

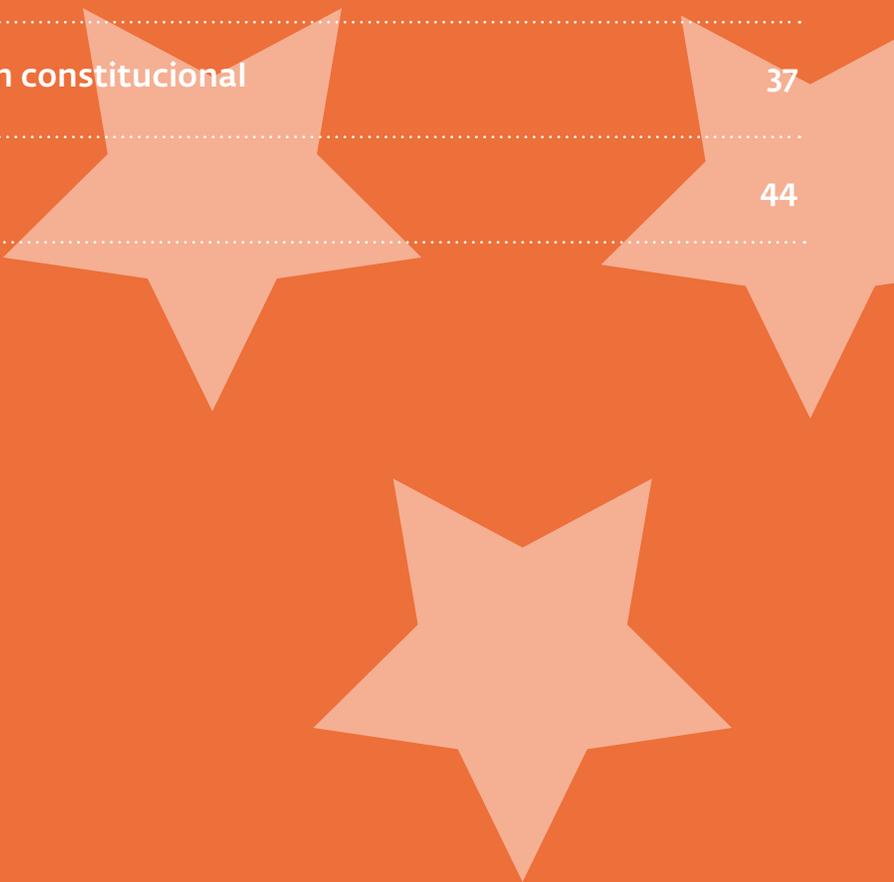
CUARTO INSUMO CONSTITUCIONAL:

LOS DERECHOS SOCIALES EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Equipo
Instituto Res Publica

ÍNDICE

Prólogo (Equipo Instituto Res Pública).	03
I. ¿Estado Social de Derecho? (María Paz Romero).	04
II. Experiencia comparada de los derechos sociales justiciables: algunas lecciones (Agustín Núñez Cox).	08
III. Una aproximación a los Derechos Sociales (Rodrigo Meléndez).	18
IV. Derecho a la protección de la salud (Luiz Fernando Mackenna).	28
V. El Sistema de Pensiones en la discusión constitucional (Florencia Muñoz).	37
Anexo	44



PRÓLOGO

En este cuarto insumo constitucional se aborda la discusión sobre los derechos sociales en la nueva Constitución. Si bien el aspecto más importante de una Constitución no es aquella donde se garantizan ciertos derechos, en el debate público ha sido muy importante la discusión relativa a esta parte de la Carta Fundamental, específicamente en lo que se refiere a los así llamados derechos sociales, económicos y culturales.

En primer lugar, se explica en este insumo cuál puede ser el significado de definir a Chile como un Estado Social de Derecho, examinando el origen de este concepto. En segundo lugar, se aborda la experiencia comparada de la consagración de derechos sociales justiciables, por ser ésta una alternativa que ha ido tomando cada vez más relevancia en la discusión pública. En tercer lugar, se explica a nivel conceptual qué queremos decir cuando hablamos de derechos sociales, desde el punto de vista de la teoría constitucional. En cuarto lugar, se aborda el derecho a la protección de la salud, explicando cuál es el rol que le cabe a la Sociedad Civil y al Estado, subsidiariamente, en la provisión de la salud. Por último, en quinto lugar, se reflexiona sobre el sistema de pensiones en la discusión constitucional. Estos dos temas son probablemente los más sensibles en la actual discusión sobre los derechos sociales.

Como se verá, la discusión sobre los derechos sociales implica hacerse cargo de cuál es la comprensión que tenemos del lugar de la Sociedad Civil, referido a la solución de los problemas de una comunidad política, así como también la comprensión del rol del Estado en esa comunidad y, por último, cómo entendemos que debe ser la relación que debe existir entre Estado y Sociedad Civil en la provisión de los bienes públicos.





¿ESTADO SOCIAL DE DERECHO?



Autora

María Paz Romero

A. NOCIÓN ORIGINAL DE ESTADO DE DERECHO

“Estado de Derecho”, sin ningún tipo de adjetivos agregados, es el término original y por el que se conoce universalmente al Estado en las constituciones modernas y regímenes democráticos.

Históricamente, esta expresión (más conocida por su versión en inglés -rule of law-) nace de la idea de abandono del Estado absolutista y de la consiguiente necesidad de que el poder político sea limitado y racional, de modo que tanto gobernantes como gobernados se encuentren sometidos al imperio de la ley, tal como se recoge en la famosa expresión según la cual debe sustituirse el gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes.

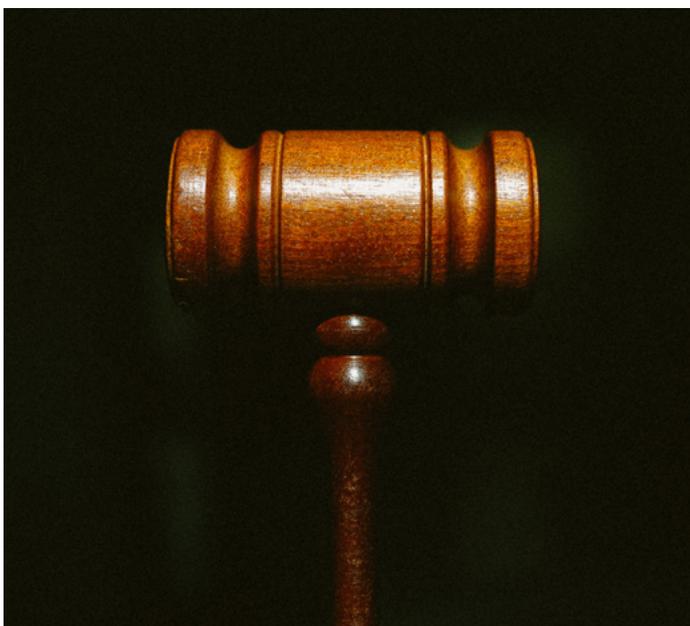
Hoy, siguiendo con el sentido antes indicado, el Estado de Derecho es la expresión que identifica a aquellas naciones que declaran actuar bajo el imperio del derecho. Con este término se alude a la idea de que no hay nadie por encima de la ley (o el derecho). Es decir, es un principio fundante en virtud del cual las personas e instituciones del Estado ejercen sus potestades con sujeción a reglas jurídicas que se aplican, partiendo de la premisa de la igualdad ante la ley y con pleno respeto a los derechos fundamentales (todos y no sólo los sociales).

B. NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

La Constitución actualmente vigente no utiliza de forma expresa el término “Estado de Derecho”, ni tampoco le añade adjetivos como “social” o “subsidiario”. Así, en vez de condensar la noción antes explicada en un solo concepto, opta por su desarrollo de una manera completa en artículos distintos, específicamente, en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental.

El primer inciso del artículo 6º establece que “[l]os órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”, y el segundo dispone que “[l]os preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. De los preceptos anteriores surgen importantes cláusulas constitucionales que por su especificidad poseen mayor riqueza: el respeto de la supremacía constitucional, la defensa de la constitución y su fuerza normativa vinculante. Finalmente, el tercer inciso de dicho artículo señala que “[l]a infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”, enunciado que constituye una de las bases de la responsabilidad del Estado.

A su vez, el artículo 7º contempla, en el inciso primero, los requisitos de validez para la actuación de los órganos del Estado y, en el inciso segundo, la regla de juridicidad en el ejercicio del poder, la que ha de regir incluso en circunstancias extraordinarias y que, al decir del inciso final, su contravención acarrea la nulidad del acto. Esta disposición es parte integrante de la tradición constitucional chilena, ya que data, casi sin alteración en su redacción, desde la Constitución de 1833.



C. IMPLICANCIAS DE UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Algunas constituciones han optado por establecer expresiones del tipo “Estado social y democrático de derecho”, tales como la española¹ y la alemana.² Esta expresión también se encuentra contenida en el proyecto de nueva Constitución de marzo de 2018 propuesto por la presidenta Michelle Bachelet al Congreso Nacional. Dicho proyecto, en su artículo 2º, manifiesta que “[l]a República de Chile es un Estado de Derecho democrático y social”. Luego, en su artículo 6º repite nuevamente la expresión, pero sin los adjetivos, al señalar que “Chile es un Estado de Derecho, fundado en el principio de supremacía constitucional”. Sin embargo, es importante comprender que establecer una denominación de ese tipo no tiene consecuencias neutrales.

La fórmula “Estado Social de Derecho” busca enfatizar la función prestacional del Estado en el ámbito social, dotándolo de un rol preponderante en la sociedad frente a los particulares. Sin embargo, es posible sugerir que la utilización del adjetivo “social” conlleva el riesgo de diluir y opacar el sentido original del término “Estado de Derecho”, el cual es la sujeción a la ley y al derecho.

Por un lado, si lo que se busca con un “Estado Social de Derecho” es asegurar la garantía de derechos sociales, la utilización de dicho adjetivo no tiene valor agregado alguno en la práctica. Por otro lado, si lo que se busca es subrayar simbólicamente una cierta orientación social del Estado, esto se puede lograr de mejor manera a través de disposiciones específicas redactadas con un mayor alcance y claridad.

¹ El artículo 135 de la Constitución española dispone lo siguiente:

1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.
2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros. Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.
3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito. Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta.

Un ejemplo de esta última técnica la encontramos en el artículo 1º de nuestra actual Constitución, en la cual se expresan los deberes y orientaciones del Estado con una expresividad y riqueza mayor que si se acudiera a la fórmula comentada. Incluso, si se quisiera tener una mayor libertad expresiva, es preferible hacerlo en un preámbulo más que a través de una fórmula en que -problemáticamente- lo más importante no sea la sujeción al derecho, sino la faceta social del mismo.

Debe advertirse que la utilización de este tipo de lenguaje puede utilizarse con un sentido ideológicamente comprometido y con un objetivo no sólo simbólico, sino que también funcional: servir de parámetro interpretativo de las disposiciones de una Constitución. Un interesante ejemplo de esto lo encontramos a propósito de la reforma a la Constitución española que introdujo el artículo 135 a través del cual se constitucionalizaron las reglas de limitación de déficit y endeudamiento introducidas como condición “de seguridad” para el rescate financiero de 2011. Sin embargo, se ha criticado el plan de austeridad derivado de la aplicación de dicha norma por ser opuesto al principio del Estado Social de Derecho. De este modo, la interpretación que se hace del Estado Social de Derecho como principio rector del actuar del Estado limita la posibilidad de establecer normas de estabilidad presupuestaria que regulen el desembolso estatal, incluso si es con el fin de superar crisis económicas, ya que se prioriza desde un inicio la prestación de derechos sociales que el Estado tiene el deber hacer en virtud del “Estado Social de Derecho”.

Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión. El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.



Es importante hacer notar que la expresión que se utiliza a nivel global es *rule of law* (cuya traducción más cercana es “Estado de Derecho”). No es casualidad que la European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), organismo constitucional experto de carácter consultivo del Consejo de Europa haya adoptado un acabado estudio sobre el contenido de la mencionada expresión, libre de adjetivos y referencias a lo “social”, y en que se resalta su dimensión original.

En suma, no parece recomendable la adopción en el nuevo texto constitucional de la expresión “Estado Social de Derecho” (u otro similar). Incluso más, ni siquiera parece útil la utilización de la expresión “Estado de Derecho”. No sólo no es afín a nuestra tradición constitucional, sino que -desde el punto de vista técnico- es preferible recurrir a disposiciones constitucionales que de forma autónoma y de manera mucho más completa puedan desarrollar temas asociados al concepto recién mencionado.

BIBLIOGRAFÍA

CASTELLA, Josep María (2019): “Derecho Constitucional Básico” (Barcelona, Huygens Editorial, quinta edición).

COMISIÓN DE VENEZIA (2016): “Criterios de verificación del Estado de Derecho”, reporte adoptado por la Comisión de Venecia en su Sesión Plenaria 106ª, 11-12 de marzo de 2016. Disponible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-spa)

GARCÍA, Gonzalo; CONTRERAS, Pablo (2014): “Diccionario Constitucional Chileno”, Cuadernos del Tribunal Constitucional (Santiago, Chile. Primera edición).

HORIZONTAL (2020): “Evolución constitucional: bases conceptuales y propuestas para pensar la nueva Constitución”. Disponible en: <https://www.horizontalchile.cl/wp-content/uploads/2020/10/ECV3.pdf>

PÉREZ, Pablo (2014): “La constitucionalización de la cláusula de estabilidad presupuestaria en España y sus efectos”, (conferencia sobre la protección de los derechos económicos y sociales en tiempos de crisis económica: el papel de los jueces, Ouro Preto, Brasil). Comisión de Venecia (Estrasburgo, Francia). Disponible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA\(2014\)009-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA(2014)009-spa)

NORMAS CITADAS

Boletín N°11.617-07: Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República (2018).

Constitución de la República Federal Alemana (1949).

Constitución Española (1978).

Constitución Política de la República de Chile (1980).



EXPERIENCIA COMPARADA DE LOS DERECHOS SOCIALES JUSTICIABLES: ALGUNAS LECCIONES



Autor

Agustín Núñez

A. GENERALIDADES

Una de las discusiones más intensas que deberá enfrentar la Convención Constitucional a la hora de redactar la nueva Carta Fundamental es la que dice relación con los denominados “derechos sociales”. Esto es evidente y no debería ser ninguna sorpresa, ya que el asunto se ha tomado el debate público los últimos meses por medio de múltiples voces, particularmente por parte de los candidatos a constituyentes, que han clamado por un cambio en lo que respecta a derechos sociales en una nueva Constitución, transformándose en una tónica el hecho de proponer un gran número de estos derechos. Lo anterior no ha sido monopolio de un solo sector político, sino que esta afición por los derechos sociales se puede percibir de manera transversal. Así, el alcalde de Las Condes y uno de los pre candidatos presidenciales del conglomerado político de centroderecha Joaquín Lavín, ha señalado que “necesitamos derechos sociales y protección para una clase media que siente que no le queda más que rascarse con sus propias uñas”.⁴ Por su parte, Agustín Squella –convencional electo– refiriéndose a los derechos sociales ha sostenido “que la Constitución de 1980 no haya declarado que al término de su vida laboral toda persona tiene derecho a una previsión oportuna y justa, ¿no será uno de los principales motivos de que 40 años más tarde estemos recién discutiendo una reforma estructural a un sistema de pensiones que nunca garantizó ese derecho?”⁵ Asimismo, Fernando Atria –también electo como convencional– ha indicado que “el Estado debería asumir el deber de realizar derechos sociales, de crear y mantener estos espacios sociales, es lo que en el constitucionalismo europeo se llama el estado social y democrático de derechos”,⁶ por

nombrar algunos. Como se percibe, es un tema que seguramente desatará pasiones y generará abundantes propuestas y proposiciones en la Convención Constitucional. Debido a esto, es que se hace necesario entender qué son en realidad los derechos sociales, exponer distintas experiencias comparadas en relación con la justiciabilidad de estos derechos y, por último, señalar algunas propuestas que parecen prudentes para tomar en consideración en la nueva Constitución. Las próximas líneas tienen como propósito dar algunas luces para la futura discusión constitucional que enfrentaremos como país.

B. INTRODUCCIÓN A LOS DERECHOS SOCIALES

La expresión “derechos sociales” está lejos de ser unívoca y no resulta sencillo dar una noción que sea aceptada por todos. En efecto, múltiples son las acepciones en que puede ser utilizado este término. Así, en tiempos previos al constitucionalismo, e incluso en el constitucionalismo temprano, no es inusual encontrar dicha expresión aludiendo simplemente a los derechos de las personas en sociedad, en oposición a los derechos naturales, entendidos como individuales y presociales desde la perspectiva de la teoría contractualista.⁷ Asimismo, muchas veces se habla de “derechos sociales” como sinónimo de “derechos positivos” o “derechos de participación”. Quizás la noción más clara y que será la que se utilizará en este ensayo es la que alude a los “derechos sociales” como “derechos de prestación”, en el sentido de que, jurídicamente, otorgan a sus titulares un título para reclamar un objeto que consiste en

⁴ EL MERCURIO DE SANTIAGO (25/08/2020).

⁵ EL MERCURIO DE SANTIAGO (15/08/2020).

⁶ DIARIO CONSTITUCIONAL (6/04/2021).

⁷ ALDUNATE (2014) 21.

una prestación, ya sea en bienes o en servicios, los que, en todo caso, pueden ser satisfechos si existe la correspondiente disponibilidad de recursos económicos.⁸ En otras palabras, los derechos sociales hacen referencia comúnmente a bienes o servicios económicamente evaluables, como enfermedad o vejez, salud, educación y vivienda, los cuales en teoría podrían ser reclamables por sus titulares, es decir, cada miembro de la sociedad individualmente considerado, aunque se vinculan mucho con un requerimiento colectivo.

Los derechos sociales no nos acompañan desde antaño. De hecho, el constitucionalismo originario no veía esto, sino que se preocupaba más de los derechos como cotos vedados ante la acción del Estado, es decir, más bien derechos de abstención o negativos, como, por ejemplo, la libertad de expresión, la libertad de conciencia o la libertad de prensa, donde en realidad el Estado debía inhibirse de intervenir. Esta tendencia cambió radicalmente en el siglo XX. En efecto, comienzan a incorporarse derechos sociales en las Constituciones, siendo la Carta Fundamental mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919 (Alemania) las primeras en consagrar algunos de ellos. Luego de la Segunda Guerra Mundial la incorporación de estos derechos se amplía a todo el constitucionalismo, con una importante participación de la ONU, la cual en 1966 aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Hoy en día, puede señalarse que los derechos sociales están de moda en el constitucionalismo global, transformándose la consagración de numerosos listados de derechos sociales en una tendencia en las distintas Constituciones a lo largo del mundo, principalmente en la región latinoamericana.

Definitivamente, el constitucionalismo latinoamericano se ha transformado en los últimos años en uno de los más claros ejemplos de Constituciones con catálogos de derechos extensos, en muchos casos muy detallistas y simplemente aspiracionales. Así, por ejemplo, la Constitución de Brasil de 1988 detalla 34 especificaciones únicamente para el reconocimiento del derecho al trabajo.⁹ Asimismo, la Constitución de Colombia de 1991 dedica todo un capítulo a reconocer derechos económicos, sociales y culturales, tales como el derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre (artículo 52) y los derechos fundamentales de los niños a la alimentación equilibrada, el cuidado, amor, recreación, entre otros (artículo 44).¹⁰ Por su parte, la Constitución de Bolivia de 2009 consagra, entre varios más, el derecho al agua y a la alimentación (artículo 16) y el derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones (artículo 20).¹¹ En el caso de Ecuador, su Constitución de 2008 reconoce, por señalar algunos, el derecho a las personas y a las colectividades al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos (artículo 13) y el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir (artículo 14).¹²

Es difícil anticipar si Chile seguirá el mismo camino que sus pares latinoamericanos a la hora de redactar la nueva Constitución, pero sí podemos desde ya hacer algunas observaciones que permitan dar algunas luces en lo que respecta a este tema, principalmente en relación con la exigibilidad judicial de los derechos sociales, asunto que se analizará a continuación.

⁸ ALDUNATE (2014) 26.

⁹ SOTO (2021) 99.

¹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (1991).

¹¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA (2009).

¹² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (2008).



C. EXIGIBILIDAD JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES: ALGUNAS LECCIONES A PARTIR DE LA EXPERIENCIA

Como se señaló, los derechos sociales corresponden a derechos de prestación, es decir, derechos que jurídicamente están llamados a ser satisfechos por el Estado en beneficio de la comunidad, principalmente a través de políticas públicas y destinación de recursos. Esto plantea de inmediato la siguiente interrogante que se deberá resolver durante el proceso constituyente: ¿los derechos sociales pueden ser exigidos judicialmente por cada uno de los miembros de la sociedad? La respuesta a esta pregunta dependerá de varios factores que hay que tener en consideración, muchos de ellos extraídos de las distintas experiencias comparadas.

En primer lugar, se hace necesario indicar, tal y como menciona Soto, que “hay una desmedida

confianza en que basta mencionar un derecho en la Constitución para mejorar la realidad. Es posiblemente en esta área donde la distancia entre lo que pueda decir una Constitución y la realidad adquiere proporciones inusitadas”.¹³ Debido a esto, es que el tema de los derechos sociales debe ser tratado con cautela y es necesario controlar las expectativas. En nuestra región, la mayoría de las Constituciones no solo reconoce una gran cantidad de derechos sociales, sino que la mayoría de ellos son justiciables, es decir, reclamables ante los jueces, pero como se verá, la sola consagración de un derecho social y el hecho de que éste sea exigible ante tribunales no conlleva necesariamente un incremento en la satisfacción efectiva de esa garantía.

Como señala Aldunate, “una Constitución que consagra derechos sociales de prestación, sin parámetros o criterios específicos para dotarlos de contenido, y entrega de manera directa su garantía a un órgano jurisdiccional, cualquiera que este sea, se debe tener presente que se entrega a dicho órgano un ámbito de competencia tradicionalmente asignado al legislador y a la Administración, a saber: a) la

¹³ SOTO (2021) 104.

decisión, con carácter general, sobre b) una parte importante de los recursos públicos y c) las prioridades de aplicación de los mismos”.¹⁴ En efecto, suele verse en la justiciabilidad de los derechos sociales un posible medio para transferir las decisiones de política pública a la judicatura, aunque hay que recordar que los jueces no son los llamados a producir cambios sociales. Existen dos posibles objeciones que se pueden hacer en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales. La primera es una objeción de capacidad, ya que los jueces no tienen la capacidad para resolver adecuadamente las decisiones que involucran complejas materias y regulaciones de políticas públicas, muchas de las cuales requieren una mirada técnica de la que los jueces carecen. Segundo, hay una importante objeción de democrática, ya que en democracia no son los jueces los llamados a decidir los mecanismos a través de los cuales el Estado debe asumir un determinado rol, sino que esa función corresponde a los representantes electos en el Congreso (más aun considerando que la mayoría de estas decisiones involucran gasto público, del cual la judicatura no se hace responsable ante la ciudadanía).

Gerald Rosenberg, en su libro *The Hollow Hope*, se pregunta si pueden los jueces provocar el cambio social. Para responder a esto, analiza la situación de Estados Unidos, fundamentalmente aquellos casos en que se mezclan decisiones judiciales y políticas públicas, tales como los derechos civiles, los derechos de las mujeres o el cuidado del medio ambiente y responde negativamente, ya que señala que los jueces no cuentan con las herramientas ni con la capacidad para producir transformaciones sociales.¹⁵

Otro caso es el de Colombia, país que como se señaló, incorpora un catálogo con amplios derechos sociales y que son exigibles por una acción de tutela. En el caso del país latinoamericano, se realizó un estudio con el fin de verificar si efectivamente la Corte Constitucional de Colombia ha generado una dinámica de construcción de políticas públicas para combatir la pobreza mediante las reglas jurídicas y órdenes presentes en su jurisprudencia. Como conclusión, esta investigación señala que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia no tiene la virtualidad de combatir la multipolaridad del fenómeno de la pobreza. Señalan que el Tribunal Constitucional de ese país “no actúa como un auténtico gestor de políticas públicas lo que ocasiona serios problemas de desigualdad con las órdenes que profiere y lo pone ad- portas de un sistema de populismo jurídico, perjudicial para el equilibrio de poderes. Además, los datos recolectados muestran que la Corte Constitucional, como tribunal de revisión de sentencias de tutela, ha fijado una serie de parámetros que protegen sólo a aquellas personas que logran acceder a este control; no obstante, la protección que irradia en sus sentencias no alcanza a afectar a la mayor parte de la población que también se circunscribe en un ámbito de pobreza”.¹⁶ Como se percibe, en el caso de Colombia la exigibilidad judicial de los derechos sociales no solo no ha sido eficaz para resolver los problemas relacionados con la pobreza de ese país, sino que, además, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano demuestra que incluso se cae en discriminaciones arbitrarias, en el sentido de que puede llegar a protegerse solo a aquellos que logran acceder al control judicial.

¹⁴ ALDUNATE (2014) 33.

¹⁵ SOTO (2021) 113.

¹⁶ NIETO Y LÓPEZ (2018) 357.

Debido a esto, es que las políticas públicas deben resolverse de manera global y no caso a caso como sucede en los tribunales, ya que esto puede conllevar peligrosas consecuencias. Así, por ejemplo, ha ocurrido en Brasil, donde los tribunales han protegido agresivamente el derecho a la salud, pero casi siempre a través de una aplicación individualizada, más que estructural.¹⁷ Lo mismo en Hungría. En este país, a mediados de la década de 1990, la Corte Constitucional derribó una serie de importantes medidas del gobierno. En efecto, en medio de una grave crisis económica y bajo presión de organismos internacionales como el FMI, el gobierno de Hungría intentó recortar muchos beneficios del sistema de prestaciones sociales. La Corte Constitucional falló sobre la base de que las personas con beneficios existentes tenían derechos similares a los de propiedad sobre estas prestaciones, por lo que el gobierno no podía eliminarlos. El problema fue que estos juicios beneficiaron principalmente a los grupos de ingresos más altos, produciendo un resultado sumamente regresivo. De hecho, muchos comenzaron a denominar a los derechos sociales de Hungría como “derechos de clase media”.¹⁸

En Chile, Soto realizó un estudio similar a los ya citados de Estados Unidos y Colombia y se preguntó por la eficacia de la constitucionalización de los derechos sociales. Para esto, realizó una mirada histórica a la evolución del derecho a la salud y el derecho a la educación y llegó a la conclusión de que el sostenido incremento en los índices no se originó en decisiones judiciales. En efecto, señala que “la motivación de las políticas públicas



que generaron, por ejemplo, las políticas educativas de Frei Montalva no nacen de una o más decisiones de la Corte Suprema, sino que de una decisión política y un compromiso de Gobierno. Lo mismo puede decirse con las políticas de salud pública vinculadas con la protección de la infancia o de la maternidad. Por eso, desde la mirada global, la imposibilidad de hacer justiciables ambos derechos no puede considerarse, con certeza, como un obstáculo para la mejora en la satisfacción social de las demandas por educación y salud”.¹⁹

Siguiendo con el análisis, Courtney Jung, Ran Hirschl y Evan Rosevear, en su artículo sobre

¹⁷ LANDAU (2012) 230.

¹⁸ LANDAU (2012) 234.

¹⁹ SOTO (2014) 267.

los derechos económicos y sociales en las Constituciones nacionales, muestran que los países que tienen un sistema de derecho civil tienen un promedio de 5.4 derechos sociales consagrados en la Constitución, mientras que los países que no tienen un sistema de derecho civil (entre ellos se encuentran los países con un sistema de “common law”) tienen un promedio de 3.3. La diferencia es más pronunciada cuando solo se consideran los derechos sociales justiciables, ya que en el caso de los países con sistema de derecho civil tienen un promedio de 3.7, mientras que los Estados que no tienen un sistema de derecho civil tienen un promedio de 1.2.²⁰ De estos datos y otros que aporta la investigación puede percibirse que no existe una directa relación entre la consagración constitucional de los derechos sociales justiciables y su impacto real en la satisfacción de las necesidades públicas.

Como se señaló, los jueces no están llamados a producir cambios sociales, más aún si consideramos los efectos nocivos y contraproducentes que han generado en distintos países las decisiones de la judicatura. No obstante, existen distintas fórmulas para restringir la participación de los jueces en la concreción de los derechos sociales y que podrían ser consideradas como alternativas para la nueva Constitución.

Así, por ejemplo, un método es el que tenemos actualmente en la Constitución vigente, es decir, excluir derechamente a los derechos sociales del recurso de protección para que no puedan ser exigidos directamente ante los tribunales, dejando su actualización a la legislatura para

que los concreten por medio de las políticas públicas que consideren más adecuadas. Como señala Soto, “los jueces y el recurso de protección no estarían entonces llamados a llenar de contenido las prestaciones que implica satisfacer el derecho; por ello se excluye su justiciabilidad”.²¹

El problema de esto es que la práctica jurisprudencial ha demostrado que la exclusión de los derechos sociales del recurso de protección existe solo en teoría, ya que los jueces, por vía de la interpretación, han utilizado la acción judicial para la protección de todo tipo de derechos. Esto último no ha sido exclusivo de Chile. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) adjudica derechos sociales por vía de conexión indirecta entre derechos civiles y derechos sociales. En efecto, en el Consejo de Europa coexisten dos instrumentos separados de derechos humanos con ámbitos de protección y alcance bien delimitados: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Carta Social Europea (CSE). El primero es un catálogo exclusivo de derechos civiles exigibles mediante demandas individuales ante la jurisdicción del TEDH. En cambio, la CSE+ queda fuera del ámbito judicial. Lo que se ha señalado es que “la clara demarcación de los derechos contenidos en estos dos instrumentos incomunicados revelaría que, a primera vista, no hay justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa. Sin embargo, en los últimos años el TEDH ha tratado asuntos de índole socioeconómica: recortes de pensiones, contaminación ambiental, provisión de medicamentos y acceso a viviendas estatales. Esto lleva a algunos a proclamar una suerte de

²⁰JUNG et al. (2014) 1057.

²¹SOTO (2021) 114.

socialización del convenio, consistente en dotar a los derechos civiles del CEDH de un contenido que invade la esfera de los derechos sociales, gracias a formas de litigio novedosas y a la interpretación creativa del Pacto”.²²

Debido a esto, es que parece más prudente que la Convención Constitucional intente encauzar el activismo judicial, más que excluir directamente a los derechos sociales de la judicatura, ya que lo más probable es que esto sea desbordado de igual forma, ya sea por medio de interpretaciones ingeniosas o por la relación existente entre los derechos civiles y los derechos sociales. Una alternativa que parece razonable es la que propone Aldunate, la que comprendería imitar la cláusula alemana del “Estado Social”. En efecto, la Constitución alemana contiene muy pocos derechos sociales explícitos, pero lo que sí tienen es una cláusula que señala una especie de mandato social al legislador, el cual tiene la obligación de llenar de contenido ese mandato, contemplando sanciones en caso de incumplimiento. Como señala el autor, “de este modo la configuración de los derechos de prestación queda siempre entregada, en primera línea al legislador y, en los aspectos de su concreción, a la Administración”.²³ Así, los derechos sociales tendrían un contenido específico y restringirían la participación de los jueces, limitando los riesgos que el activismo judicial conlleva.

Otra alternativa que podría ser tomada en consideración se desprende de dos casos ocurridos en India y Sudáfrica, los cuales demuestran que las Cortes, más que resolver y adjudicar derechos sociales directamente, pueden iniciar una especie de diálogo

institucional. Así, lo que ocurrió en India en un caso del año 2001, fue que, con el fin de proteger la agricultura de exportación, el gobierno comenzó a almacenar, en vez de distribuir, grandes cantidades de cereales, incluso cuando el país se encontraba en medio de una severa hambruna. Debido a esto, una ONG india impugnó la decisión del gobierno argumentando que ésta violaba el derecho constitucional a estar libre de hambre. Lo que hizo la Corte fue ordenar la creación de programas para dar grano a las familias pobres, dictar la implementación de programas de alimentos, entre otras medidas. Esto produjo una mejora en la política alimentaria en la India y el inicio de un amplio debate público sobre el tema. Lo rescatable es que la implementación de los programas quedó a cargo de la legislatura, sin que los jueces hayan entrado a decidir sobre materias propias de políticas públicas que no les corresponde.²⁴



²² POHL (2018) 694.

²³ ALDUNATE (2014) 39.

²⁴ LANDAU (2012) 237.

En el caso de Sudáfrica, llamado “Grootboom”, el Tribunal Constitucional de ese país sostuvo que los poderes políticos violaron la Constitución al no desarrollar un plan de vivienda que satisfaga las necesidades inmediatas de las personas más pobres, las que más necesitan ayuda, como era el caso de la demandante. A pesar de esto, el Tribunal se negó a ordenar un remedio individualizado, como por ejemplo hubiera sido obligar al Estado a que le proporcione una vivienda a la demandante, sino que se limitó a afirmar que los poderes políticos tenían la obligación de diseñar e implementar un programa coherente y coordinado y que una parte razonable del presupuesto total de vivienda debía reservarse para aquellos con una necesidad urgente e inmediata.²⁵

Como se percibe, en ambos casos la solución pasó por una especie de diálogo institucional, donde los tribunales, en vez de tomar decisiones sobre políticas públicas, le otorgan un mandato a los legisladores para que ellos decidan la forma más adecuada de resolver las demandas sociales.

D. CONCLUSIONES

A modo de cierre, no cabe más que recalcar la importancia de analizar con prudencia las implicancias que tiene el hecho de hacer exigibles por vía judicial los denominados derechos sociales, especialmente las peligrosas consecuencias que tiene el que se traspasen las decisiones de política pública a la judicatura. Como notablemente señaló Peña “la política supone discernir no solo qué bienes se van a proteger sino, al mismo tiempo, en este mundo mezquino, qué bienes se van a sacrificar al

hacerlo. Como los recursos suelen ser escasos a veces hay que escoger, según el famoso ejemplo, entre financiar cañones o destinar el dinero a producir mantequilla. Si la escasez no existiera, si el mundo fuera un jardín de abundancia, no serían necesarias ni la política ni la economía”.²⁶ Debido a esto, es que hay que ser conscientes de que no todas las pretensiones pueden ser satisfechas por medio de una simple consagración constitucional. Hay que tener cuidado con el lirismo, ya que el “papel aguanta todo”, pero los recursos son escasos y deben ser administrados por quienes tienen la competencia y legitimidad para ello, por lo que se hace necesario moderar las expectativas en lo que se refiere a los derechos sociales.

Como se señaló a lo largo de estas líneas, existen alternativas razonables que podrían compatibilizar de buena manera la consagración de ciertos derechos sociales con la justiciabilidad y evitar el riesgo del activismo judicial. Entre ellos, otorgar un mandato al legislador para que se haga cargo de algunos problemas sociales que se hacen acuciantes, siendo ellos los encargados de darle contenido a la prestación que se va a otorgar, destinando recursos de manera eficiente y restringiendo la participación de los jueces, los cuales no están llamados a producir cambios sociales. Asimismo, podrían pensarse fórmulas de diálogo institucional, donde la judicatura, sin tener un rol de simple espectador, se hace cargo de ciertos problemas sociales, pero siempre dejando su implementación al órgano realmente encargado de producir políticas públicas.

Por último, se hace necesario reafirmar la importancia de analizar la experiencia

²⁵ LANDAU (2012) 197.

²⁶ EL MERCURIO DE SANTIAGO (9/11/2018).

comparada y evitar caer en los mismos errores. En esto, la comparación nos puede otorgar grandes lecciones.

BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE, Eduardo (2014): "De los derechos sociales de prestación al gobierno aristocrático: una discusión sobre el concepto de derechos sociales y su exigibilidad ante los tribunales", Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales.

DIARIO CONSTITUCIONAL (6/04/2021).

EL MERCURIO DE SANTIAGO (9/11/2018).

EL MERCURIO DE SANTIAGO (15/08/2020).

EL MERCURIO DE SANTIAGO (25/08/2020).

HIRSCHL, Ran, JOUNG, Courtney y ROSEVEAR, Evan (2014): "Economic and Social Rights in National Constitutions", The American Journal of Comparative Law, Vol.62.

LANDAU, David (2012): "The reality of social rights enforcement", Harvard International Law Journal, Vol.53.

LÓPEZ, Carlos Mauricio y NIETO, María Angélica (2018): "La pobreza y su tratamiento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (1991-2015)", Estudios Constitucionales, Año 16, Nº1: pp. 327-364.

POHL, Julio (2018): "Sobre la exigibilidad judicial débil de los derechos sociales: escuchar al TEDH, o hacerlo decir", Revista Chilena de Derecho, Vol.45 N°3, pp. 691-715.

SOTO, Sebastián (2014): "Derechos sociales y la eficacia de su constitucionalización: un análisis aplicado".

SOTO, Sebastián (2020): La hora de la Re-Constitución. (Santiago, Ediciones UC).
Normas citadas:
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA (2009).

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (1991).

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (2008).



UNA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS SOCIALES



Autor
Rodrigo Meléndez

A. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS SOCIALES?

A.1. Alexy

Según parece indicar la campaña para resultar electo Convencional Constituyente, gran parte de la discusión de la Convención será en torno a los denominados “derechos sociales”. Así, parece relevante tener una aproximación a qué son los referidos derechos en la forma en que son entendidos por la doctrina, señalar algunas cuestiones anexas a ellas y entregar algunas nociones sobre cómo deben ser regulados en el proyecto de nueva Constitución.

En primer lugar, para hablar de “derechos sociales” se debe saber qué son. Una primera aproximación clave es la del profesor Robert Alexy, quien prescinde de la denominación de “derechos sociales”, la que surge a raíz del momento histórico en el que aparecen, y clasifica los derechos en general según una perspectiva normativa.

Así, Alexy distingue entre los (i) derechos a algo, (ii) libertades y (iii) competencias.²⁷ Dentro de la primera categoría, que es la relevante en este caso, se identifican los (a) derechos a acciones negativas, u omisión del destinatario, un no hacer; y (b) derechos a acciones positivas o derechos a una prestación.²⁸ Finalmente, dentro de este último grupo Alexy distingue entre (1) aquellos cuyo objeto es una acción fáctica, un hacer u otorgar algo, y (2) aquellos cuyo objeto es una acción normativa, es decir, la imposición de normas por parte del Estado.²⁹ Sin embargo, previene Alexy que, cuando se habla de “derechos a prestaciones”, normalmente se refiere a acciones positivas fácticas, aunque también pueden ser normativas -recordemos, por ejemplo, el artículo 19 N°2 inciso tercero de la Constitución vigente-.³⁰ Alexy habla de “derechos de prestaciones” en referencia a ambos,³¹ reservando la expresión “derechos de prestaciones en sentido estricto” a los primeros, es decir, a cuando se relaciona con los “derechos sociales”.³²

De esta manera, Alexy entiende por “derechos sociales” o, más bien, por “derecho a prestaciones en sentido estricto”, a un derecho de un individuo frente al Estado, pero que también podría obtener de los particulares en caso de disponer



²⁷ ALEXY (1993): 186

²⁸ ALEXY (1993): 188 y 427

²⁹ ALEXY (1993): 195

³⁰ El inciso referido señala que “La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes

³¹ ALEXY (1993): 427

³² ALEXY (1993): 428

de medios suficientes y siempre que ello se encuentre en el mercado.³³ Alexy los clasifica según tres criterios estructurales: (i) si son derechos subjetivos o sólo obligaciones objetivas del Estado; (ii) si son normas vinculantes o no vinculantes, entendiéndose vinculantes sólo si su lesión o vulneración puede ser constatada judicialmente; y (iii) si son derechos definitivos o meros principios.³⁴ A su vez, el contenido de los derechos en cuestión puede ser dividido entre (a) minimalistas, aquellos que buscan asegurarle a las personas un espacio vital y posición mínima; y (b) maximalistas, aquellos que buscan una plena realización de la persona por medio de ese derecho.³⁵

A.2 Cea

El profesor José Luis Cea expone en su obra *Derecho Constitucional Chileno* una noción sobre “derechos sociales” en la que, si bien no los define como tales, sí entrega características y nociones importantes. Bajo su visión, la que se sustenta en la Constitución vigente, los derechos sociales son derechos como cualquier otro garantizado en la Constitución, la visión del profesor Cea se aparta de la mayoritaria de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.³⁶ Para el jurista, los derechos sociales deben ser apropiadamente garantizados pues, de lo contrario, serán ineficaces.³⁷ Así, se descarta que sean una mera expectativa.

Sin embargo, señala que la satisfacción de los derechos sociales no corresponde exclusivamente al Estado, sino que, en virtud de los principios de subsidiariedad y de solidaridad, los derechos sociales exigen el esfuerzo de toda la Sociedad Civil.³⁸ De esta manera, el

Estado está llamado a satisfacerlos de manera subsidiaria y queda obligado, por medio del legislador, a dictar las normas que impulsen a que los particulares puedan coadyuvar a la provisión de dichos derechos.³⁹

Así, Cea asocia los derechos sociales al concepto de “democracia social” la que define como “la realización del gobierno participativo en la solución de las demandas socioeconómicas de la población, mediante la injerencia decisiva de la Sociedad Civil obrando según el principio de solidaridad”,⁴⁰ la que contrapone a la “democracia socialista” la que presenta una preponderancia o énfasis en el Estado en desmedro de la Sociedad Civil.⁴¹ De esta manera, señala que la materialización de los derechos sociales en una democracia social debe hacerse según los principios de participación, solidaridad, equidad, responsabilidad y desarrollo humano,⁴² siendo ellos provistos tanto por el Estado como por la comunidad en su conjunto.

Finalmente, vale señalar que, en línea con las últimas tendencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, pareciera esta ser la tesis sobre los derechos sociales imperante en la actualidad, fundamentalmente por dos razones: (i) por la práctica de proteger derechos constitucionales no amparados bajo el recurso de protección, alegando vulneración de otros derechos y garantías que sí están protegidos por él; y (ii) por la imposición en sede jurisdiccional de obligaciones a particulares, en virtud del principio de solidaridad, para la satisfacción de derechos constitucionales, como ocurrió en el denominado Caso Isapres I de 2008.⁴³

³³ ALEXY (1993): 428 y 482

³⁴ ALEXY (1993): 484

³⁵ ALEXY (1993): 485

³⁶ CEA (2012): 57

³⁷ CEA (2012): 57

³⁸ CEA (2012): 54

³⁹ CEA (2012): 55

⁴⁰ CEA (2012): 58

⁴¹ CEA (2012): 58

⁴² CEA (2012): 58

⁴³ STC ROL N° 976-08

A.3 Atria

Para Fernando Atria, los derechos sociales no son derechos como el resto, al menos como aquellos denominados “primera generación” o “liberales” en su pensamiento. Los derechos sociales, señala, son una manera de concebir al hombre inmerso en la comunidad -ciudadano-, el que, fundado en una idea socialista de solidaridad, contribuye según sus capacidades y recibe según sus necesidades, no ya mínimos vitales para no caer en la pobreza -como sería en el caso de los derechos liberales- sino lo necesario para el bienestar e igualdad en la comunidad.

De esta manera, sostiene que los derechos sociales no son derechos propiamente tales, pues la denominación “derecho” implica, por un lado, una tradición liberal individualista y, por el otro, un absurdo: dado que los mal llamados “derechos sociales” corresponden a relaciones socialista-solidarias entre ciudadanos de una misma comunidad, la exigibilidad del “derecho” por parte de un ciudadano en contra de la comunidad constituye una contradicción intrínseca, pues la razón de la existencia del

“derecho” son los vínculos de ciudadanía. En palabras de Atria, “una vez que esas ideas comunitarias son expresadas como ‘derechos’ la idea comunitaria en la que descansan es negada y la demanda es entendida como una de individuos en contra de la comunidad”.

Además, señala que una diferencia de estos “derechos” de segunda generación con aquellos liberales de primera generación es su contenido: mientras que en estos últimos la especificación del contenido del derecho para su titular implica, también, la obligación que ello supone para el obligado; en los “derechos” sociales esto no se da pues aquello a lo que se tendría “derecho” -por ejemplo, derecho a la educación- no significa nada sobre quién es obligado ni a qué está obligado. Sin embargo, vale advertir que Atria utiliza esta fundamentación para poder sostener que no sería posible una determinación ex ante de lo que la comunidad exige a cada uno de sus integrantes en función del mal denominado “derecho social”, lo que permitiría un amplio abanico de exigencias indeterminadas, por parte del Estado, a las personas en razón de la satisfacción de los “derechos” sociales.



B. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS SOCIALES?

B.1 “Lista Mágica”

Desde octubre de 2019, se escuchan una serie de peticiones -o exigencias, según el caso- sobre añadir más derechos a la Constitución, la mayoría de ellos dentro de lo que hemos señalado como “sociales”. Sin embargo, se debe advertir que la Constitución no es una “lista mágica”, en la que cada una de sus frases se materializan inmediatamente en la realidad. Así, resulta conveniente reproducir un extracto de la referida obra del profesor José Luis Cea, sobre la esencia del constitucionalismo y la razón de incluir una carta de derechos, la que se encuentra destacada:

*“Este movimiento y la teoría que él propugna tienen como razón de ser el reconocimiento y promoción, defensa y protección de la dignidad y de los derechos esenciales que fluyen de ella. Siendo así, el constitucionalismo plantea, simultáneamente, dotar a la autoridad pública de potestades para cumplir esta finalidad, sirviendo así el rol de heterotutela que caracteriza al Estado; pero también imponerle restricciones, que el Poder estatal debe respetar con relación a tales derechos y a su ejercicio, aún en circunstancias extraordinarias, pues la libertad es un valor inherente a la persona, individualmente o asociada.”*⁴⁴

De esta manera, la carta de derechos que debe incluir la propuesta de nueva Constitución debe distar lo más posible de parecer una lista de deseos y pretensiones inalcanzables, sino que debe ser un listado de aquellos derechos que, en razón de la intrínseca dignidad de cada persona y todo lo que ello conlleva, deben ser reconocidos a todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional.

Además, muchas veces la materialización de las disposiciones de la Constitución requieren de una declaración o aplicación posterior. No significa que la Constitución sea meramente declaratoria o que no tenga la capacidad de proteger a las personas directamente, sino que, por ejemplo, el derecho a la educación presupone la existencia de establecimientos educativos los que, de no existir o de no estar disponibles en parte del territorio nacional, suponen una obligación para el Estado -y para la Sociedad Civil según Cea- de disponer de los medios necesarios para que el derecho se cumpla; sin perjuicio de que un tribunal pueda aplicar directamente la Constitución para tutelar ese derecho. Así, no se trata de una limitación jurídica, sino fáctica.

B.2 “Carta de Triunfo”

Dada la polarización social actual, es de esperar que las fuerzas políticas de la Convención vean en la oportunidad de redactar un proyecto de nueva Constitución la forma de imponer sus propias visiones políticas a futuro. Especial preocupación causa lo anterior cuando personajes como Fernando Atria han señalado, específicamente en una referencia a Dworkin,⁴⁵ que éstos se tratan de, justamente, cartas de triunfo.

La manera de evitar lo anterior, nuevamente, es atender a la esencia del constitucionalismo en la manera en que lo expresa el profesor José Luis Cea, por un lado, pero, por el otro, es esencial que los Convencionales Constituyentes concurren al debate con la convicción de buscar lo mejor para el futuro del país, en una discusión con altura de miras, con la concepción de la Constitución como un texto de “mínimos comunes” para una

⁴⁴ CEA (2012): 49

⁴⁵ ATRIA (2014): 24

sana democracia y, finalmente, predispuestos al uso de la negociación como el medio para lograr redactar el proyecto.

C. CUESTIONES ANEXAS A LOS DERECHOS SOCIALES

C.1 Presupuesto

De la misma manera en la que una mayor cantidad de deudas condiciona la distribución de gastos de una persona o familia, mayor cantidad de derechos sociales implica menor libertad para poder disponer del presupuesto de la Nación, pues significa más gastos “fijos” para el Estado. De ahí la necesidad de ser responsables tanto en el número de derechos sociales que se pretenden establecer en el proyecto, como en qué derechos son consagrados: por ejemplo, no es lo mismo consagrar un derecho a una vivienda que un derecho a una vivienda según ciertos estándares inalcanzables, pues la presión fiscal del segundo sería mucho mayor que la del primero.

Sin embargo, igual de importante es la descripción de lo asegurado por el derecho. Por ejemplo, la gratuidad en la educación superior, si bien está consagrada a nivel legal, implica para el Estado la destinación forzosa -por ley en este caso- de \$827.004.777.000 de pesos en la asignación “Financiamiento Institucional para la Gratuidad-Universidades” -sin considerar Institutos Profesionales ni Centros de Formación Técnica-, lo que equivale al 1,27% de total del presupuesto nacional año 2021, transformándola comparativamente en una de las asignaciones más cuantiosas del presupuesto. Incluso, es más cantidad de dinero que lo destinado a Ministerios

completos: por ejemplo, el presupuesto para todo el Ministerio de Desarrollo Social y Familia es de \$759.083.844.000 pesos.⁴⁶

Así, la Convención deberá prever las consecuencias presupuestarias del contenido de cada uno de los derechos que ella establezca en la propuesta de nueva Constitución, a fin de que el proyecto sea responsable y sustentable en el tiempo.

C.2 Prestación del derecho

Otra de las discusiones que van de la mano al establecimiento de derechos sociales, es la de quién será el obligado a proveerlos o satisfacerlos. Aquí se pueden ver dos visiones contrarias:

La primera, compartida con matices entre Alexy y Cea, es la de que tanto el Estado y la Sociedad Civil están llamados a satisfacer las necesidades que se buscan cubrir por medio de su establecimiento en la Constitución. Mientras Cea refiere expresamente a esto en la contraposición entre democracia social y democracia socialista,⁴⁷ Alexy va más allá y presupone que los particulares pueden satisfacer las referidas necesidades por medio del mercado,⁴⁸ sin cuestionar la necesaria cooperación que debe existir entre Estado y Sociedad Civil.

La segunda, hace referencia a lo que Cea denomina “democracia socialista” y que comúnmente encontramos en regímenes socialdemócratas, en donde la satisfacción de los derechos sociales corresponde de manera exclusiva al Estado producto de un proceso

⁴⁶ Información obtenida desde la Biblioteca Nacional del Congreso <https://www.bcn.cl/presupuesto/periodo/2021/partida/21>

⁴⁷ CEA (2012): 58

⁴⁸ ALEXY (1993): 428 y 482

de “desmercantilización”, lo que sustrae a los derechos sociales del mercado⁴⁹ y, con ello, de la posibilidad de que la Sociedad Civil participe en su provisión.

En atención a que lo determinante de los derechos sociales es su satisfacción, no debiera ser relevante quién es el llamado en concreto a hacerlo. Así, la primera visión sobre la provisión de los derechos sociales se aprecia como mejor para la efectiva protección del derecho, dado que permite mayores posibilidades de satisfacción al no recaer la obligación de hacerlo en una sola entidad.

C.3 Rol de la política

Una última cuestión a considerar es el rol de la política en la satisfacción de los derechos sociales. Como advierte Alexy, uno de los argumentos para oponerse a la formulación de derechos sociales es el hecho de que, si son considerados vinculantes, sustraen competencias del legislador y las otorga a un órgano jurisdiccional, que en el planteamiento de Alexy es el Tribunal Constitucional.⁵⁰ Esto significa un conflicto entre el legislador y el juez, en donde el segundo se podría arrogar facultades del primero a la hora de proteger los derechos fundamentales en el caso concreto. Sin embargo, no se pretende señalar que una mejor opción es configurar los derechos prestacionales como meras expectativas pues, según Atria, si ellos no tienen una exigibilidad directa, no son derechos, lo que abre la puerta a la legitimidad de indeterminadas formas, cantidades y magnitudes de interferencia estatal por sobre el resto de derechos fundamentales de las personas, según una visión socialdemócrata.

Incluso, si a pesar de esto los consideramos como derechos propiamente tales, Cea nos recuerda que requieren de una forma de asegurar su garantía, pues de lo contrario serán ineficaces. Por lo tanto, surge una exigencia de que los derechos sociales sean tan exigibles, en cuanto derechos, como cualquier otro derecho “no social”, para así cumplir con la exigencia de que la Constitución debe obligar directamente a todas las personas, como ha sido defendido en Insumos Constitucionales anteriores.

De esta manera, surge la necesidad de establecer, de forma precisa, cuál es el rol de la política, en función de las visiones expuestas. En primer lugar, debe ser la política, encauzada en el Poder Legislativo, la que, una vez determinados los derechos sociales por el Constituyente Derivado -la Convención-, establezca en la ley la forma en que el Estado y la Sociedad Civil contribuirán, ambos, al logro de las aspiraciones sociales consagradas constitucionalmente, y que representan verdaderos derechos de las personas.

Lo anterior supone la obligación del Estado, reflejada en el legislador, de legislar pronta y oportunamente aquello relacionado a la provisión de los derechos sociales, a fin que la inactividad del Congreso Nacional no signifique una vulneración de las garantías sociales constitucionales. A esto se le suma la obligación del Gobierno de proponer y evaluar permanentemente políticas públicas a fin de que la provisión de los derechos sociales sea siempre oportuna, fiscalmente responsable y participativa, esto es, permitiendo a los diversos sectores de la Sociedad Civil proveer aquellos servicios que los diversos derechos sociales puedan exigir.

⁴⁹ NAVARRO (2006): 118

⁵⁰ ALEXY (1993): 490

En segundo lugar, toda exigibilidad de cualquier derecho social no puede implicar una atribución presupuestaria -y legislativa- del juez, condenando al Estado a la provisión de cierto derecho social identificado por el juez ad hoc al caso que se encuentra resolviendo, y frente al que no existe una ley que disponga la forma en que la generalidad de las personas pueden ver satisfecho su derecho. Esto debe ser así, producto de que, por lo menos en la Constitución vigente, la aprobación del presupuesto nacional -que determina los montos destinados a la satisfacción de los derechos sociales- es fruto de la relación entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional, ambos órganos legitimados democráticamente para ello, legitimidad de la que carece el juez. Además, dicho sea de paso, tampoco corresponde a la Convención Constitucional la determinación pormenorizada de cada uno de los derechos, pues ello importaría un cargo irresponsable, inflexible y desactualizado al futuro de la Nación que choca con el elemento contingente de los presupuestos anuales.

Por último, vale señalar que sostener lo contrario, es decir, que el juez pueda obligar al Estado a, por ejemplo, pagar un tratamiento de salud no consagrado en la ley, genera el indeseado efecto de romper con la igualdad en la ley, puesto que sólo verán satisfechos sus derechos aquellas personas que tengan el dinero de demandar al Estado para lograr su cometido; además de una vulneración al principio de que ningún órgano puede ejercer más atribuciones de las que la Constitución y las leyes le otorgue, el que rige desde larga data en el constitucionalismo chileno.



D. COMENTARIOS FINALES

D.1 Derechos Sociales propiamente derechos

Para finalizar, es necesario revisar el planteamiento de Atria respecto de por qué no pueden ser “derechos” los derechos sociales y cómo solucionar las problemáticas planteadas por él.

Tiene razón Atria al sostener que el derecho social, in abstracto, nada señala sobre la obligación correlativa al derecho del titular.⁵¹ Sin embargo, a partir de este punto Atria sostiene la necesidad de un régimen socialdemócrata al descartar por completo, o al menos en gran medida, la participación de la Sociedad Civil en la satisfacción de los referidos derechos. Mas, la protección de la democracia y su sustentabilidad a futuro requiere, justamente, de la participación de toda la sociedad en los más diversos ámbitos, incluso en la provisión de los derechos sociales -como se señaló respecto del pensamiento del profesor José Luis Cea-

⁵¹ ATRIA (2014): 20

A pesar de lo anterior, sigue siendo necesario solucionar el problema de la obligación correlativa en los derechos sociales. Una solución es que la Convención Constitucional consagre, respecto de cada uno de los derechos sociales, la obligación correlativa tanto del Estado como de los particulares, en función a los principios de subsidiariedad y solidaridad, de manera de señalar explícitamente la obligación correlativa al derecho del titular, cumpliendo con las exigencias de un derecho en cuanto tal.

D.2 Exigibilidad de los Derechos Sociales

Así, se abre paso a la exigibilidad de los derechos en materia social pues, como ya se ha planteado reiteradamente, un derecho sin forma de hacerlo valer es ineficaz. Muestra de esto es la situación de la Constitución de 1925 y la situación de los tribunales contencioso-administrativos -también comentados en un anterior Insumo Constitucional-. Por lo tanto, se debe resolver un segundo problema: la decisión de los jueces frente a situaciones atentatorias de los derechos sociales y sus facultades al respecto.

Para evitar lo señalado anteriormente sobre la usurpación de atribuciones por parte de los jueces, la exigibilidad de los derechos sociales -los que deberán ser entendidos como derechos propiamente tales- debe reducirse al deber correlativo establecido en la Constitución, quedándole prohibido al juez (i) sentenciar de manera diversa al texto constitucional y (ii) ordenar la provisión forzada de algún derecho social en el caso particular, lo que implica que (iii) tendrá prohibido disponer del presupuesto nacional.

Sin embargo, como la exigibilidad pretende justamente la satisfacción de esa pretensión, debería tener el juez la facultad de obligar al Estado, por medio del legislador, a legislar en un determinado plazo -establecido razonablemente en función de la urgencia del derecho- respecto a la problemática del asunto sometido a su conocimiento, siempre que la falta de esta acción del legislador implique una vulneración al derecho social constitucional, pues de lo contrario la acción intentada deberá ser descartada. Si el legislador no cumple dentro el plazo razonablemente señalado, se le podría habilitar al juez a disponer de las facultades que en principio no tiene, pero no como afirmación de que es una facultad propia del juez, sino (i) a modo de consecuencia por el incumplimiento del legislador y (ii) para asegurar el respeto del derecho y el cumplimiento de la Constitución.

D.3 Conclusión

A modo de síntesis, las propuestas señaladas logran (i) consagrar los derechos sociales como derechos, con todas las consecuencias y protección jurídica que ello acarrea y (ii) respetar la tradición constitucional reciente en esta materia, a la vez que (iii) solucionar el principal problema de la exigibilidad de los derechos -la potestad del juez de intervenir en el presupuesto nacional- y, además, (iv) alejarse de posiciones ideológicas como la de Fernando Atria quien parece pretender establecer un régimen socialdemócrata por medio de su imposición en el proyecto de nueva Constitución, haciendo de ella una carta de triunfo de sus ideales políticos y excluyendo injustificadamente a la comunidad, y en última instancia a las personas, de la resolución de sus propios problemas.

²⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (1917).

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert (1993): Teoría de los Derechos Fundamentales (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales). Disponible en: <http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>. Fecha de Consulta: 9 de mayo de 2021.

ATRIA LEMAITRE, Fernando (2014): "¿Existen derechos sociales?", Estudios Nueva Economía, Vol. 3, N°1: pp. 15-43. Disponible en: <http://www.estudiosnuevaeconomia.cl/wp-content/uploads/2017/12/Atria-2014.pdf>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2021.

CEA EGAÑA, José Luis (2012): Derecho Constitucional Chileno, Tomo II (Santiago, Ediciones UC, segunda edición)

NAVARRO RUVALCABA, Mario (2006): "Modelos y regímenes de bienestar social en una perspectiva comparativa: Europa, Estados Unidos y América Latina", Desacatos, N° 21: pp. 109-34. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/desacatos/n21/n21a8.pdf>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2021.

JURISPRUDENCIA CITADA

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR SILVIA PEÑAWASAFF RESPECTO DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933, CONOCIDA COMO LEY DE ISAPRES, EN RECURSO DE PROTECCIÓN CONTRA ISAPRE ING SALUD S.A., ROL DE INGRESO N° 4972-2007, DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2008): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 976, 26 de junio de 2008.

IV.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Autor

Luis Fernando Mackenna



A. INTRODUCCIÓN

En un año en que el COVID 19 y el cuidado de la salud ha llegado al extremo de impregnar cada aspecto de nuestras vidas y con la Convención Constituyente a semanas de instalarse y comenzar a funcionar, resulta interesante analizar el tratamiento que hace el derecho de este cuidado y cómo podría cambiar en una eventual nueva Constitución.

En el derecho de la protección de la salud en nuestro país es una garantía en la que se manifiesta el principio de subsidiariedad. Los privados y el Estado son los encargados de garantizar la protección de la salud. Los privados son los primeros llamados a colaborar y satisfacer las necesidades de la población en asuntos de salud, siendo el Estado el llamado a la cooperación con los privados y en aquellos casos en que los privados no puedan o no quieran satisfacer las necesidades de la sociedad civil, es el Estado el encargado de garantizar la protección de este derecho.

A lo largo de este trabajo se buscará explicar el derecho a la protección de la salud mediante un análisis jurídico del tratamiento constitucional y del derecho internacional aplicable para luego explicar de forma resumida el funcionamiento del sistema de salud en Chile y sus principales problemáticas para terminar con una conclusión enfocada en la convención constituyente.



B. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL

Nuestra Constitución consagra el derecho a la salud en su artículo 19 de la siguiente manera: “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 9.- El derecho a la protección de la salud. El estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;”⁵²

De la redacción del artículo podemos concluir en primer lugar, y siguiendo la teoría de Vivanco, que lo que se garantiza aquí no es la salud sino

⁵² CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA

la protección de esta, ya que asegurar como derecho la salud propiamente tal resultaría imposible, ya que la salud entendida como “completo bienestar, físico, psicológico y social” es un estado que se encuentra fuera de las posibilidades de proteger de un régimen jurídico.⁵³ Esta limitación al concepto de derecho a la salud se ha evidenciado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵⁴ y trae consigo consecuencias importantes siendo la principal el nivel de protección que se le puede exigir al Estado.

Existe en doctrina un debate que dice relación con el nivel de exigibilidad de esta garantía ya que el único inciso que cuenta con recurso de protección es el final que establece la libertad de elegir el sistema de salud al que se quiere acoger. Entonces cabe preguntarnos, ¿Es el derecho a la protección de la salud una garantía directamente exigible que establece derechos para sus titulares o es más bien una disposición programática que depende del legislador para hacerse efectiva? Los defensores de la primera posición afirman que se trata de un derecho propiamente tal ya que se encuentra en el artículo 19 junto a todos los demás derechos y fue la intención de la comisión redactora establecerlo de esta manera. Por otro lado, quienes alegan que se trata de una directriz programática no exigible lo hacen en relación con la falta de justiciabilidad mediante recurso de protección y a la naturaleza de derecho prestacional característica del derecho a la salud. Según estos autores sin una acción del legislador en la materia este derecho se queda en el ámbito de las buenas intenciones.

Para responder a esta interrogante resulta ilustrativo recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha reconocido en varios de sus fallos que los derechos sociales, de los cuales el derecho a la salud es parte, son exigibles y no meras declaraciones: “Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”.⁵⁵

Otro punto relevante es cómo se manifiesta el principio de subsidiariedad en relación con el derecho a la salud al establecer como derecho de las personas elegir si acogerse al sistema público o privado y la posibilidad del Estado de cumplir con su deber preferente mediante prestadores privados. El dar esta libertad demuestra el interés del constituyente por permitir la participación de privados en el sistema de salud y dejar que sean los propios usuarios quienes decidan donde atenderse al mismo tiempo garantizando que el derecho sea cumplido independiente de la capacidad de pago.

Del articulado se desprenden cuatro principales acciones a las que está obligado el Estado, las acciones de promoción de la salud; las acciones de protección de la salud; las acciones de recuperación de la salud; y las acciones encaminadas a la rehabilitación de la salud. Dentro de las acciones de promoción de la salud encontramos todas aquellas que se realizan mediante políticas públicas orientadas al mejoramiento de la calidad de vida mediante

⁵³ FIGUEROA (2013) p. 290.

⁵⁴ SENTENCIA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY DE ISAPRES, Rol N° 1710-10

⁵⁵ Tribunal Constitucional. Rol 976-07-INA. Sentencia de 26 de junio de 2008, p. 6.

deporte, nutrición, cuidado de la salud mental, higiene y salubridad como medidas preventivas. En cuanto a las acciones de protección de la salud estas medidas se refieren a la medicina preventiva como las campañas de vacunación, la lucha contra los focos de enfermedades, las campañas contra las drogas, entre otras y que persiguen el mismo objetivo final. En tercer lugar, las acciones de recuperación de la salud son todas aquellas relacionadas con el tratamiento de enfermedades propiamente tal y que hacen uso de la medicina curativa. Por último las acciones encaminadas a la rehabilitación del individuo son las que buscan tratar las secuelas producto de una enfermedad sufrida por una persona y que esta vuelva a su situación de normalidad.

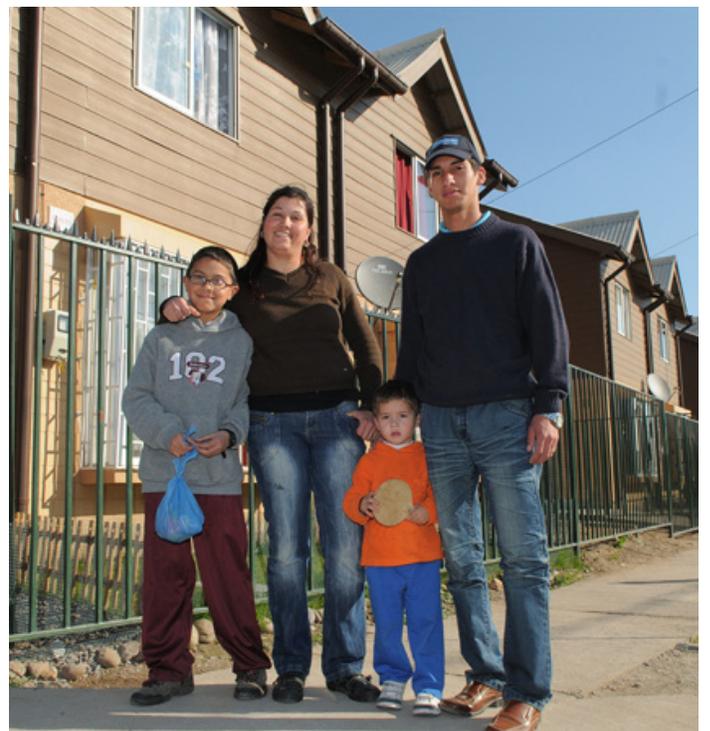
Junto con las acciones mencionadas existe el deber del Estado de coordinar y controlar las actividades relacionadas con la salud lo que pone al Estado como autoridad máxima en salud. Esta autoridad se manifiesta en las facultades normativas y fiscalizadoras con las que cuenta la administración mediante la Superintendencia de Salud. Este deber de coordinación y control no se limita a las instituciones públicas, sino que se extiende a las instituciones privadas.

El último deber que establece el artículo es el de garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presente a través de instituciones públicas o privadas. Este deber preferente obliga al Estado a que existan los medios para proporcionar atención de salud a la población, pero aquí existe un tema que es debatido: ¿Hasta qué punto está obligado el Estado a hacerse cargo de la salud de sus ciudadanos? Y es un tema complejo ya que, considerando la

existencia de recursos limitados y necesidades múltiples, hay que ver hasta qué punto lo permite la capacidad del Estado. Hendriks y Toebes postulan que la solución a este problema es el establecimiento de un núcleo mínimo del derecho que sería absoluto e independiente de la capacidad económica del Estado.⁵⁶

C. TRATADOS INTERNACIONALES RELATIVOS AL DERECHO A LA SALUD

Recordemos que para el proceso constituyente chileno existe como límite el respeto de los Tratados Internacionales ratificados por Chile lo que hace especialmente relevante su revisión para saber que lineamientos se deben seguir. El primero de estos sistemas internacionales es el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, que está compuesto por una serie de Tratados y Protocolos. El primero de estos que resulta relevante en materia de salud es la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece en su artículo 25 lo siguiente:



⁵⁶ HENDRIKS (1998): p. 319

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”⁵⁷

En segundo lugar, tenemos el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales que reconoce en su artículo 12 el “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Esta redacción significa una elevación del estándar impuesto por la Declaración Universal de Derecho Humanos ya que reemplaza el nivel de “adecuado” a “más alto nivel posible”. El mismo artículo establece también las siguientes medidas a adoptar por los Estados Parte;

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; **b)** El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; **c)** La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; **d)** La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.⁵⁸

Otro instrumento relevante es la Constitución de la OMS de 1946 que sirve de precursor a los instrumentos previamente mencionados y establece el concepto de salud amplio que se usa hoy en día considerándola como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.⁵⁹ También dentro del sistema podemos rescatar menciones que existen en tratados con otro énfasis como son los casos de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño (el disfrute del más alto nivel posible de salud, tratamiento de enfermedades y rehabilitación), en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (reconociendo su derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivo de discapacidad).

Dejando de lado el sistema universal podemos encontrar que existe también regulación internacional a nivel regional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre consagra en su artículo 11 el derecho a que la “salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.” Este instrumento tiene la particularidad de reconocer el límite que impone la disponibilidad de recursos.

⁵⁷ DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948)

⁵⁸ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1966)

⁵⁹ Organización Mundial de la Salud. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf. (Última revisión: 29 de julio de 2019)

Por último y en una nota más actual nos encontramos con la Carta Social de la Américas de 2012 que en su artículo 17 reconoce que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin discriminación”.

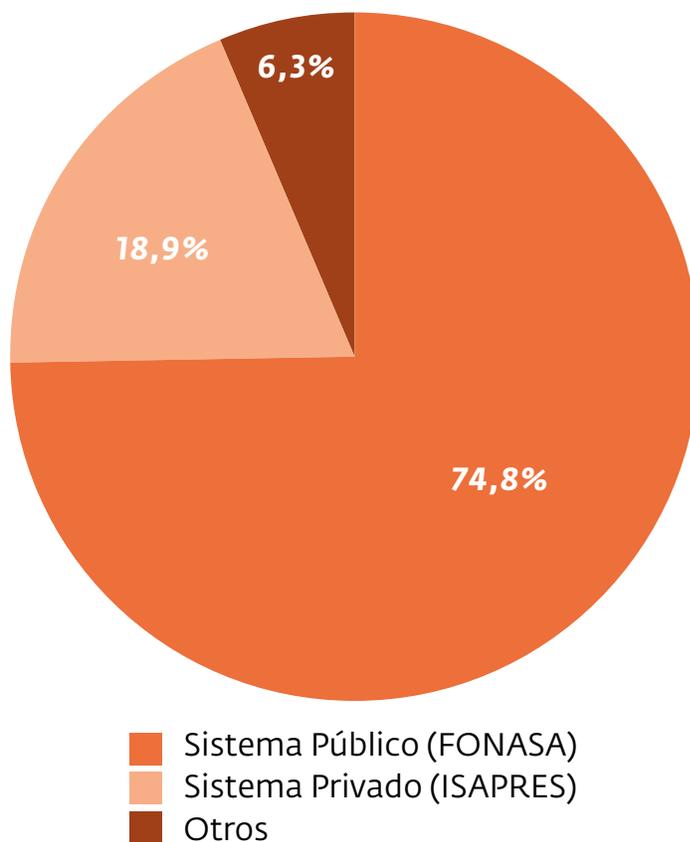
D. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE SALUD EN CHILE

Como vimos con anterioridad, es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud y la misma Constitución señala que pueden participar los privados en este proceso, aun cuando el obligado a hacerse cargo del derecho es el Estado. Esta participación de privados en salud, que es una manifestación del rol subsidiario del Estado, ha sido causa de muchas polémicas en relación con la privatización de servicios básicos.

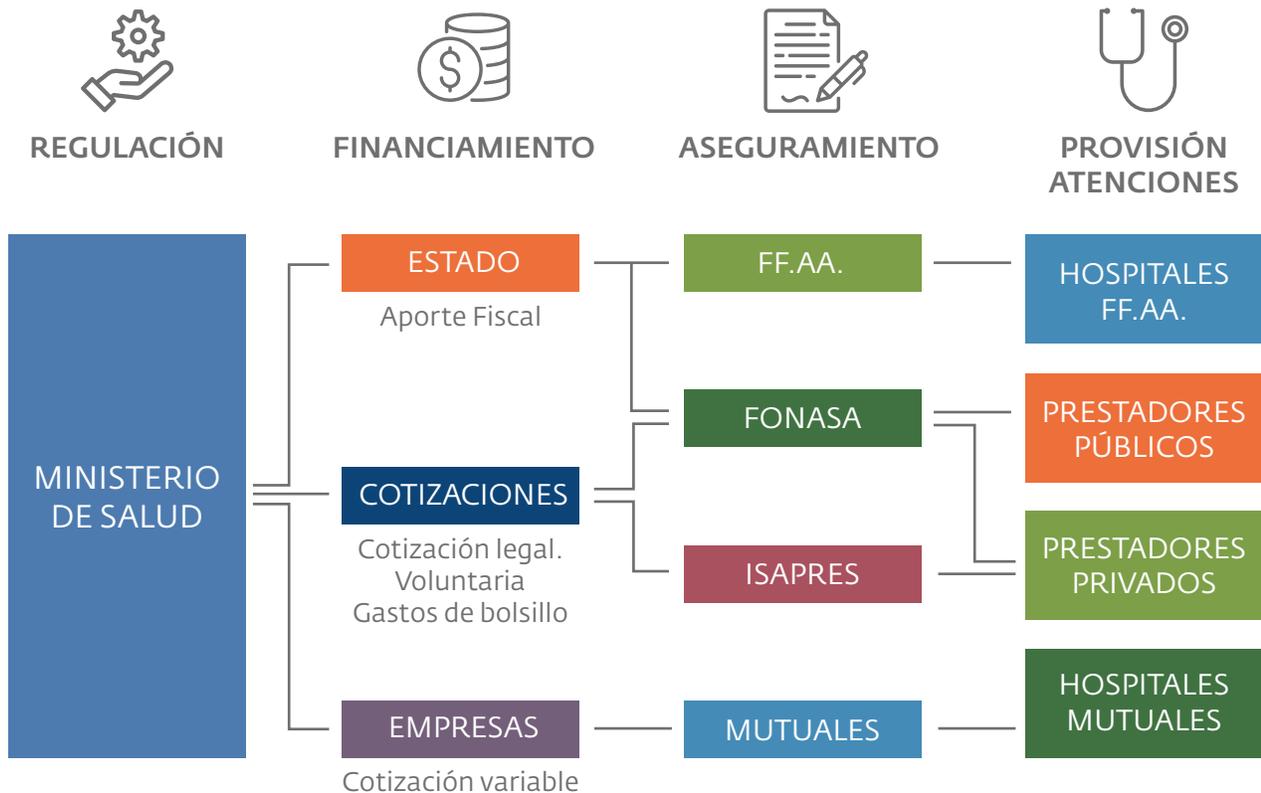
En Chile el sistema de salud es regulado por el Ministerio de Salud y se divide a grandes rasgos en el sistema público, conformado por el Fondo Nacional de Salud o Fonasa, en conjunto con las Instituciones de Salud Previsional de las FFAA y las de Orden y Seguridad Pública, y en el sistema privado, conformado por las Instituciones de Salud Previsional o Isapres sumado a las mutuales que cubren accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a los trabajadores afiliados. La Constitución asegura a todas las personas la libertad de elegir a qué sistema se acogen y esta libertad se encuentra protegida mediante el recurso de protección. Las cifras de los últimos años establecen la distribución de afiliados según sistema como se ve en el gráfico a continuación, siendo “otros” el sistema correspondiente a las fuerzas armadas y de orden público.

⁶⁰ CLINICAS DE CHILE A.G. (2016): p. 19

BENEFICIARIOS POR SISTEMA DE SALUD AÑO 2016



El financiamiento en materia de salud parte con un 7% (puede ser superior en caso de las Isapres) de aporte obligatorio de los ingresos mensuales de los trabajadores que deciden si va a la Isapre o en su defecto a Fonasa. Para los afiliados a Fonasa o al sistema de las FF.AA. existe también un aporte estatal y las mutuales funcionan como un seguro aparte de la afiliación del trabajador que es financiado por su empleador. El financiamiento en caso de enfermedad tanto en Fonasa como en las Isapres puede incluir un copago adicional, que en caso de Fonasa se determina según una tabla de ingresos y vulnerabilidad mientras que en las Isapres depende del costo de la prestación y cuanto cubre el plan.



FUENTE: Resumen ejecutivo "Dimencionamiento del sector de salud privado en Chile 2018", Clínicas de Chile

61

En cuanto a la cobertura que recibe cada afiliado esta depende del plan que contrata, si se trata de un afiliado a una Isapre y si hablamos de un afiliado a Fonasa existe un plan universal de coberturas. Ambos sistemas se encuentran regidos también por el plan de garantías Explícitas de Salud (GES) que establece un listado de problemas de salud que deben ser cubiertos tanto por las Isapre como por Fonasa. En relación con el funcionamiento del sistema de salud, en la práctica existen una serie de problemáticas relativas a las altas listas de espera del sistema público, la falta de cobertura de algunas enfermedades, el aumento unilateral de precios de los planes de las Isapre, el costo excesivo de algunos medicamentos y la falta de capacidad del sistema para recibir enfermos particularmente en el sistema público.

E. JUDICIALIZACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD

Se habla de judicialización del sistema de salud para referirse a la reclamación de derechos sociales mediante la acción judicial en lugar de mediante normas de aplicación general. Esta problemática en materia de salud se evidencia principalmente en dos áreas, la cobertura de enfermedades catastróficas mediante recurso de protección y la paralización del alza unilateral de precios de los planes de Isapres mediante este mismo recurso.

El uso del recurso de protección para frenar las alzas surge luego de un fallo del Tribunal Constitucional en 2010 que declara inconstitucional la aplicación de la tabla de factores de riesgo basada en sexo y edad (artículo 38 ter de la Ley de Isapres) para la

⁶¹ CLINICAS DE CHILE A.G. (2016): p. 17

determinación de precios de los planes.⁶² Solo en el año 2019 ingresaron 376.732 recursos de protección en contra de las Isapres en las Cortes de Apelaciones de todo el país.⁶³ Esto da cuenta de una negligencia inexcusable del legislador, el cual ha obligado a los jueces entrar a resolver temas de políticas públicas que no le corresponden por mandato constitucional.

Como mencionamos al inicio de este trabajo el derecho a la protección a la salud no se encuentra protegido por recurso de protección sino en su último inciso relativo a la elección del sistema, es por ello que en la práctica se recurre a la llamada vía indirecta para reclamar el derecho utilizando otros derechos que sí están protegidos por el recurso de protección como el derecho a la vida y la integridad física y psíquica o el derecho de propiedad para reclamar. También en lo relativo al aumento de precios de las Isapres se ha argumentado que el aumento fuerza a ciertas personas a recurrir a Fonasa lo que les impediría tener la libertad de elegir el sistema basado en su condición socioeconómica. La jurisprudencia ha tendido a aceptar estas vías y a utilizar este medio para expandir coberturas a distintas enfermedades y a congelar las alzas de precio de las Isapres.

F. CONCLUSIONES

Si bien en Chile contamos con un sistema bastante moderno en términos de salud, posicionándonos años tras año en los primeros lugares de Latinoamérica y el Caribe⁶⁴ existen una serie de problemáticas que deberán ser solucionadas en una futura Constitución. En primer lugar, se deberá definir el nivel de exigibilidad que queremos otorgar

a esta garantía teniendo cuidado con caer en populismos que hagan imposible su aplicación. En esta línea, la teoría del núcleo mínimo del derecho expuesta resulta prudente y de acuerdo a la normativa internacional.

Otro aspecto que se debe evitar es la judicialización del sistema de salud otorgando mayores certezas a todos los actores involucrados. Se debe rescatar también el aporte que han realizado los privados al mejoramiento de las redes de centros de salud de nuestro país, ayudando a facilitar acceso a tratamientos de clase mundial además del nivel de inversión, capacitación de su personal e incluso colaboración en estudios que han introducido en el sector salud.

BIBLIOGRAFÍA

VIVANCO, Ángela (2007): Curso de Derecho Constitucional (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

HENDRIKS, Aart y TOEBES, Brigit (1998): "Towards a Universal Definition of the Right to Health?", en MED LAW, vol. 17: pp. 319-332.

FIGUEROA, Rodolfo (2013): "El derecho a la salud" en Estudios constitucionales, vol. 11 N°2

LA TERCERA (10/02/2020): "Recursos contra isapres marcan récord y llegan a 376 mil durante 2019".

BARBER, Ryan (2015): "Healthcare Access and Quality Index based on mortality from causes amenable to personal health care in 195 countries and territories, 1990–2015: a novel analysis from the Global Burden of Disease Study 2015" en The Lancet, vol. 390, N° 10091: pp. 231-266.

⁶² <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1016076&idParte=8960208&idVersion=2010-08-09>

⁶³ LA TERCERA (2020)

⁶⁴ Healthcare Access and Quality Index based on mortality from causes amenable to personal health care in 195 countries and territories, 1990–2015: a novel analysis from the Global Burden of Disease Study 2015

CLINICAS DE CHILE A.G. (2016):
Dimensionamiento del Sector de Salud Privado
en Chile (Santiago, Clínicas de Chile A.G.)

NORMAS CITADAS:

DECRETO LEY N° 100 (17/09/2015), Ministerio
Secretaría General de la Presidencia,
Constitución Política de la República de Chile
CONSTITUCION ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE
LA SALUD, Ginebra (7 de Abril de 1948)

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS
HUMANOS, Paris (10 de diciembre de 1948)
PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS
ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, La
Haya (16 de diciembre de 1966)

JURISPRUDENCIA CITADA:

SENTENCIA RECAÍDA EN ROL N° 1710-10,
PROCESO INICIADO DE OFICIO PARA DECIDIR
SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL
ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY DE ISAPRES.
Tribunal Constitucional. Rol 976-07-INA.
Sentencia de 26 de junio de 2008, p. 6.



EL SISTEMA DE PENSIONES EN LA DISCUSIÓN CONSTITUCIONAL



Autora

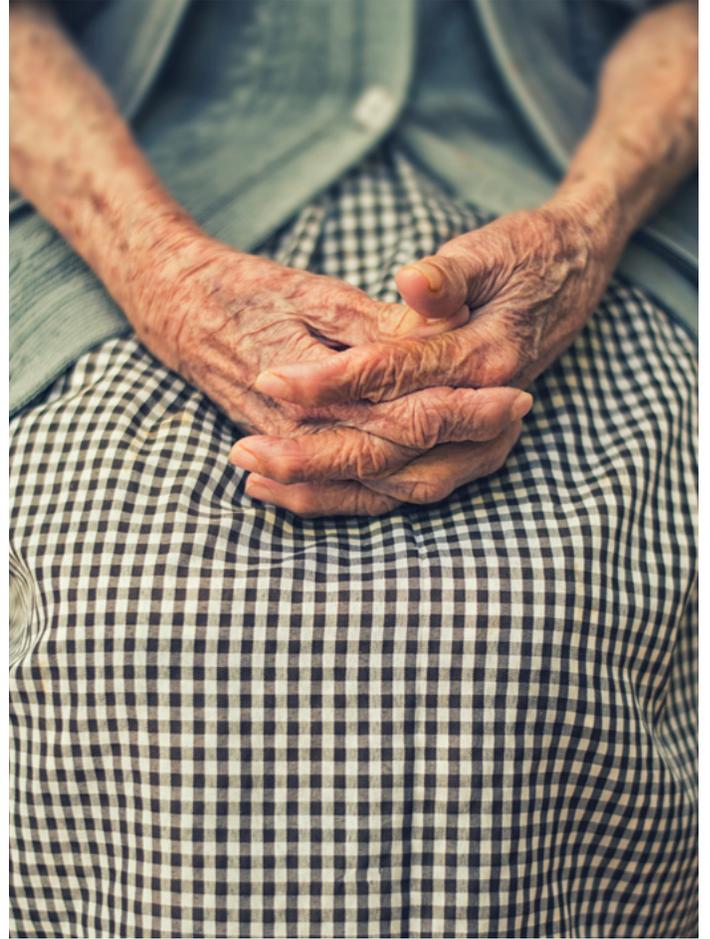
Florencia Muñoz

A. INTRODUCCIÓN

Una de las materias que se ha encontrado dentro del debate público en las últimas décadas y en especial en los últimos años es el Sistema Previsional. Con el Decreto Ley N° 3.500 (DL 3500) se fijaron las bases del actual Sistema de Pensiones de Vejez, de Invalidez y de Sobrevivencia. El nuevo sistema implementado por el DL 3500 viene a modificar el antiguo Sistema de “Cajas” que existía en la época, cambio que se hacía urgente debido a los altos costos, el carácter discriminador e injusto del sistema y en especial por la baja eficiencia de éste, esto es la discrepancia entre los fondos aportados y los beneficios recibidos.

El nuevo Sistema Previsional al cual se avanzó y que se materializó en el DL 3.500 consta de dos subsistemas para entregar una pensión después de la vida laboral: unos cotizantes obtienen una pensión de carácter estatal que se financia mediante tributos y los otros, aquellos que hubiesen logrado un mayor ahorro durante su vida laboral, obtendrán su pensión en base a lo ahorrado más la rentabilidad obtenida fruto de la administración de esos fondos.

El presente insumo tiene por objeto explicar el Sistema Previsional existente en Chile, en específico el Sistema de Pensiones de Vejez. Si bien el tema señalado anteriormente no se encuentra consagrado en la Constitución, sí encontramos ciertas garantías en la Constitución que hacen posible la existencia del sistema actual.



B. ENFOQUE ECONÓMICO: EL PROBLEMA DEL CÓMO FINANCIAR UNA NECESIDAD

Antes de centrarnos en el aspecto legal o constitucional analizaremos el enfoque económico que se encuentra en el debate. Desde una mirada económica el problema de las pensiones se reduce a un problema de escasez de recursos, es decir la discusión es el cómo conseguir los recursos para que las personas tengan una pensión al momento de su jubilación. Bajo esta mirada se pueden pensar dos formas de conseguir los recursos que se necesitan para financiar las pensiones. Una opción es mediante tributos y otra es que el propio trabajador sea quien financie su pensión a través del ahorro que consiga realice durante su vida laboral.

El financiar las pensiones a través de tributos presenta un grave problema en la sociedad actual por la composición demográfica de ésta. A lo largo de la historia de la humanidad siempre ha existido en la demografía de una sociedad una forma piramidal, con una mayor población activa respecto de los inactivos. Debido a ello, era posible financiar a la población inactiva (jubilados) a través de impuestos a la sociedad activa, sin que el gravamen fuere excesivo para los contribuyentes. No obstante, en las sociedades contemporáneas se ha producido el fenómeno de la pirámide invertida, con lo cual la población activa es menor a la población inactiva, motivo por el que se debe aumentar de forma importante los tributos si queremos financiar por medio de tributos las pensiones. Adicionalmente, el aumento sostenido de la expectativa de vida tensiona todavía más la relación, toda vez que la población activa debe mantener no solo a una población inactiva mayor, sino que por más tiempo.

La segunda forma de financiar las pensiones es a través del ahorro de los trabajadores, que puede adoptar variantes en su funcionamiento. Por un lado, existe la posibilidad que el ahorro de cada uno de los trabajadores sea individual, y que la pensión se financie con cargo a lo ahorrado más las ganancias provenientes de la administración de estos fondos (sistema de capitalización individual). Asimismo, existe la posibilidad de que los ahorros vayan a un fondo común, y con cargo a ese fondo común y sus rentabilidades provenientes de la por medio de este fondo común se paguen las pensiones de trabajadores inactivos (sistema de reparto).

Los sistemas de reparto presentan el mismo problema de financiamiento que los tributos, pero agravado, porque el financiamiento de las pensiones a través de los tributos es de carga general y en el caso de un sistema de reparto los únicos llamados a financiar son los mismos trabajadores, es decir la base que se ve obligada a pagar las pensiones de los jubilados es menor y además está compuesta sólo de trabajadores, sin ayuda de empresas u otras organizaciones que se encuentren afectas a pago de impuestos. El sistema de capitalización individual no presenta problema de financiamiento por la lógica del mismo sistema, esto es que se contribuye a una cuenta personal y al momento de pensionarse la persona recibirá lo que hubiere ahorrado más las ganancias que haya obtenido la administradora durante el tiempo que debió invertir los recursos del trabajador. El problema de este sistema se presenta en los casos de las personas que no hayan ahorrado lo suficiente para tener una pensión que le permita mantener la calidad de vida de su vida activa, o en aquellas circunstancias en que el crecimiento real de los salarios durante un largo periodo de tiempo no sea relevante.

C. SISTEMA MIXTO; BENEFICIO DE LA FOCALIZACIÓN

En los países, en general no existe un sistema único de financiamiento de las pensiones. La mayoría de los Estados optan por modelos mixtos. Chile no es la excepción, y cuenta con un sistema de capitalización individual y con un Pilar Solidario. Además, es materia del legislador el establecer la forma específica de financiar la pensión y el sistema previsional, por lo cual consideramos que los constituyentes deben dejar la opción abierta de crear un sistema de pensiones financiado por tributos, por medio de la capitalización individual o un sistema de reparto.

A nuestra consideración la opción más adecuada para lograr un sistema de pensiones que cumple con dar pensiones que garanticen un nivel socioeconómico similar al que la

persona llevaba en su vida activa y que además que sea económicamente factible, es uno de capitalización individual con aporte del Estado por medio de los tributos respecto de las pensiones más bajas, con lo cual se garantice una pensión mínima. El optar el sistema mixto señalado anteriormente permite focalizar los recursos en las personas de menores ingresos, los cuales en caso de no haber logrado ahorrar lo suficiente durante su vida laboral -por tener sueldos muy bajos, por lagunas laborales que no le permitieron ahorrar lo suficiente, o por cualquier otra razón, se verán beneficiados por el aporte que realice el Estado.

Consideramos que éste debe provenir de impuestos y no de un sistema de reparto por dos razones principales. En caso de provenir de impuestos generales, contribuirán al financiamiento no sólo los trabajadores, sino que todas las personas o entidades obligadas a pagar impuesto, es decir en un aporte por medio de tributos contribuirán además de los trabajadores las empresas, empleadores y en general todo aquel que se encuentre obligado a pagar tributos aportará a financiar las pensiones. Lo anterior permite tener una base mayor para financiar las pensiones más bajas. La segunda razón viene dada por los incentivos en el mercado laboral. El mercado laboral formalizado es un bien jurídico el cual le garantiza al trabajador una mayor protección. En caso de que se implante un sistema de reparto en Chile, será un incentivo negativo a el empleo formal, porque el trabajador tendrá conocimiento que una parte importante de su remuneración (10% en la tasa actual) irá a un fondo común del cual no tendrá propiedad.



D. NORMATIVA CONSTITUCIONAL ACTUAL Y SU APORTE EN LA NUEVA CARTA MAGNA

La actual Carta Fundamental no establece el sistema de pensiones ni la forma específica en la cual éstas se deben garantizar, sólo establece ciertos parámetros mínimos. Consideramos que el constituyente debe dejar abierta la posibilidad de modificar el sistema de pensiones y su financiamiento al legislador. En la Constitución sólo se deben proteger ciertos mínimos que permiten garantizar a la persona que está ahorrando para su jubilación tener una confianza legítima que esos recursos no serán utilizados para un fin diverso. En razón de lo anterior analizaremos ciertas normas que se encuentran en la actual Constitución.

En primer lugar, debemos destacar el artículo 19 N° 18 el cual establece: *“El derecho a la seguridad social. // Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. // La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.// El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social;”*

En este punto debemos destacar tres aspectos:

(i) La exigencia de un quórum calificado para modificar en general las leyes sobre seguridad social y en específico las relativas a pensiones. Esto confiere una garantía de que debe existir al menos un consenso de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

(ii) El constituyente dejó abierto al legislador el determinar si las prestaciones deben ser dadas por instituciones privadas o públicas.

(iii) Por último, permitió a la ley el establecer cotizaciones obligatorias. Esto es necesario porque de no existir esa disposición y ser las cotizaciones voluntarias, difícilmente las personas cumplirían con el ahorro, esto por la natural tendencia de gastar ante necesidades más próximas que lejanas.

En segundo lugar, y en línea con lo señalado anteriormente, hay que destacar el artículo 65 N°4 y 6, el sexto numeral establece como materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República:

“Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”.

La iniciativa exclusiva del Presidente viene a garantizar el punto (i) señalado anteriormente, esto es la necesidad de consensos. Además, es una herramienta que permite combatir el populismo parlamentario. No obstante lo anterior, se puede modificar la iniciativa exclusiva del Presidente y resguardar los bienes jurídicos señalados anteriormente por otros medios.

En tercer lugar, hay que destacar el artículo 19 N° 24 inciso primero, el cual establece: *“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.”*

El garantizar el derecho de propiedad sobre los fondos de pensiones es un pilar fundamental y presenta el beneficio de certeza jurídica para el ahorrante. La certeza es fundamental para la existencia del sistema, es natural que la persona que se encuentra ahorrando pretenda que se le

⁶² CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE CHILE

asegure que lo ahorrado será utilizado para el fin que le es propio. El no garantizar el derecho de propiedad sobre las pensiones hace posible que una mayoría circunstancial se apropie de los fondos de todos los ahorrantes.

E. CONCLUSIÓN

En el presente insumo se trataron los aspectos fundamentales del sistema de capitalización individual, del sistema de reparto y el de financiamiento mediante tributos. Como se adelantó en el presente trabajo, no es común la existencia de un sistema puro, además que la concreción de cada uno es fundamentalmente materia de ley y no constitucional.

Nuestra próxima Carta Fundamental debe velar por establecer parámetros generales, como le es propio a las constituciones, siendo el legislador el llamado a fijar la política pública concreta.

Por último, creemos necesario que la Constitución dentro de los mínimos que debe resguardar se encuentran.

(i) El establecer un sistema para que la materia de seguridad social, y en específico de las pensiones, deba ser legislada mediante grandes consensos, para de esta forma dar certezas a las personas que las políticas serán determinadas por mayorías representativas de la voluntad popular.

(ii) El dejar la opción de contribuir para mejores pensiones tanto al Estado como a organizaciones privadas, siendo el legislador quien determine la política pública más eficiente.

(iii) Es esencial que se garantice el derecho de propiedad sobre las pensiones. De no existir propiedad o se estar garantizado sin la fuerza suficiente, se corre el riesgo de desincentivar el ahorro ante el peligro de la expropiación de los ahorros.



BIBLIOGRAFÍA

Pizarro, Sebastián (2013): "Fundamentación y estructura de los derechos sociales", Revista de Derecho (Valdivia), vol. 26, N° 1.

Disponible en:
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So71809502013000100004&lng=en&nrm=iso&tlng=en

De Castro, Sergio (1992): El Ladrillo. Bases de la política económica del Gobierno Militar. (Santiago, Centro de Estudios Públicos).

Disponible en:
https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160812/20160812124819/libro_elladrillo_cep.pdf

Milton Friedman, José Piñera, Sergio de Castro, Axel Kaiser, Jaime Bellolio y Angel Soto (Comp.) (2012). Un legado de libertad. Milton Friedman en Chile. (Santiago, Fundación para el Progreso, Atlas Economic Research Foundation, Fundación Jaime Guzmán, Instituto Democracia y Mercado).
Disponible en: <https://fppchile.org/wp-content/uploads/2014/09/Libro-Friedman-version-completa.pdf>

NORMAS CITADAS:

Constitución Política de la República de Chile (1980).

ANEXO

SÍNTESIS DE LOS PRINCIPALES CRITERIOS DE VERIFICACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO SEGÚN REPORTE ADOPTADO POR LA COMISIÓN DE VENECIA.⁶⁵

⁶⁵ COMISIÓN DE VENECIA (2016): "Criterios de verificación del Estado de Derecho", reporte adoptado por la Comisión de Venecia en su Sesión Plenaria 106^a, 11-12 de marzo de 2016. Disponible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-spa)

LEGALIDAD

Primacía de la Constitución y la Ley.

- ¿Se encuentra reconocida la primacía del ordenamiento jurídico?
- ¿Existe una Constitución escrita?
- ¿Existen mecanismos de control de la constitucionalidad de la ley?
- ¿Existe un procedimiento expedito de formación de la ley de conformidad a la Constitución?
- ¿Existe un cumplimiento de parte del poder ejecutivo con la Constitución y la ley?
- ¿Se adoptan regulaciones infra legales sin demora cuando son requeridas por la legislación?
- ¿Existen mecanismos de revisión judicial de los actos administrativos y las decisiones del poder ejecutivo?
- ¿Se aplica el principio revisión judicial de los actos administrativos también a las decisiones de las agencias independientes y de los actores privados que ejercen potestades o funciones públicas?
- ¿Existe una protección eficaz de los derechos individuales en relación a la afectación de los mismos de parte de actores privados?

Cumplimiento de la Ley. ¿Actúan las autoridades públicas en base y de conformidad a lo que dispone la ley?⁶⁶

- ¿Se encuentra las potestades públicas definidas por ley?
- ¿Existe una clara delimitación de potestades entre las distintas autoridades?
- ¿Los procedimientos que deben seguir las autoridades públicas están establecidos por ley?
- ¿Pueden las autoridades públicas actuar sin base legal, fuera o al margen de la ley? ¿Se encuentran aquellos casos debidamente justificados?
- ¿Existe un cumplimiento de las obligaciones positivas de las autoridades públicas en asegurar la implementación y protección efectiva de los derechos fundamentales?
- En caso que potestades o funciones públicas estén delegadas a actores privados, ¿existen garantías equivalentes desde el punto vista jurídico?

Atribuciones normativas del poder Ejecutivo. ¿Se encuentra asegurado el principio de reserva legal, o de supremacía de la función legislativa?⁶⁷

- ¿Las normas generales y abstractas se encuentran incluidas en leyes aprobadas por el Parlamento, o en regulaciones basadas en dichas leyes, salvo limitadas excepciones contempladas en la Constitución?
- ¿Cuáles son estas excepciones? ¿Se encuentran limitadas en el tiempo? ¿Se encuentran controladas por el Parlamento y el poder judicial? ¿Existen mecanismos eficaces contra el abuso o exceso del poder?
- Cuando la función legislativa es delegada por parte del Parlamento al poder ejecutivo, ¿se encuentran sus objetivos, contenido y ámbito de delegación de facultades explícitamente definidos en un acto legislativo?

Proceso legislativo. ¿Es el proceso legislativo transparente, inclusivo, participativo, controlable y democrático?⁶⁸

⁶⁶ Un requisito básico del Estado de Derecho es que los poderes de las autoridades públicas se encuentren definidos por ley. En todo cuando la legalidad dirige las acciones de los oficiales públicos, también requiere que tengan autorización para actuar, y que actúen dentro de los límites de los poderes que le han sido conferidos, y de esta forma respeten la ley tanto de forma procedimental como material. Garantías equivalentes deben establecerse en relación a que ellos actores privados que desempeñan funciones o potestades públicas, si fuera el caso – especialmente, pero no exclusivamente potestades coercitivas. Más aún, las autoridades públicas deben salvaguardar los derechos fundamentales en relación a estos actores privados.

⁶⁷ La existencia de poderes ilimitados del ejecutivo, ya sea de jure o de facto, constituyen elementos característicos de sistemas absolutos y dictatoriales. El constitucionalismo moderno se ha construido contra dichos sistemas, y asegura en consecuencia la supremacía del Parlamento.

⁶⁸ Como se explica en la parte introductoria, el Estado de Derecho se conecta con la democracia en que promueve la rendición de cuentas y el acceso a derechos que limiten el poder de la mayoría.

- ¿Existen reglas claras constitucionales para el procedimiento de formación de la ley?
- ¿Existe una regla de supremacía del Parlamento para decidir los contenidos de las leyes?
- ¿Los proyectos de ley se discuten públicamente en el Parlamento y contienen una adecuada justificación (por ejemplo, informe preliminar que explique la justificación de la norma)?
- ¿Existe un acceso público al proyecto de ley, al menos cuando éstos son enviados al Parlamento? ¿Existe una oportunidad importante para que la ciudadanía provea insumos para la discusión?
- Cuando sea apropiado, ¿existen mediciones de impacto hechas antes de la adopción de la ley? (por ejemplo, en el impacto de restricciones presupuestarias de los proyectos de ley en derechos humanos)?
- ¿Qué participación le cabe al Parlamento en el proceso de formación del texto, aprobación, incorporación, ratificación e implementación de los tratados internacionales?

Estado de excepción constitucional. ¿Existen situaciones de emergencia o de excepción constitucional establecidas por el ordenamiento jurídico?⁶⁹

- ¿Existen normas específicas a nivel nacional aplicables a situaciones de emergencia y otras de excepción constitucional (guerra u otra calamidad pública que ponga en peligro la vida de la nación)? ¿Existe posibilidad de limitación de derechos humanos en dichas circunstancias bajo el derecho nacional? ¿Cuáles son las circunstancias y criterios requeridos para gatillar esta excepción?
- ¿Existe una provisión en el ordenamiento jurídico nacional para la limitación de ciertas libertades básicas en estado de emergencia o de excepción constitucional? ¿Son tales limitaciones proporcionales, esto es limitadas estrictamente a la satisfacción de sus objetivos, dada la situación y exigencias de la emergencia o excepción, con una duración determinada, y bajo las circunstancias y ámbitos restringidos?
- ¿Existen posibilidades para que el ejecutivo establezca algunas restricciones que alteren la división de los poderes del Estado en situaciones de emergencia o de excepción constitucional, también limitadas en duración, circunstancias y ámbito?
- ¿Cuál es el procedimiento aplicable para el establecimiento de estado de excepción constitucional? ¿Existe un control parlamentario o judicial relativo a la existencia y duración de un estado de emergencia, y del ámbito de cualquier limitación que se establezca?

Deber de implementar la ley. ¿Qué medidas son tomadas para asegurar que las autoridades públicas implementen efectivamente la ley?⁷⁰

⁶⁹ La seguridad del Estado y de las instituciones democráticas, así como la seguridad de la población y de los funcionarios públicos, son intereses vitales públicos y privados que merecen protección, y pueden llevar a una limitación temporal de ciertos derechos humanos y a una división extraordinaria de los poderes del Estado. Sin embargo, los poderes de emergencia han sido abusados por gobiernos autoritarios para perpetrarse en el poder, silenciar a la oposición o restringir los derechos humanos en general. Resultan esenciales, en consecuencia, límites estrictos en la duración, circunstancia y ámbito de dichos poderes. La seguridad del Estado y de las personas sólo puede ser efectivamente satisfecha en una democracia que respete plenamente el Estado de Derecho. Ello requiere de un control parlamentario y revisión judicial de la existencia y duración de los estados de emergencia o de excepción constitucional para impedir el abuso del poder. Las normas relevantes de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Europea de Derechos Humanos, y de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, son similares en este ámbito. Ellas permiten la posibilidad de restricciones de derechos fundamentales (que se distinguen de meras limitaciones) sólo bajo circunstancias altamente excepcionales. Las limitaciones de derechos no son posibles en "los denominados derechos absolutos: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y tratos inhumanos y degradantes, la esclavitud y el principio de nullum crimen sine lege", entre otros.

⁷⁰ Si bien la aplicación absoluta de la ley es raramente posible, un requisito fundamental en el Estado de Derecho es que la ley sea respetada. Esto significa en particular que los órganos del Estado implementen los mandatos legales de forma efectiva. La esencia misma del Estado de Derecho podría ser cuestionada si la ley solamente aparece en los libros pero no fuera debidamente aplicada e implementada. El deber de implementación de la ley tiene tres etapas: el cumplimiento del derecho por los individuos, el deber de implementar razonablemente la ley de parte de los órganos estatales, y el deber de los agentes del Estado de actuar de conformidad a los límites conferidos por la constitución y la ley. Pueden ocurrir obstáculos en la efectiva implementación de la ley no sólo cuando existe una acción ilegal o negligente de parte las autoridades, sino también cuando resulta difícil a implementación al existir leyes deficientes. Por lo tanto, para evaluar si la ley es susceptible de ser aplicada antes de aprobarla, así como los chequeos posteriores a su vigencia resultan esenciales. Ello significa que exista una evaluación previa y posterior de la actividad legislativa, la que será desarrollada para el cumplimiento del Estado de Derecho. La plena implementación de la legislación también puede estar obstruida la ausencia de sanciones suficientes (lex imperfecta), así como por la insuficiente o selectiva manera de aplicar las sanciones.

- ¿Se analizan los obstáculos a la implementación de una ley antes y después de su adopción?
- ¿Existen mecanismos efectivos para solucionar la no implementación de una legislación?
- ¿Contempla la ley sanciones claras y específicas en caso de no obediencia de la ley?
- ¿Existe un sistema de cumplimiento legal sólido y coherente por parte de las autoridades públicas para implementar estas sanciones?
- ¿Son las sanciones aplicadas consistentemente?

Actores privados a cargo de funciones públicas. ¿Existe una garantía legal que los actores no estatales que, de manera total o parcial, ejerzan funciones tradicionalmente confiadas a los poderes públicos, sean sujetos a los requerimientos del Estado de Derecho y responsables (sujetos a control) en el modo que lo son los organismos públicos?⁷¹

CERTEZA JURÍDICA.

Accesibilidad de la legislación. ¿Son las leyes accesibles?

- ¿Existe una política de publicar las leyes antes que entren en vigencia?
- ¿Son las leyes fácilmente accesibles, por ejemplo, libre de cargos a través de internet y/o de un boletín oficial?

Accesibilidad de las decisiones judiciales. ¿Son accesibles a decisiones judiciales?⁷²

- ¿Son fácilmente accesibles las decisiones judiciales para el público?
- ¿Están debidamente justificadas las excepciones?

Predictibilidad de las leyes. ¿Son predecibles los efectos de las leyes?⁷³

- ¿Se encuentran las leyes redactadas de una manera inteligible?
- ¿Existe una práctica en la redacción de las normas jurídicas en la cual se haga explícita la norma que se modifica o deroga? ¿Se encuentran las modificaciones a las leyes incorporadas en una versión consolidada, públicamente accesible?

Estabilidad y consistencia de la ley. ¿Son las leyes estables y consistentes?⁷⁴

- ¿Son las leyes estables, en el sentido de que puedan cambiar solamente con una advertencia razonable?
- ¿Son las leyes aplicadas de modo consistente?

Legítimas expectativas (también denominado “principio de confianza legítima”). ¿Se asegura el respeto al principio de legítimas expectativas?⁷⁵

Irretroactividad de la ley. ¿Se encuentra proscrita la irretroactividad de la ley?

⁷¹ Existe una serie de áreas en las cuales entes híbridos (órganos que son parte privada y parte pública) u órganos privados ejercen potestades o funciones que tradicionalmente han sido confiada a las autoridades estatales, incluyendo la administración de las prisiones y de la salud pública. El Estado de Derecho también debe aplicarse en estas situaciones.

⁷² Los tribunales pueden establecer, crear, e interpretar el verdadero sentido y alcance de la ley, y por ello, las accesibilidades de las decisiones judiciales forman parte de la certeza jurídica. Las limitaciones al principio de publicidad se pueden establecer con el objeto de proteger derechos individuales, como sería el caso de menores de edad en casos criminales.

⁷³ La predictibilidad de la ley implica que la norma jurídica cuando sea posible, debe enunciar sus posibles efectos. Debe también hacerlo con respecto a la determinación de los sujetos destinatarios de la norma.

El necesario grado de predictibilidad depende sin embargo de la naturaleza de la norma jurídica. En particular, resulta esencial en la legislación penal. La precaución al momento de manejar peligros concretos ha pasado a ser cada vez más importante; esta evolución es legítima debido a la multiplicación de los riesgos que resultan en particular de los cambios tecnológicos. Sin embargo, en áreas donde el principio precautorio de la ley tiene aplicación, tal riesgo debe considerar que la actividad futura de parte del Estado sea desarrollada en términos tales que considere una aplicación más amplia e imprecisa,

sin perder en cuenta que la necesidad de la certidumbre jurídica forma parte también del Estado de Derecho.

⁷⁴ La inestabilidad e inconsistencia de la legislación o de las normas del poder ejecutivo pueden alterar la habilidad de las personas de planificar sus actos. Sin embargo, la estabilidad no debe ser entendida como un fin en sí mismo: la ley debe ser capaz de adaptarse a los cambios de circunstancias que se produzcan. La ley puede modificarse, pero siempre que exista un debate y notificación previa de los destinatarios de la norma, y en todo caso sin afectar las legítimas expectativas (ver próximo punto).

⁷⁵ El principio de las legítimas expectativas (también denominado principio de confianza legítima) forma parte del príncipe general de certeza jurídica bajo el derecho de la Unión Europea, y que se deriva de las leyes estatales. También expresa la idea de que las autoridades políticas no sólo deben un respeto a la ley, sino que también a las promesas y expectativas que generan. De conformidad al principio de las legítimas expectativas, quienes se encuentren ejerciendo sus derechos de buena fe en cumplimiento de la ley vigente, no deben ser frustrados en sus legítimas expectativas. Sin embargo, nuevas situaciones pueden justificar que existan cambios legislativos y que frustra harían aquellas expectativas legítimamente adquiridas en casos excepcionales. Esta doctrina o principio jurídico se aplica no sólo a la legislación, sino también a las decisiones de las autoridades públicas.

Principios de Nullem Crimen Sine Lege y Nulla Poena Sine Lege. ¿Existe un reconocimiento expreso del principio de legalidad en materia penal, es decir que se requiera de una ley para establecer una pena o la definición de un tipo penal?⁷⁶

Cosa juzgada. ¿Se encuentra asegurado el principio de cosa juzgada?⁷⁷

- ¿Se encuentra asegurado el respeto al principio de ne bis in ídem (prohibición en contra del doble enjuiciamiento)?
- ¿Es posible la revisión de decisiones judiciales que se encuentren firmes o ejecutorias?
- En caso que sea así, ¿bajo qué condiciones?

PREVENCIÓN DEL ABUSO (MAL USO) DEL PODER.

¿Existen mecanismos protectores contra la arbitrariedad y el abuso del poder (détournement de pouvoir) de parte de las autoridades públicas?

- En caso que sea así, ¿cuál es la fuente jurídica que lo garantiza (la Constitución, la ley, la jurisprudencia)?
- ¿Existen restricciones claras para los poderes discrecionales, en particular cuando son ejercidos por las autoridades administrativas?
- ¿Existen mecanismos para prevenir, corregir y sancionar el abuso de poderes discrecionales (détournement de pouvoir)? Cuando poderes discrecionales son entregados a oficiales, ¿existe revisión judicial del ejercicio de dichos poderes?
- ¿Se requiere que las autoridades públicas deban justificar sus actos al momento de dictar sus decisiones, en particular cuando éstas afectan a los derechos individuales? ¿Se encuentra regulado el hecho de la ausencia de motivación para las decisiones administrativas como causa para impugnar su validez jurídica?

IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA.

¿Existe un reconocimiento constitucional del principio a la igualdad en el trato, el compromiso del Estado de promover la igualdad jurídica, y el derecho de las personas para ser tratadas sin discriminación arbitraria?

⁷⁶ Las personas deben estar informadas con antelación de las consecuencias de su comportamiento. Esto implica que exista una predictibilidad de sus acciones (ver arriba II.B.3) y no-retroactividad, especialmente en la ley penal. En los casos civiles y administrativos, la irretroactividad puede afectar negativamente a los derechos e intereses legítimamente reconocidos. No obstante ello, fuera del campo criminal, la limitación retroactiva de los derechos individuales o la imposición de nuevas deberes puede estar permitida, pero sólo en la medida que exista un interés público de conformidad al principio de proporcionalidad (incluyendo la temporalidad). El legislador no debe intervenir en la aplicación de leyes actualmente vigentes por parte de los tribunales de justicia.

⁷⁷ La cosa juzgada implica que cuando un caso ha sido finalmente decidido, no existe posibilidad de intentar nuevos recursos. Las decisiones que se encuentren firmes o ejecutorias deben ser respetadas, a menos que existan razones muy poderosas para revisarlas.

⁷⁸ El ejercicio del poder que produzca injusticia, falta de razonabilidad, arbitrariedad, o decisiones opresivas vulnera el Estado de Derecho.

Resulta contraria al Estado de Derecho la discrecionalidad administrativa sin control alguno. Consecuentemente, la ley debe indicar el ámbito y extensión de los poderes discrecionales, prevenir la arbitrariedad administrativa.

El abuso de los poderes discrecionales debe ser controlado por los tribunales ordinarios de justicia o por otras instancias de revisión independiente. Los recursos disponibles deben ser claros y accesibles.

El acceso al ombudsman, o defensor del ciudadano, o cualquier otra forma no contenciosa de protección de los derechos del ciudadano puede también ser apropiada.

La obligación de motivar los actos debe también aplicarse a decisiones administrativas.

- El principio de no discriminación arbitraria requiere que exista una prohibición de cualquier trato desigual injustificado ante o en la ley, y que todas las personas gocen de un trato igual y efectivo en la protección de sus derechos, sin que sean discriminados en razón de su raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen social o nacional, asociación con alguna minoría, propiedad, origen u otro estatus.
- La legislación debe respetar el principio de igualdad [igualdad en la ley]: debe tratar de igual forma las situaciones equivalentes, y de distinta manera aquellas que sean iguales, y garantizar la igualdad con respecto a cualquier categoría de potencial discriminación arbitraria.
- El principio de no discriminación arbitraria requiere que exista una prohibición de cualquier trato desigual injustificado ante o en la ley, y que todas las personas gocen de un trato igual y efectivo en la protección de sus derechos, sin que sean discriminados en razón de su raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen social o nacional, asociación con alguna minoría, propiedad, origen u otro estatus.
- La legislación debe respetar el principio de igualdad [igualdad en la ley]: debe tratar de igual forma las situaciones equivalentes, y de distinta manera aquellas que sean iguales, y garantizar la igualdad con respecto a cualquier categoría de potencial discriminación arbitraria.
- Por ejemplo, normas relativas a las inmunidades parlamentarias, y más específicamente a la inviolabilidad, “deben... estar reguladas de una manera restrictiva, y siempre debe ser posible alzar dicha inmunidad, de acuerdo a procedimientos imparciales y claramente definidos. La inviolabilidad, en caso de ser aplicada, debe dejarse sin efecto a menos que exista una justificación con respecto a un caso que se esté conociendo y con la proporcionalidad y necesidad que proteja el trabajo democrático del Parlamento y los derechos de la oposición política”.
- “La ley debe establecer que la prohibición de discriminación no impida la adopción o mantenimiento de medidas temporales especiales designadas tanto a prevenir o compensar las desventajas que sufren personas por razón [de pertenecer a un determinado grupo], o por facilitar su participación activa en todos los campos de la vida. Dichas medidas no debiesen extenderse una vez que se cumplan los objetivos deseados”.
- Igualdad ante la ley. El Estado de Derecho requiere la sujeción universal a la ley. Esto implica que la ley debe ser igualmente aplicada y consistentemente implementada. La igualdad es, sin embargo, un principio que no es meramente formal, sino también sustantivo. Para alcanzar su finalidad, las diferenciaciones pueden ser toleradas y en algunos casos incluso requeridas. Por ejemplo, las acciones afirmativas (discriminación inversa) puede ser una forma de asegurar igualdad sustantiva en circunstancias limitadas con el objeto de revertir desventajas pasadas o exclusiones.

ACCESO A LA JUSTICIA.

Independencia e imparcialidad.

INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL.

- El poder judicial debe ser independiente. La independencia significa que la judicatura se encuentre libre por presiones externas, y que no se encuentre sujeta a influencias políticas o manipulaciones de ningún tipo, en particular de parte del poder ejecutivo. Este requerimiento es una parte integral del principio democrático fundamental de separación de poderes. Los jueces no deben estar sujetos a la influencia o manipulación política.
- La Corte Europea de Derechos Humanos destaca cuatro elementos para la independencia judicial: la forma en que se produce la designación o nombramiento, el período para ejercer las funciones, la existencia de garantía contra presiones externas -incluyendo presiones presupuestarias-, y si la judicatura es percibida como independiente e imparcial.

INDEPENDENCIA INDIVIDUAL DE LOS JUECES.

- Esta garantía debe ser entendida en dos aspectos. Uno se refiere al tribunal como órgano. El otro se refiere al juez individual o al panel de jueces que conozcan un caso... No es suficiente que sólo el tribunal (o el poder judicial en general) competente para un determinado caso se encuentre establecido con antelación. Resulta esencial también que el juez individual (o el panel de jueces) en un determinado tribunal colegiado se encuentre determinado con anterioridad, basado en principios generales y objetivos

IMPARCIALIDAD DE LA JUDICATURA.

- “la justicia no sólo debe serlo, sino también parecerlo”. Esto implica imparcialidad tan objetiva como subjetiva. La percepción pública puede servir también para medir si la judicatura es imparcial en la práctica.
- La declaración de patrimonio es una forma para combatir la corrupción porque puede poner en evidencia cualquier conflicto de intereses y posiblemente llevar a escrutinio cualquier ingreso inusual.

EL MINISTERIO PÚBLICO: AUTONOMÍA Y CONTROL.

- No existen estándares comunes para la organización de los fiscales del ministerio público, especialmente en lo relativo a la autoría que los designa, o a la organización interna del ministerio público como organismo. Sin embargo, debe asegurarse una suficiente autonomía que evite las influencias políticas indebidas hacia los fiscales. De conformidad con el principio de legalidad, el ministerio público debe actuar sobre la base, y de conformidad, con la ley. Esto no impide la existencia de poderes discrecionales establecidos por la ley para decidir iniciar una acción criminal (principio de oportunidad).
- La autonomía también se debe asegurar al interior del ministerio público. Los fiscales no deben estar sujetos a estrictas instrucciones jerárquicas ausente de cualquier discreción, y deben tener una posición que les permita no seguir instrucciones contrarias a la ley.

Debido proceso o juicio justo.

ACCESO A LA JUSTICIA. ¿TIENEN LAS PERSONAS UN EFECTIVO ACCESO A LA JUSTICIA?

- Legitimación activa: ¿Tiene las personas acceso expedito y efectivo para impugnar un acto de carácter público o privado que interfiera en sus derechos?
- ¿Se encuentra el derecho a la defensa, incluida la asistencia jurídica gratuita, debidamente resguardado? En caso que sea así, ¿cuál es la fuente legal para tal garantía?
- ¿Existe auxilio legal accesible a las partes que no cuenten con medios suficientes para pagar por necesario para su defensa jurídica, cuando en interés de la justicia así se requiera?
- ¿Son razonables los requerimientos formales, los plazos de prescripción o caducidad de las acciones judiciales, y las costas procesales?
- ¿Es fácil el acceso a la justicia en la práctica? ¿Qué políticas se han implementado para hacerlo más fácil?
- ¿Existe información pública y accesible acerca del funcionamiento del poder judicial?

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ¿SE ENCUENTRA GARANTIZADA LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?

- ¿Es la presunción de inocencia un principio jurídico garantizado por la ley?
- ¿Existen reglas claras y justas respecto de la carga de la prueba?
- ¿Existe mecanismos de protección que prevengan que otros poderes del Estado puedan realizar declaraciones sobre la culpabilidad de un acusado por un delito?
- ¿Se encuentran garantizados por el ordenamiento jurídico el derecho a mantener silencio y de no auto-incriminarse (también extensible a los miembros de la familia)?
- ¿Existen garantías contra los plazos excesivos de detención de una persona antes de ser puesta a disposición de un juez?

OTROS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL DEBIDO PROCESO.

- ¿Se encuentra reconocido en la ley con la práctica el principio de igualdad de armas? ¿Se asegura en la práctica?
- ¿Existen reglas respecto de la exclusión de pruebas ilícitas?
- ¿Los procedimientos y decisiones judiciales en materias penales se realizan sin demoras injustificadas? ¿Existen mecanismos jurídicos que impidan retrasos injustificados en los procedimientos?
- ¿Existe un reconocimiento jurídico de acceso en tiempo razonable del expediente judicial y de todos los documentos que se acompañan?
- ¿Se encuentra garantizado el derecho a ser oído por un juez?
- ¿Se encuentran debidamente fundamentados los fallos y decisiones judiciales?
- ¿Son las audiencias y decisiones judiciales públicas, con excepción de los casos que se establecen en el artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, o para los juicios in absentia?
- ¿Existen procedimientos de apelación disponibles, en particular en casos criminales?
- ¿Las notificaciones judiciales se realizan de manera correcta y oportuna?

EFECTIVIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES. ¿SON LAS DECISIONES JUDICIALES EFECTIVAS?

- ¿Existe un principio de efectividad y de ejecución inmediata de las decisiones judiciales?
- ¿Son frecuentes los reclamos a tribunales nacionales y/o a la Corte Europea de Derechos Humanos por falta de ejecución de las decisiones judiciales?
- ¿Cuál es la percepción pública de la efectividad en el cumplimiento de las decisiones judiciales?

Justicia constitucional.⁷⁹

- ¿Tienen los ciudadanos acceso a la justicia constitucional respecto de cualquier acto (es decir, si pueden los individuos requerir la revisión judicial sobre base constitucional de la ley por una acción directa o a través de una objeción efectuada en un procedimiento judicial)? ¿Cuál es el interés requerido para la legitimación activa?
- ¿Disponen los ciudadanos de un acceso efectivo a la justicia constitucional contra actos individualizados que los afecten (en el sentido de que los ciudadanos puedan requerir la revisión constitucional de actos administrativos o de decisiones judiciales a través de acciones directas o a través de una objeción constitucional)?
- ¿Existe una obligatoriedad de que tanto el Parlamento como el poder ejecutivo implementen las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional o el órgano judicial que corresponda? ¿Son tomadas en cuenta tales decisiones en la práctica?
- ¿Existen procedimientos para que el Parlamento o el ejecutivo complete en tiempo razonable las lagunas legales/regulatorias identificadas por el Tribunal Constitucional o el órgano que corresponda?
- Cuando las decisiones de los tribunales inferiores son dejadas sin efectos en un reclamo constitucional, ¿Los casos son reabiertos y juzgados por tribunales ordinarios teniendo en consideración los argumentos dados por el Tribunal Constitucional o el órgano que corresponda?
- Si los jueces constitucionales son electos por el Parlamento ¿Existe algún requerimiento para una mayoría calificada o salvaguarda para una composición balanceada?
- ¿Existe un control ex ante de la constitucionalidad de la ley o de las normas administrativas?

⁷⁹ "La legitimidad de una jurisdicción constitucional y la aceptación social de sus decisiones va a depender muy importantemente de la medida en que las consideraciones de la corte acerca de los distintos valores sociales que se encuentran en juego, aun cuando tales valores cedan comúnmente en favor de valores comunes. Para tales efectos, un equilibrio que asegure el respeto de las distintas sensibilidades debe ser desarrollado a través de las reglas composición de dichas jurisdicciones." Una mayoría calificada implica un compromiso político y de esta forma asegura una composición equilibrada cuando no exista una coalición que tenga una mayoría.

Incluso los Estados en que un control ex post por parte de una corte constitucional o la Corte Suprema sea posible, los controles preventivos de parte del ejecutivo y del poder legislativo ayudan a prevenir inconstitucionalidades.



CUARTO INSUMO CONSTITUCIONAL:

LOS DERECHOS SOCIALES EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Equipo
Instituto Res Publica