoramiento en materias político-sociales, que pudiera vetar las leyes o políticas manifiestamente antisociales. Creo que esta opción resulta aceptable, aunque debe reconocerse que a veces la situación económica de un país, puede conducir al sacrificio de algunas conquistas sociales para el mantenimiento de otras de mayor entidad. En pocas palabras, creo que si bien es posible defender el “principio de irreversibilidad de las conquistas sociales”, debe existir la necesaria flexibilidad que permita acomodar las políticas sociales a las circunstancias económicas de cada momento.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005;
- CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía”, en Cámara y Cano (Editores), *Estudios Sobre el Estado Social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Madrid, Parlamento de Andalucía-Tecnos, 1993, 103 y ss.
- DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, 48.

<sup>12</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, “Los Derechos Sociales y los Principios Rectores de la Política Social y Económica”, en: *Revista de Derecho Político (La Reforma Constitucional)* Nº 36 (1992), pp. 269-272.

JORDÁN DÍAZ, Tomás Pablo, *La protección de los Derechos Sociales, modelos comparados de tutela jurisprudencial (España y Chile)*, Santiago, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Colección de Investigaciones Jurídicas N° 10, 2008.

MAYORGA LORCA, Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990.

PALMER, Ellie, *Judicial review, socio-economic rights and the Human Rights Act*, London, Hart Publishing, 2007.

PECES-BARBA, Gregorio, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Latina, 1980, 168.

PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, "Los Derechos Sociales y los Principios Rectores de la Política Social y Económica", *Revista de Derecho Político (La Reforma Constitucional)* 36 (1992), 269-272.

PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.