

FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES DE PRESTACIÓN

JUDICIAL ENFORCEMENT OF THE CONSTITUTION AND JUDICIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS

*Raúl Bertelsen Repetto**

Resumen

En este artículo se examina críticamente uno de los factores que estaría explicando el activismo judicial, a saber, la fuerza normativa de la Constitución. A través de un análisis comparativo, se cuestiona la premisa de que todas las normas de una Constitución, por el mero hecho de serlas, pueden aplicarse directamente por los tribunales de justicia. Específicamente, el estudio se detiene en el estatuto normativo constitucional de los derechos sociales, y ofrece argumentos dogmáticos y comparados para afirmar la primacía del legislador en la configuración de estos derechos prestacionales y el deber que los jueces tienen de observar la ley.

Palabras clave: Derechos sociales; supremacía constitucional; judicialización de la política.

Abstract

This paper critically examines one of the key factors to judicial activism, namely, the legal character of the Constitution. Throughout a comparative analysis, the author puts under question the premise that all constitutional provisions are judicially enforceable by its own nature. Specifically, this work looks carefully into the legal status of social rights and argues from different perspectives that Congress and not the Judiciary has

* Doctor en derecho. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Expresidente del Tribunal Constitucional de Chile. El presente trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt Regular n.° 1161334. Artículo recibido el 19 de abril de 2019 y aceptado para su publicación el 2 de septiembre de 2019. Correo electrónico: rbert@uandes.cl

the primacy on the configuration of such positive rights. Consequently, judges are bounded by statutory law when it comes to decide what the scope of social right is.

Key words: Social rights; supremacy of the Constitution; judicialization of politics.

I. Un ejemplo de judicialización: la sentencia de la Corte Suprema de 6 de noviembre de 2018

Las sentencias que otorgan prestaciones destinadas a satisfacer derechos sociales, fundamentadas de forma directa en la Constitución y al margen de lo dispuesto en la legislación existente, no son una novedad ni en Chile ni en otros países, ya que son parte de una tendencia jurisprudencial que se ha ido desarrollando paulatinamente. Pero, en ocasiones, una de tales sentencias recibe una atención especial, sea por el monto de la prestación o por las circunstancias del caso. Es lo que sucedió en Chile con la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema de 6 de noviembre de 2018.

En dicha instancia, la Tercera Sala revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado el recurso de protección deducido por Daniela Brigitte Díaz Hernández a favor de su hijo C.A.F.D. y en contra del Fondo Nacional de Salud, del Servicio de Salud de Concepción y del Ministerio de Salud, quienes no habían accedido a proporcionar a su hijo el medicamento llamado Nusinersen (Spinraza) que el menor necesitaba para tratar la enfermedad degenerativa que padece y cuyo costo, en el primer año de aplicación, alcanza a \$500 000 000.

El recurso de protección interpuesto no indicaba, por cierto, como derecho constitucional infringido el derecho a la protección de la salud, el cual, de acuerdo con el art. 20 de la Constitución y tal como ocurre con los otros derechos sociales de prestación, no es susceptible de tutela judicial mediante la acción de protección. En cambio, invocaba el del n.º 1 del art. 20 de la Constitución, esto es, *el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*¹, derecho que, en el caso del menor a cuyo favor recurría su madre, quedaba en peligro al no proporcionar las autoridades recurridas el medicamento prescrito por el médico tratante.

¹ La sentencia de la Corte Suprema menciona que el recurso indicaba también como derecho infringido la igualdad ante la ley (art. 19 n.º 2 de la CP), al haber sufrido el menor enfermo una discriminación arbitraria, pero la sentencia de la Corte Suprema no contiene argumentación alguna sobre el particular.

Se está, pues, ante una prestación que se solicita de un órgano judicial, invocando como fundamento de la acción judicial de protección que se deduce un derecho reconocido en la Constitución –el derecho a la vida e integridad física y psíquica–, y no un derecho personal correlativo a una obligación legalmente establecida y cuyo cumplimiento correspondiera a alguno de los órganos administrativos del sector salud recurridos.

Existe en Chile la Ley n.º 20850, llamada Ley Ricarte Soto, que cubre los diagnósticos y tratamientos de alto costo, a cuyo efecto contempla el procedimiento a seguir para dar cobertura a nuevos fármacos. Esa incorporación no se ha producido aún para el medicamento indicado por el médico tratante del menor, atendido su alto costo que excede los recursos financieros disponibles.

La Corte Suprema, sin embargo, estimó que la negativa de las autoridades administrativas de proporcionar un medicamento invocando la falta de recursos, es constitutiva de una conducta arbitraria. Se lee en el considerando 11º:

“con la negativa de los recurridos a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física del hijo de la recurrente, sobre la base de consideraciones de índole económica, éstos han incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que la actora no se encuentra en condiciones de adquirirlo”.

La sentencia reconoce:

“las consideraciones de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, pero –añade– no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos” (considerando 8º).

Puede apreciarse, de lo expuesto, que la Tercera Sala de la Corte Suprema considera que la disposición constitucional que reconoce y asegura el derecho a la vida, permite a los tribunales de protección ordenar una prestación –financiar la adquisición de un medicamento– a autoridades administrativas que, conforme a la legislación que les es aplicable, no tienen obligación de hacerlo. Se aprecia aquí, cómo un tribunal encuentra en la Constitución una fuerza normativa que le permite prescindir de disposiciones legales aplicables y que, por cierto, no han sido declaradas contrarias a la Constitución mediante sentencia del Tribunal Constitucional.

La Corte Suprema, al actuar de esta forma, ha recordado lo dispuesto en el art. 20 de la Constitución, que autoriza a los tribunales de protec-

ción a adoptar “las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”, razón por la que justifica su actuación señalando:

“en esa perspectiva, y como resulta evidente, esta magistratura puede disponer, en esta sede cautelar, que la autoridad pública lleve a la práctica ciertas actuaciones específicas y determinadas como puede ser, *verbi gratia*, la adquisición y suministro de cierto fármaco” (considerando 12°)².

Cabe observar, no obstante, que la Tercera Sala no ha ordenado directamente a organismo alguno efectuar la compra del medicamento, sino, como lo dice la sentencia en su parte resolutive, se dispone:

“los recurridos deberán realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministros del fármaco identificado como Spinraza o Nusinersen, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto que se inicie en el más breve tiempo el tratamiento del indicado menor con este medicamento”.

En otros países, como es el caso de Argentina y Colombia, los tribunales han llegado a indicar qué organismo debe proveer el financiamiento pertinente y le han fijado un plazo para hacerlo.

No obstante lo resuelto, en su sentencia, la Tercera Sala advierte que con su decisión no pretende participar en el diseño de política pública alguna.

“Es preciso –dice– dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal” (considerando 13°).

A pesar de esta advertencia de la Corte Suprema, la sentencia de su Tercera Sala de 6 de noviembre de 2018 ha recibido una crítica mayoritaria de juristas y columnistas, que le imputan, precisamente, reemplazar la política pública existente en materia de acciones de salud. Sin ánimo de ser exhaustivo, pueden citarse Carlos Peña, *La Corte Suprema y la Justicia del Cadi*, el comentario de Axel Bucheister, *Democracia judicial*, y una carta de Javier Couso, *Un fallo insostenible en el tiempo*. No faltó, empero

² Esta amplitud de las atribuciones que la Constitución otorga a los tribunales de protección provoca que, cuando la misma se extiende a los derechos de prestación, sus sentencias deriven fácilmente en fuente de obligaciones.

algún comentario favorable, como el de Álvaro Ortúzar, *Corte Suprema y derecho a la vida*, es uno de ellos³. Destaca, sin embargo, en la defensa de la posición de la Corte Suprema, lo dicho por un expresidente de la misma y actual presidente de la Tercera Sala, si bien no integró la Sala en la sentencia que se analiza⁴.

II. La judicialización y sus causas

La aparición en las constituciones de derechos que requieren una prestación a favor de sus titulares para ser satisfechos ha planteado desde el inicio difíciles problemas. Las causas son variadas. Unas se refieren a su formulación constitucional, pues no es lo mismo un principio que una regla o disposición; otras, a la necesidad de una legislación de desarrollo que en ocasiones falta –lo que hace surgir una omisión legislativa–, es insuficiente o confusa. Y no menor es el desafío de obtener recursos para financiar la adquisición de bienes o el acceso a acciones benéficas necesarias que tales derechos exigen para ser satisfechos, y cuyo costo suele incrementarse por el crecimiento en el número de beneficiados o el mayor valor de las prestaciones.

No es extraño, por consiguiente, que el debate público en torno a los derechos constitucionales de prestación sea intenso y en ocasiones prolongado, de modo que durante años se discuta sobre proyectos de ley sin llegar a un acuerdo que permita su aprobación. Es natural, entonces, que la insatisfacción de las personas a las que la Constitución les reconoce el derecho a la educación, a la protección de la salud o a la vivienda, busque la vía judicial para obtener acceso a las prestaciones que la legislación no les ha otorgado y que la Constitución les promete. Esta vía se ve favorecida por la mayor fuerza normativa que algunas constituciones asignan a sus

³ El análisis de Carlos Peña en *El Mercurio*, Santiago, 9 de noviembre de 2018, C 4; los de Axel Buchheister y Javier Couso en *La Tercera*, Santiago, 11 de noviembre de 2018, pp. 4 y 6, respectivamente. El comentario de Álvaro Ortúzar, en *La Tercera*, Santiago, 13 de noviembre de 2018, p. 6. Hubo, también, editoriales críticos; así “Judicialización de la Salud”, aparecido en *El Mercurio*, Santiago, 9 de noviembre de 2018, p. A-3, y “Controversial Fallo de la Corte Suprema”, en *La Tercera*, Santiago, 17 de noviembre de 2018, p. 11.

⁴ El ministro Sergio Muñoz, en entrevista que aparece en el n.º 20 de *El Mercurio Legal*, correspondiente a diciembre de 2018, comenta que la Constitución dice: “dentro de las garantías más importantes –salvo que alguien diga lo contrario– está el derecho a la vida, y nosotros estamos para aplicar las garantías constitucionales. Si no, que deroguen la garantía al derecho a la vida y pongan que lo más importante es el equilibrio de las finanzas públicas”. La cita en p. 20.

preceptos en materia de derechos sociales, por la existencia de acciones constitucionales de tutela para la protección de, al menos, algunos de los derechos reconocidos en las cartas fundamentales, y por la disposición favorable de algunos tribunales para examinar y fallar las causas en que se solicita el otorgamiento de los bienes que las constituciones contemplan para los que se pueden llamar derechos sociales de prestación⁵.

La agrupación de unos y otros derechos sociales –derechos de libertad que interesan en especial a los trabajadores y derechos de prestación– en la categoría de derechos sociales, se produce porque aparecen juntos en el constitucionalismo posterior a la Primera Guerra Mundial⁶, y también porque las personas o titulares más interesados en su ejercicio coinciden en los sectores sociales en que se encuentran las personas más necesitadas. Son, en conjunto, los que suelen llamarse también derechos de segunda generación para distinguirlos de los derechos civiles y políticos, o derechos de primera generación, que aparecen en el primer constitucionalismo a fines del siglo XVIII y primeras décadas del XIX.

En las últimas décadas, cierta doctrina y también la jurisprudencia en algunos países, defiende y admite que los tribunales, al decidir las causas en que se solicita una prestación destinada a satisfacer un derecho social, están habilitados para fundamentar directamente la decisión que las otorgue en las normas constitucionales, sea porque no exista una legislación de desarrollo o que ella sea insuficiente e, incluso, prescindiendo de la misma. A esta tendencia puede denominarse judicialización de los derechos sociales.

Manifestaciones de judicialización de derechos sociales se encuentran en diversos países y tribunales. Las ha habido en Argentina, también en Chile en fallos de los tribunales de protección, sobre todo en materia de acciones de salud. Especial relieve tienen algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que han acogido acciones de tutela ordenando prestaciones estatales en favor de los solicitantes invocando de plano la Constitución.

⁵ Cabe advertir que no todos los derechos que se agrupan bajo la denominación escueta de derechos sociales, o la más amplia de derechos económicos, sociales y culturales, requieren de una prestación para ser satisfechos. Es lo que ocurre con un par de ellos, el derecho de sindicación y la libertad de trabajo, que técnicamente son derechos de libertad, lo que explica por qué en Chile el art. 20 de la Constitución permite fundamentar en ellos un recurso de protección, lo que no se admite para el derecho a la protección de la salud, el derecho a la educación y el derecho a la seguridad social, que son los típicos y más extendidos derechos sociales de prestación.

⁶ Es el caso de la Constitución de Weimar en Alemania en 1919 y también de la Constitución de México de 1917.

Los derechos sociales que interesan en este estudio, por su índole peculiar, por su configuración jurídica y por los difíciles problemas que plantea su satisfacción son solo los derechos sociales de prestación y a ellos se limitan las páginas que siguen⁷.

Se considera que existen tres factores que contribuyen a explicar el fenómeno de la judicialización de los derechos sociales de prestación: el significado que se da a la fuerza normativa de las constituciones, la imperfección e insuficiencia de la legislación de desarrollo de los derechos sociales de prestación⁸ y el activismo judicial como ideología⁹.

En el presente estudio se analizará solo el primer factor, esto es, la influencia que tiene la fuerza normativa de la Constitución, la cual, como se verá, no ha sido ni es idéntica en los distintos países en materias sociales, ni tampoco dentro de cada país es la misma para el conjunto de derechos que la Constitución reconoce. De ahí que en algunas constituciones no existan derechos sociales, aunque sí abundantes deberes del Estado en materia de prestaciones sociales; en otras se considere a los derechos sociales como principios directivos de la política económica y social o, bien, difiere la tutela que se da a los derechos fundamentales, por una parte, de la que gozan los derechos sociales, por otra, siendo en verdad del todo excepcionales las constituciones que, de modo explícito, consideran que las normas sobre derechos sociales de prestación que ellas contemplan son de aplicación directa por los tribunales.

⁷ La bibliografía sobre los derechos sociales es abundantísima. Se mencionan solo algunos títulos que resultan especialmente pertinentes a este trabajo: José Ramón COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*; Beatriz GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*; Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*; Rodolfo ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*; Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción* y dos obras colectivas: Gonzalo AGUILAR CAVALLO (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno* y Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (coord.), *Dogmática y aplicación de los de los Derechos Sociales. Doctrina y Jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*.

⁸ En Chile, la legislación sobre derechos sociales de prestación es abundante, a menudo casuística e imprecisa, pero faltan estudios sistemáticos satisfactorios como fuente de las obligaciones. No es extraño, entonces, ni su complemento por vía administrativa, ni la conflictividad que suscita el cumplimiento de las obligaciones y que conduce a una intervención creciente de los tribunales.

⁹ La literatura sobre el particular es abundante. Una obra general que puede consultarse con provecho es la de Carlo GUARNIERI y Patrizia PEDERZOLI, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Resultan de particular interés las consideraciones que hace en el capítulo dedicado a "El sistema político", p. 127 y ss., en que analiza las tensiones inevitables entre poder judicial y democracia, y las raíces del intervencionismo judicial y su expansión en las democracias contemporáneas. Para Chile en especial, el libro de José Francisco GARCÍA G. y Sergio VERDUGO R., *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*

III. La fuerza normativa de la Constitución

El constitucionalismo actual tiene una de sus notas características más relevantes en la fuerza vinculante de sus disposiciones. No siempre fue así, al menos en aquel de raíz francesa, que es el que mayor influencia tuvo en Europa durante el siglo XIX y también en América Latina hasta la aparición de nuevas constituciones al término de la Segunda Guerra Mundial. Diversa, en cambio, fue desde sus orígenes, la tradición estadounidense, que de modo inequívoco desde *Marbury vs Madison* en 1803 ha afirmado el carácter vinculante de la Constitución¹⁰.

Al inicio de un estudio que ha devenido en clásico –*La Constitución como norma jurídica*– y que se ha reproducido en diversos lugares, Eduardo García de Enterría recuerda que el modelo tradicional de Constitución le negaba “valor normativo específico fuera del ámbito de la organización y las relaciones de los poderes superiores”, mientras se consideraba que :

“toda la parte material de la Constitución, contendría sólo principios programáticos, indicaciones que sólo en cuanto el legislador recogiera llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los Tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos”¹¹.

Este modelo de Constitución, que es el propio del constitucionalismo europeo continental de raíz francesa y que impera hasta el siglo XX, obstaculizaba, si es que no impedía totalmente, el desarrollo de todo control de constitucionalidad de las leyes, por una parte, y de una tutela judicial directa de los derechos sustentada en la sola base normativa de las disposiciones constitucionales que los reconocían y garantizaban. Es el modelo de Constitución que imperó también en Chile hasta bien entrado el siglo XX.

El constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, primero en Europa y después en América Latina y otros lugares, asigna, en cambio, de modo explícito fuerza normativa a las Constituciones. Es el caso, entre otros de la Constitución de España de 1978, que en su art. 9,1 establece: “los ciudadanos y los poderes públicos está sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, y también del art. 6,2 de la Constitución chilena, al decir:

¹⁰ Blanco VALDÉS, en su libro *El valor de la Constitución. Separación de los poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, explica detenidamente la diferencia entre el constitucionalismo francés y el norteamericano.

¹¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*.

“los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de [los órganos del Estado] como a toda persona, institución o grupo”.

Esta fuerza normativa de la Constitución, sin embargo, no es la misma para todas sus disposiciones y esto es algo que no siempre se tiene presente. En sus *Estudios de Derecho Constitucional*¹², Manuel Aragón Reyes, uno de los catedráticos hispanos más reconocidos de derecho constitucional y que fuera también ministro del Tribunal Constitucional español, incluye un trabajo que lleva por título *Tipología de las normas constitucionales*, en el cual explica con especial claridad el común valor de todas las normas constitucionales y su diferente eficacia.

“Es obvio –afirma al comienzo de dicho trabajo– que la condición normativa de la Constitución auténtica (la Constitución democrática) nadie, solventemente, la pone en duda. Hoy, en frase usual, todos aceptamos que la Constitución es una norma jurídica, pero, en sentido estricto, con esa calificación no basta, pues la Constitución, más que una norma, es un conjunto de normas. Todas con igual valor, pero no todas con la misma eficacia. De ahí la necesidad de distinguir entre las distintas normas que se contienen dentro del texto constitucional”¹³.

Manuel Aragón efectúa, luego, una doble clasificación de las normas constitucionales, una con arreglo a su objeto y otra según su modo de formulación. Por su objeto, las clasifica en dos grandes grupos: NORMAS ESTRUCTURALES Y NORMAS MATERIALES.

“Las primeras –dice– regulan la organización del Estado y el modo de adopción de las decisiones públicas y, por ello, no imponen contenidos concretos de acción, no limitan, pues, el pluralismo político. Las segundas, en cambio, imponen contenidos a las decisiones, ordenando actuaciones, garantizando conductas o prohibiéndolas, por lo que imponen límites al pluralismo político. Dicho en otras palabras, las primeras regulan modos de creación y aplicación del Derecho, y las segundas imponen contenidos a ese mismo Derecho”¹⁴.

A su vez, y dentro de las normas materiales, el autor distingue las siguientes normas de derecho: normas declarativas de *derechos fundamentales*, normas enunciativas de *garantías institucionales*, normas que contienen *mandatos al legislador*, normas que incorporan *valores y fines*, y normas

¹² Manuel ARAGÓN REYES, *Estudios de Derecho Constitucional*. El estudio “Tipología de las normas constitucionales”, se encuentra en las pp. 203-212.

¹³ *Op. cit.*, p. 203.

¹⁴ *Op. cit.*, pp. 204-205.

que contienen *cláusulas de habilitación*¹⁵. Esta última clasificación, que el autor ejemplifica con citas de artículos de la Constitución española de 1978, resulta del todo pertinente para determinar qué tipo de normas son las que tratan de los derechos sociales.

El orden propuesto es, en efecto, de especial interés para el tema que aquí se trata. Los derechos sociales en España –salvo el derecho a la educación–, no se incluyen dentro de los derechos fundamentales, los cuales, como se dirá más adelante, tienen mayor fuerza normativa y gozan de una protección constitucional especial, sino que aparecen dentro del capítulo III del título I de la Constitución bajo la rúbrica “De los principios rectores de la política social y económica”, capítulo este que para Eduardo Aragón Reyes es ejemplo de normas que incorporan valores y fines. Asimismo, aparecen en las normas sobre derechos sociales mandatos al legislador, entre los cuales y a vía de ejemplo, el autor menciona el art. 43.2, que contiene un *mandato al legislador para que la ley establezca los derechos y deberes sobre la protección de la salud*.

Una segunda propuesta organizativa de las normativas constitucionales que formula Eduardo Aragón atiende a su *modo de formulación*, que le lleva a distinguir tres tipos: *reglas, principios y valores*.

“Aquí –señala– el elemento clasificador se sustenta en el modo en que el enunciado normativo está formulado, y de ese modo se desprende un grado diverso de eficacia, es decir, un grado diferente de aplicabilidad de la norma. Esta es [...] la clasificación jurídicamente más relevante, porque la capacidad de operar en la realidad que la norma tiene depende de la formulación de su enunciado”¹⁶.

Resulta de lo anterior, entonces, que algunas normas constitucionales, sea aisladamente o por remisión a otra norma constitucional, contienen reglas completas por lo cual *son de aplicación inmediata y tienen eficacia directa*, pero ello no ocurre cuando ellas remiten a una ley para ser completadas. Ahora bien –acota Eduardo Aragón–,

“las remisiones de la Constitución a la ley no pueden verse nunca como unas habilitaciones en blanco, ya que de la Constitución, aun en el caso de las reglas incompletas, derivan principios y valores que el legislador ha de respetar”.

Así, en los casos en que una regla constitucional no tenga eficacia directa y su aplicación esté condicionada a la actuación del legislador,

¹⁵ ARAGÓN, *op. cit.*, pp. 205-206.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 206.

“no carecen, por ello, de eficacia directa o interpretativa, en cuanto que el legislador no puede regular de cualquier manera la parte de la regla que queda a su voluntad, pues la Constitución le impone determinadas prescripciones que tiene que acatar”¹⁷.

Un planteamiento similar se encuentra en uno de los más afamados juristas italianos. Luigi Ferrajoli, quien en diversas obras ha reiterado que la Constitución, por una parte, prohíbe ciertas leyes y, por otra, impone a las mismas ciertos contenidos. Se lee en la que es, seguramente, la última de sus obras traducidas al español:

“el derecho expresado por los principios constitucionales ha llegado a configurarse como un proyecto normativo consistente en un sistema de límites y vínculos a todos los poderes, a los que veta la producción de leyes que los contradigan e impone la producción de sus leyes de actuación y de sus técnicas de garantía”¹⁸.

No existe, pues, como antaño, un poder absoluto del legislador en la configuración de los derechos reconocidos en la Constitución, sino que en la democracia constitucional la ley está sujeta a los límites y contenidos que la Constitución impone¹⁹.

Existe, pues, una fuerza vinculante mínima que es común a todas las disposiciones constitucionales, sean ellas normas estructurales o materiales o, bien, reglas, principios o valores que exige su respeto universal por todos los órganos del Estado. Para que este respeto sea efectivo es que en un Estado de derecho existen los controles de constitucionalidad de las leyes y reglamentos, los cuales, al ejercitarse –según los países–, por cualquier tribunal, por la Corte Suprema o por el Tribunal Constitucional, permiten que tales órganos de control fundamenten la declaración de inconstitucionalidad de un precepto en la infracción de cualquier norma de la Constitución.

Por su fuerza normativa, una disposición constitucional sobre derechos sociales puede ser utilizada siempre como parámetro para controlar la constitucionalidad de los preceptos legales. Así ha ocurrido en Chile en diversas oportunidades, de las cuales el ejemplo más notable es la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional parte del art. 38 ter de la Ley de Isapres. En esa sentencia, de 6 de agosto de 2010, rol

¹⁷ ARAGÓN, *op. cit.*, pp. 207-208.

¹⁸ Luigi FERRAJOLI, *Constitucionalismo más allá del estado*, p. 12.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 16, señala que en las democracias existe, entonces, una dimensión formal, asegurada por la representación política, a la que se ha añadido una dimensión sustancial consistente en el respeto del contenido de la Constitución, que incluye a las prestaciones objeto de los derechos sociales.

1.710, el Tribunal consideró, como normas constitucionales infringidas los n.ºs 2, 9 y 18 del art. 19 de la Constitución, los cuales, respectivamente, aseguran la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud y al de la seguridad social. El primer precepto es un derecho de garantía que suele incluirse dentro de los derechos fundamentales, pero el derecho a la protección de la salud y el de la seguridad social son derechos sociales de prestación²⁰. Las normas que los enuncian, fijan, asimismo, las bases a las que las leyes que los desarrollen han de ajustarse. Si estas leyes no lo hacen, como estimó el Tribunal Constitucional que ocurría con el art. 38 ter de la Ley de Isapres, puede declararse su inconstitucionalidad por infringir la normativa constitucional sobre tales derechos sociales de prestación. Pero ello no significa que los tribunales de tutela o protección de derechos constitucionales puedan invocar tales normas para otorgar las prestaciones que se les soliciten, prescindiendo de las leyes existentes sobre el particular²¹.

Salvo, entonces, aquellas disposiciones constitucionales que resultan de aplicación inmediata o directa, esto es, sin necesidad de desarrollo legislativo, que es lo que ocurre con los derechos que algunas constituciones como España, Portugal y Colombia llaman derechos fundamentales y que coinciden en gran medida con los derechos de libertad del constitucionalismo chileno, siempre existe una eficacia propia de las normas constitucionales, cual es el establecimiento de lo que algún autor ha denominado la SUJECCIÓN JURÍDICA FUNDAMENTAL. En palabras de José Zafra Valverde, lo que en verdad es característico de la Constitución como fenómeno jurídico son las:

“disposiciones con las que se establece la sujeción de una colectividad de hombres a que se les puedan impartir mandatos mediante leyes, y, en consecuencia, a que se les puedan imponer sanciones en el caso de incumplimiento”²².

En otras palabras y en lo que interesa a este estudio relativo a los derechos sociales, lo peculiar de una Constitución no es crear ella directamente

²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol n.º 1.710. Véase su parte tercera “Los derechos constitucionales afectado por el precepto legal bajo examen de constitucionalidad”, en que examina los derechos constitucionales infringidos por el precepto legal que la sentencia declara inconstitucional.

²¹ Tal es la razón por la cual en la Constitución chilena de 1980 el derecho a la protección de la salud, a la educación y a la seguridad social no son fundamento de la acción o recurso de protección del art. 20. De ahí que las numerosísimas –centenares de miles– sentencias que acogen la protección de los afiliados a Isapres por las alzas acordadas por estas a sus planes de salud, el que estiman afectado es el derecho de propiedad de los afiliados asegurado en el art. 19 n.º 24 de la CP.

²² JOSÉ ZAFRA VALVERDE, *El derecho como fuerza social*, p. 123.

obligaciones a ser satisfechas por determinadas personas o instituciones mediante el otorgamiento de las prestaciones correspondientes, sea que consistan en un dar o un hacer, sino fijar los órganos que al actuar dentro de su competencia y conforme a los procedimientos contemplados en ella, y respetando el marco constitucional que para cada caso es aplicable, impongan precisas obligaciones a las personas que señala. Pero, entonces, en tal caso será la ley y no la Constitución, la fuente de tales obligaciones. Nada novedoso, por cierto, para la Teoría General de las Obligaciones que, como ocurre en el art. 1437 del *Código Civil* de Chile señala a la ley como una de las fuentes de las mismas²³.

IV. Las constituciones y los derechos sociales

La mayor parte de las Constituciones contemporáneas incluyen en su listado de derechos los llamados comúnmente derechos sociales, o derechos económicos, sociales o culturales, abreviados a veces como DESC²⁴. Estos, en su mayor parte –y este es el caso del derecho a la educación, a la protección de la salud, a la vivienda o a la seguridad social– para su satisfacción exigen una prestación, sea que la misma consista en un dar o en un hacer.

No todas las constituciones, sin embargo, contienen normas sobre derechos sociales. No las contempla, desde luego, la estadounidense de 1787 en su texto original, ni en su *Bill of Rights* ni en las enmiendas posteriores. Tampoco la Constitución francesa de 1958 en su texto, pues, como es sabido, ella en materia de derechos humanos declara en su Preámbulo:

“el pueblo francés proclama solemnemente su vinculación a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como han sido definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946”²⁵.

²³ Es posible, también, que las obligaciones que satisfacen derechos sociales tengan su fuente en un contrato, como ocurre en Chile con los contratos de salud previsual que los afiliados celebran con sus Isapres. En tal caso, la legislación que regula la celebración, modificación y efectos del contrato tiene como marco las disposiciones constitucionales pertinentes al respectivo derecho social, las cuales, si son infringidas por algún precepto legal pueden conducir a su declaración de inaplicabilidad, o de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, conforme a lo establecido en el art. 96 n.ºs 6 y 7 de la Constitución.

²⁴ Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos presenta numerosos tratados sobre tales derechos. El más importante por su universalidad es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

²⁵ En el Preámbulo de la Constitución de 1946, el pueblo francés después de reafirmar solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la

Por su parte, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, en su título I “Derechos fundamentales”, los que incluye son derechos de libertad o de garantía, pero no sociales. Este silencio podría estimarse contradictorio e inconciliable con la proclamación en el art. 20.1 de la República Federal de Alemania como un Estado federal, democrático y social, y con la obligación que impone a los *Länder* el art. 28.1 para que su ordenamiento constitucional responda a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. Ello no es así, sin embargo, porque la satisfacción de las exigencias del Estado social está entregada a la legislación, sea esta la federal o la de cada *Land* según las minuciosas normas sobre distribución de competencias que encontramos en el título VII de la Ley Fundamental²⁶.

En Suiza, la Constitución Federal de 1999 se ocupa de tres derechos sociales de prestación: el derecho a condiciones mínimas de existencia (art. 12), a educación básica o primaria (art. 19) y a asistencia jurídica gratuita (art. 29.3), cuya satisfacción se asegura en la Constitución. Aunque esta, contiene un artículo, el 41, consagrado a los que denomina fines sociales, entre los cuales menciona el disfrute de la seguridad social, el cuidado de la salud y la obtención de una vivienda, debiendo la Confederación y los cantones, de acuerdo con sus competencias y medios de que dispongan, comprometerse en favor de tales objetivos y sin que “ningún derecho subjetivo a obtener prestaciones del Estado puede deducirse directamente de las finalidades sociales” (art. 41.4).

Ahora, entre las constituciones que en su texto enumeran derechos sociales, se encuentran algunas que los consideran como un tipo especial de derechos humanos. Es el caso de España y Colombia.

La Constitución española de 1978 contiene, como parte del título I “De los derechos y deberes fundamentales”, un capítulo, el tercero, con la rúbrica “De los principios rectores de la política social y económica”, en el que incluye, entre otros, el derecho a la protección de la salud (art. 43), el derecho a disfrutar de una vivienda (art. 45) y el régimen público de seguridad social (art. 41). El derecho a la educación, en cambio, junto con la libertad de enseñanza, aparece en el art. 27 en la sección dedicada a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. Sin perjuicio de

Declaración de 1789, proclama, *como particularmente necesarios a nuestro tiempo*, una serie de principios políticos, económicos y sociales, entre los cuales menciona la protección de la salud, el acceso a la educación y diversas prestaciones derivadas de la seguridad social.

²⁶ El art. 73 establece las materias que son de competencia exclusiva de la Federación y el art. 74 las materias de legislación concurrente entre la Federación y los *Länder*. Corresponde también a estos últimos legislar en el resto de las materias no mencionadas ni en uno ni en otro grupo.

lo que se dirá más adelante; interesa mencionar la diferencia contenida en el capítulo cuarto “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales” del título I, respecto a la fuerza vinculante y a la protección de los diversos grupos de derechos humanos. Así, mientras los derechos fundamentales y las libertades públicas gozan de un procedimiento especial de tutela que puede terminar en un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2), conforme al art. 53.3:

“el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Similar es la situación de los derechos sociales en el texto de la Constitución de Colombia de 1991. El título II de dicha Carta Fundamental, tiene por epígrafe “De los derechos, las garantías y los deberes”, agrupando los derechos en tres capítulos diversos: derechos fundamentales; derechos económicos, sociales y culturales, y derechos colectivos y del ambiente. La enunciación de los derechos económicos, sociales y culturales es amplia y detallada, puesto que junto a los más tradicionales, como la seguridad social, la atención a la salud, la vivienda y el derecho a la educación, aparecen otros específicos que tienen como sujetos a los niños y a los adolescentes.

Tales derechos, sin embargo, y a diferencia de los fundamentales, no son de aplicación inmediata (art. 85) y a su respecto no puede utilizarse la acción de tutela del art. 86, en virtud de la cual:

“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”²⁷.

El constitucionalismo argentino presenta una evolución peculiar. Como era propio de la época, la Constitución de 1853/1860, de Juan Bautista Alberdi, tuvo una fuerte impronta liberal y de ahí que los derechos que en ella aparecen son los típicos derechos civiles y políticos de primera generación, tales como: la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad. Solo un siglo después, en 1957, se incorporó a

²⁷ Más adelante, se verá cómo la Corte Constitucional de Colombia ha otorgado, sin embargo, tutela constitucional a los derechos sociales por diversas vías que eluden lo dispuesto en el art. 85 de la Constitución.

la Constitución el art. 14 bis, precepto este que reconoció los derechos del trabajador sea considerado individualmente o en forma colectiva. Y en materia de derechos sociales de prestación, el inciso tercero señaló:

“el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable, garantizándose asimismo el acceso a una vivienda digna para vivir”.

En 1994, una nueva reforma amplió el catálogo, incorporando aquellos que suelen clasificarse como derechos de tercera generación –ambiente, protección del consumidor y reconocimiento de pueblos originarios–, pero, lo que es más importante, en el art. 75,22 de la Constitución enumeró los tratados internacionales de derechos humanos que gozarían de JERARQUÍA CONSTITUCIONAL, entre los cuales se menciona el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que menciona en su texto los derechos sociales básicos (derechos al trabajo, a la seguridad social, a la salud y a la educación) y la Convención sobre los Derechos del Niño²⁸.

En síntesis, tal cual señalan dos conocidos constitucionalistas argentinos:

“los Derechos sociales se encuentran reconocidos explícitamente y enumerados en un ‘bloque’ de constitucionalidad integrado por el texto de la Constitución Nacional [...] y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994”.

Y en cuanto a su fuerza normativa, los derechos sociales:

“son considerados derechos subjetivos constitucionales directamente operativos, en igualdad de tratamiento con las restantes categorías de derechos humanos”²⁹.

En Chile, la Constitución de 1980 en su listado de derechos humanos reconocidos constitucionalmente no los clasifica en distintas categorías. No obstante, y como es sabido, a efectos de su tutela o protección el art. 20 no incluye a los derechos sociales de prestación entre los que pueden invocarse para fundamentar un recurso de protección³⁰.

²⁸ El mismo art. 75 de la Constitución argentina contempla un procedimiento para que el Congreso de la nación, al aprobar un nuevo tratado internacional de derechos humanos, le adjudique JERARQUÍA CONSTITUCIONAL, lo que ha ocurrido –entre otros– con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

²⁹ Alfonso SANTIAGO, y Martín OYHANARTE, “La situación en Argentina”, pp. 3 y 5.

³⁰ Es significativo, al respecto, que el derecho a la protección de la salud, típico derecho social de prestación, en sus cuatro primeros incisos que presentan esta índole, no son susceptibles de protección, pero sí lo es el inciso quinto que dispone: “cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”. Pero este es un derecho de libertad.

Distinta es, empero, la solución contenida en el Proyecto de Reforma Constitucional enviado por la presidenta Michelle Bachelet al Senado pocos días antes del término de su mandato, en el que proponía aprobar una nueva Constitución Política.

El proyecto, en materia de derechos sociales, mantiene los existentes: protección a la salud, educación y seguridad social (art. 19 n.ºs 13, 14 y 25), aunque confiere mayor protagonismo al Estado para su satisfacción³¹, y añade algún otro, como “el derecho a vivir en una vivienda dotada de las condiciones materiales y del acceso a los servicios básicos” (art. 19 n.º 12).

Mas, la novedad mayor en materia de derechos sociales en el Proyecto Bachelet, es la relativa a la tutela de los derechos constitucionales. El nuevo art. 20, sustitutivo del actual, en lugar de la acción o recurso de protección limitado, como es sabido, a determinados derechos entre los que no se incluye a los derechos sociales de prestación, crea la que llama acción constitucional de tutela de derechos, extensiva a la totalidad de los enumerados en el nuevo art. 19 y, por consiguiente, a los derechos sociales de prestación como la vivienda, protección de la salud, educación y seguridad social, y altera, también, la competencia de los tribunales sobre la materia.

Desaparece, al respecto, la actual competencia de las Cortes de Apelaciones en primera instancia y de la Corte Suprema en segunda, otorgándose, en su lugar, a los tribunales ordinarios de primera instancia y al Tribunal Constitucional en segunda. Es este un sistema similar al existente en Colombia y que, de implantarse, transformaría por completo la fisonomía en Chile del Tribunal Constitucional, el que se convertiría en un tribunal de tutela de derechos constitucionales.

De prosperar el Proyecto Bachelet, la tutela de los derechos sociales en Chile sería semejante a la solución existente en Bolivia. En ella, de acuerdo con la Constitución vigente, los derechos de prestación son directamente aplicables.

En efecto, la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, incluye en su texto un amplísimo listado de derechos humanos (arts. 13-107) de todo tipo: civiles y políticos; sociales y colectivos, regulados,

³¹ Aparece en el art. 2 la declaración que señala: “La República de Chile es un Estado de Derecho democrático y social”, mientras que en el n.º 13 (derecho a la protección de la salud), el Estado debe “garantizar el funcionamiento y la calidad de un sistema público de salud”, en el n.º 14 (derecho a la educación), se especifica que el Estado debe disponer de los establecimientos educacionales necesarios para satisfacerlo, y en el n.º 18 (derecho a la seguridad social), se establece: “el Estado garantiza el acceso de todas las personas al goce de prestaciones necesarias para llevar una vida digna en el caso de jubilación, retiro o pérdida de trabajo, sean aquellas provistas por instituciones públicas o privadas”.

algunos, muy minuciosamente, que es lo que ocurre con el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo y el derecho a la educación. Y en cuanto a su fuerza normativa, conforme al art. 109, todos aquellos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y protegidos por iguales garantías, lo que ha favorecido la judicialización de los derechos sociales en la actuación de la Corte Constitucional Plurinacional de Bolivia.

*V.- Doctrina respecto a la fuerza normativa
de las disposiciones constitucionales
sobre derechos sociales de prestación*

La inclusión en una Constitución, como ocurrió en el constitucionalismo posterior a la Primera Guerra Mundial, de disposiciones sobre prestaciones o beneficios sociales, no podía dejar de plantear el problema de la fuerza vinculante de tales disposiciones que eran en su época toda una novedad.

Uno de esos textos es la Constitución alemana de 1919, la llamada Constitución de Weimar, por la ciudad en que se reunió la asamblea constituyente que la aprobó. Esa Constitución, que tuvo una gran resonancia en el constitucionalismo de entreguerras, si bien se ocupa con abundancia –y esta una de sus notas características, de materias sociales y económicas–, casi siempre lo hace desde la perspectiva de las tareas o cometidos que al Estado o sus organismos se le asignan y no enunciando propiamente derechos de prestación a favor de las personas. No es, entonces, un texto típico en materia de derechos económicos, sociales y culturales, los llamados muchas veces derechos de segunda generación, pero sí pionero en lo que puede llamarse el constitucionalismo social.

Un examen general sobre el libro II de la Constitución *Derechos y deberes fundamentales de los alemanes*, lo demuestra. Es un libro extenso, con más de cincuenta artículos distribuidos en cinco capítulos, de los cuales tres –vida social, educación y vida económica– representaban toda una novedad en el que era contenido habitual de las Constituciones decimonónicas, y que, en el momento de su aparición no pudo, sino llamar fuertemente la atención.

En esos capítulos, sin embargo, apenas si se encuentra enunciado como derecho una aspiración social o económica. Tal ocurre, de modo excepcional, en el art. 163,2, al decir:

“todos los alemanes tendrán la oportunidad de ganar su sustento mediante un trabajo productivo. En tanto no sea posible ofrecerle un trabajo apro-

piado, se deberá atender a su indispensable sustento. Una ley del Reich regulará los pormenores”³².

Otra disposición en la Constitución de Weimar que utiliza el término ‘derecho’ para referirse a la obtención de un beneficio es el art. 119 referido al matrimonio y a la familia, en cuyo inciso segundo se dice: “las familias de prole numerosa tienen derecho a ser auxiliadas para aliviar sus cargas”. El mismo Ottmar Bühler comenta que “las disposiciones de este artículo no constituyen derecho directamente aplicable, sino solo principios normativos para el legislador”³³.

Y, por último, al referirse el art. 161 de la Constitución a los diversos beneficios de la seguridad social, no utilizó el término ‘derecho’, sino que encomendó al Estado su satisfacción.

“Para atender –dijo– a la preservación de la salud y la capacidad para el trabajo, a la protección de la maternidad y la previsión contra las consecuencias económicas de la vejez, la enfermedad y los azares de la vida, el Reich creará un amplio sistema de seguros con la colaboración directa de los asegurados”.

La disposición citada no supuso una novedad para Alemania. Desde la época de Otto von Bismarck, en la segunda mitad del siglo XIX, existía una legislación sobre la materia y se había desarrollado la seguridad social al margen de toda base constitucional. El caso alemán es, entonces, uno de los ejemplos más elocuentes de cómo puede existir una política social sin necesidad de haberse apoyado en un derecho social de prestación reconocido previamente.

Lo que se ha expuesto no significa que se menosprecie la novedad e importancia que tuvo la Constitución de Weimar en materias económicas y sociales, pues de ella surgieron tendencias que tendrían gran arraigo en el constitucionalismo del siglo XX, aunque en su formulación no se recurra a la técnica del reconocimiento de nuevos derechos³⁴.

³² En uno de los primeros comentarios a la Constitución de Weimar, Ottmar Bühler señalaría que la disposición citada obligaba al Estado a proporcionar trabajo, y si no podía hacerlo, había de apoyar al necesitado, lo que se había convertido en uno de los problemas más graves de la Hacienda alemana. El trabajo de Ottmar Bühler lleva por título “Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático de sus preceptos”, p. 327.

³³ Constantino MORTATI, Walter JELLINEK y Ottmar BÜHLER, *La Constitución de Weimar. La Constitución de 11 de agosto de 1919*, p. 283.

³⁴ Así, en materia de propiedad, el art. 153 formuló un principio que se recuerda a menudo para enunciar su función social: “La propiedad impone obligaciones. Su uso debe constituir al mismo tiempo un servicio para el interés común”. Y en materia de intervención estatal en la vida económica, el art. 156,1 permite tanto la socialización de

Al incluirse en una Constitución, como ocurrió con la alemana de Weimar de 1919, disposiciones que para su satisfacción requerían de prestaciones efectivas, fue natural que se discutiera la fuerza vinculante de las mismas.

La doctrina alemana de la época de Weimar discutiría la materia y, aunque no de forma unánime, prevalecería la posición que veía en los derechos sociales principios políticos no vinculantes.

La consideración de las normas constitucionales sobre prestaciones sociales, como principios que no pueden invocarse directamente ante los tribunales es, después de la Segunda Guerra Mundial, una posición que han mantenido países de particular relevancia en materias sociales.

Uno de ellos es Francia. La Constitución de la V República de 1958 no contiene en su texto, como ya se ha señalado en este trabajo, un listado de derechos, sino que, conforme a su Preámbulo, ha de acudirse en esta materia a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y al Preámbulo de la Constitución de 1946. Este último texto, que es el que interesa en materia de derechos sociales, forma parte del llamado bloque de constitucionalidad que el Consejo Constitucional utiliza como parámetro para examinar la constitucionalidad de las leyes, por lo que no carece de fuerza normativa, ya que debe ser respetado por el legislador.

Ahora bien, conforme señala Marc Guillaume en su estudio de la jurisprudencia del Consejo Constitucional, “en el campo social,, más que en las otras materias, el Consejo Constitucional reconoce un amplio margen de apreciación al legislador”, y así:

“en materia de protección de los derechos sociales, el Consejo se conforma frecuentemente con verificar que la ley que le es sometida a control no sea ‘manifiestamente inapropiada al objetivo perseguido’”

y si se trata de derechos de prestación invocables contra el Estado, el Consejo ha dicho: “pertenece al legislador, para satisfacer esta exigencia, la posibilidad de escoger las modalidades concretas que le parecen apropiadas”³⁵.

En Suiza, la Constitución Federal de 1999 asegura únicamente la satisfacción de tres derechos sociales de prestación: el derecho a condiciones mínimas de existencia (art. 12), el derecho a educación básica o primaria (art. 19) y el derecho a asistencia jurídica gratuita (art. 29.3). Estos tal como ocurre con los otros derechos que la Constitución incluye dentro

empresas como la participación del Reich, los *Länder* y los municipios en la administración de empresas. Es una disposición que refleja la fuerte influencia de la Social Democracia Alemana en la génesis de la Constitución de 1919.

³⁵ GUILLAUME, *op. cit.*, pp. 169-170.

de los fundamentales, son directamente aplicables y pueden ser invocados por sus titulares en instancias administrativas y judiciales.

Sin perjuicio de lo anterior, y como se indicó en su momento, existe otra disposición, el art. 41, que enumera como fines sociales –entre otros– la seguridad social, el cuidado de la salud y la obtención de una vivienda, cuya satisfacción, con carácter subsidiario, esto es, *complementando la responsabilidad individual y la iniciativa privada*, se entrega a la Confederación y a los cantones, sin que “ningún derecho subjetivo a obtener prestaciones del Estado puede deducirse directamente de las finalidades sociales” (art. 41.4). No se trata, pues, de pretensiones justiciables y su satisfacción queda entregada a la política social aprobada mediante la legislación que se dicte, sea por la Confederación o los cantones. El Tribunal Federal, a su vez, se ha ajustado en sus sentencias al criterio constitucional que no reconoce la justiciabilidad de los objetivos o fines sociales³⁶.

En la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la cual, aunque no se llamara a sí misma Constitución sería, a todos los efectos, la Constitución de la República Federal de Alemania y lo es hoy de la Alemania unificada; no se incluyeron dentro del listado de derechos fundamentales, los derechos sociales de prestación. Faltó así, por completo, la base que ha permitido en algunos países el otorgamiento, por parte de los tribunales, de bienes o acciones benéficas con el solo mérito de las normas constitucionales y al margen de la legislación que pudiere existir.

La omisión de los derechos sociales en un texto constitucional que tuvo especial cuidado en el respeto y eficacia de los derechos fundamentales, no fue casual sino deliberada. La explica el autor de una de las más conocidas obras de derecho constitucional alemán:

“Considerados en conjunto, los derechos fundamentales de la Ley Fundamental se circunscriben básicamente a los clásicos derechos humanos y civiles. Los constituyentes de 1949 evitaron conscientemente incluir regulaciones de la vida económica, social y cultural que trascendieran tales derechos, como se contenían –aunque sólo como programa no vinculante para el legislador, según la interpretación dominante– en la Constitución del Reich de 1919”³⁷.

El modelo adoptado en Alemania no se contradice con su configuración como un Estado social y democrático de derecho. En una de las monografías más completas y ponderadas sobre el Estado social y los derechos sociales, su autora se refiere al modelo alemán:

³⁶ Sobre el particular puede consultarse Michel HOTTELIER, “La Constitution fédérale suisse et les droits sociaux”, pp. 9-29, y también Remedio SÁNCHEZ FERRIZ, y María Vicenta GARCÍA SORIANO, *Suiza. Sistema político y Constitución*, pp. 53-55.

³⁷ Conrado HESSE, “Significado de los derechos fundamentales”, p. 87.

“Nadie puede negar que Alemania es un Estado social y democrático de Derecho. Es más, su potencial económico le sitúa a la cabeza de la mayoría de los países en la consecución de objetivos de tipo socio-económico, y responde a los parámetros típicos de un Estado de bienestar. Sin embargo, no aparecen en la Ley Fundamental de Bonn derechos sociales formulados como en la Constitución italiana, la portuguesa o la española, sino, todo lo más, ciertas determinaciones de fines del Estado con un contenido social”³⁸.

Contrasta lo dicho hasta el momento respecto a la falta de aplicación directa y la no justiciabilidad de los derechos sociales, con la tendencia, muy fuerte en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, de considerar derecho directamente aplicable por los tribunales las normas constitucionales relativas a los llamados derechos fundamentales, dentro de los cuales se incluye a los derechos de libertad y en algunos países también derechos de garantía como la igualdad ante la ley, aunque excluyendo casi en su totalidad a los derechos sociales de prestación.

Conviene examinar algunos ejemplos relevantes en la materia:

El primero es el de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 1949. En su art. 1.3, proclama:

“los derechos fundamentales que a continuación se proclaman vinculan a los poderes legislativo y ejecutivo y a los tribunales de justicia, como derecho directamente aplicable”,

pero, entre tales derechos, que son los enumerados en los artículos 2 a 17, no incluye a los derechos sociales de prestación, de modo que la cláusula del Estado social (arts. 20,1 y 28,1) se lleva a la práctica por medio de las políticas públicas que la legislación, sea la legislación federal o de los *Länder* apruebe dentro de la competencia que la Ley Fundamental cuidadosamente distribuye³⁹.

Similar es el caso de la Constitución de España de 1978, texto en el que la Ley Fundamental de Alemania tuvo notoria influencia. De acuerdo con el art. 53.1: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo (Derechos y libertades) del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”, tutelándose en última instancia los más importantes de ellos por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53, 2).

³⁸ Beatriz GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, p. 118.

³⁹ HESSE, *op. cit.*, capítulo III “Significado de los derechos fundamentales”, examina la materia.

En cambio, los derechos sociales se enuncian en el capítulo tercero “De los principios rectores de la política social y económica” del mismo título I, pero –según lo señala el art. 53,3–,

“el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

La doctrina española, aunque a veces lamenta la falta de aplicación directa de los derechos sociales por los tribunales, reconoce que ella se desprende de la misma Constitución.

Así, al analizar Eduardo García de Enterría el significado del art. 53.3 de la CE, acota:

“Lo que, con toda claridad, pero con escasa fortuna, intenta decir el artículo es que al formular tales principios la Constitución no ha pretendido configurar verdaderos derechos fundamentales, sino principios propiamente dichos que han de orientar la acción del Estado como fines determinados de su misión; nada más. Cuando dice que esos principios se invocarán ante los Tribunales de acuerdo con las Leyes que los desarrollen, no quiere decir, aunque lo parezca, que el legislador sea absolutamente libre para interpretar y hacer aplicación a su arbitrio de tales principios; una declaración tan grave debería haber figurado para ser efectiva como un límite a la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes de desarrollo de tales principios”⁴⁰.

Asimismo, Blanco Valdés, y las citas en el mismo sentido podrían multiplicarse, reconoce que las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales no los configuran como verdaderos derechos. Refiriéndose a los principios rectores de la política social y económica, señala:

“pese a su inclusión sistemática en el Título regulador de los derechos y deberes fundamentales, tales principios no tienen verdadera naturaleza de derechos, pues no están amparados, en lo que se refiere a su eficacia, por el mismo sistema garantizador que la Constitución ha venido a estable-

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pp. 69-70. En un sentido similar Lucas MURILLO DE LA CUEVA, “El amparo judicial de los derechos fundamentales”, pp. 117-118, que consideraba la solución adoptada en la Constitución de 1978: “como una opción realista del constituyente que, consciente de que el mero reconocimiento de un derecho, por ejemplo, a la vivienda digna, no iba a construir las casas que no existen, prefirió no engañar ni engañarse, con declaraciones hermosas pero ineficaces. En su lugar –acota– prefirió asegurar lo que es posible ahora y encomendar a los gobernantes la adopción de políticas que creen las condiciones materiales que permitirá transformar los principios de hoy en derechos de mañana”.

cer para los distintos derechos y libertades de ese Título [...] concebidos como auténticos derechos y no simples principios”⁴¹.

Un estudio reciente sobre la aplicación y eficacia de los derechos sociales confirma la doctrina anterior, aunque formula algunas matizaciones. Se trata del análisis a la situación en España de los derechos sociales elaborado por Ángel Gómez Montoro, Asunción de la Iglesia y Fernando Simón Yarza⁴².

Los autores recuerdan que los principios rectores de la política social y económica:

“no otorgan directamente derechos subjetivos a los ciudadanos sino después de su desarrollo legal. No son, pues, derechos directamente invocables”.

Sin embargo,

“desempeñan una triple eficacia frente a los distintos poderes públicos: en primer lugar, frente al *Poder Legislativo*, como mandatos que ha de desarrollar y como títulos de intervención o habilitaciones expresas para limitar otros derechos; frente al *Poder Ejecutivo (Gobierno y Administración)*, como guías de actuación en los distintos ámbitos de su actividad discrecional, libres de vinculación estricta a la ley; y frente al *Poder Judicial*, como criterios interpretativos de toda la legislación positiva”⁴³.

Ahora bien, y este es un punto de particular interés en la justiciabilidad de los derechos sociales, los autores, conforme a las diversas categorías de derechos humanos que contiene la Constitución española y a las fórmulas que utiliza su texto al referirse a los mismos, distinguen entre un primer grado de *justiciabilidad subjetiva reforzada*, entre los cuales se encuentra el derecho a la educación, que puede ser invocado ante el Tribunal Constitucional en un recurso de amparo; un segundo grado de *justiciabilidad subjetiva plena*, en el que están la libertad de trabajo y el derecho de libre sindicación y huelga,

“alegables por los ciudadanos frente a todos los poderes públicos, [pero que] no pueden ser invocados en un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”;

⁴¹ Blanco VALDÉS, “La democracia en Europa: (Acerca de los principios fundamentales del constitucionalismo europeo)”, p. 67.

⁴² Ángel J. GÓMEZ MONTORO, ASUNCIÓN DE LA IGLESIA y FERNANDO SIMÓN YARZA, “La situación en España”.

⁴³ *Op. cit.*, p. 2. Los autores resaltan en su texto las palabras que se han puesto en cursiva.

en un tercer grado de justiciabilidad, que llaman *justiciabilidad objetiva plena*, incluyen:

“aquellos principios rectores de la política social y económica que se configuran con precisión y claridad suficiente para ser utilizados como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes”,

tales como el mandato perentorio exigido al legislador para mantener un régimen público de seguridad social y, por último, un cuarto grado de justiciabilidad, el de *justiciabilidad atenuada o mínima*, en el que habría que incluir “aquellos principios rectores que, debido a la vaguedad de su formulación, apenas pueden servir como parámetro de control del legislador”. Sería el caso del derecho a la salud, del acceso a la cultura y del derecho a una vivienda digna⁴⁴.

En América Latina, la Constitución de Colombia de 1991, en su título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, tomó como base la clasificación de los derechos en derechos fundamentales; derechos sociales, económicos y culturales, y derechos colectivos y del ambiente, siendo únicamente los primeros *de aplicación inmediata* (art. 85), y gozando sus titulares conforme al art. 86 de la acción de tutela para reclamar:

“la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

Esta acción es conocida en segunda instancia por la Corte Constitucional.

La consideración de los derechos sociales de prestación como aquellos que no son de aplicación inmediata y, por consiguiente, no susceptibles de ser protegidos mediante la acción de protección especial y expedita que la respectiva Constitución contempla, que es en Colombia la acción de tutela, ha sido, sin embargo, alterada por la Corte Constitucional que en su jurisprudencia extendería progresivamente dicha acción a los derechos sociales, económicos y culturales.

En sus primeras sentencias sobre la materia, la Corte, atendido el carácter prestacional de tales derechos, consideraba que su materialización requería la actividad legislativa y ejecutiva, y que los mismos no era permitido invocarlos y ampararlos mediante la acción de tutela⁴⁵.

Luego, sin embargo, cambió la jurisprudencia y utilizando diversos criterios que ella misma creó, extendió la acción de tutela para conocer y

⁴⁴ GÓMEZ, DE LA IGLESIA y SIMÓN, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁵ La sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2007), rol n.º T-016-7, recordó que los derechos sociales, económicos y culturales, “como derechos de orden prestacional, requerían una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento”.

otorgar prestaciones fundamentadas en las normas constitucionales sobre derechos sociales.

Un primer criterio fue el llamado de “conexidad”, pero posteriormente, en casos en que el mismo no resultaba aplicable, la Corte ha utilizado otros criterios, entre los que cabe recordar el que algunas sentencias llaman de la “transmutación”, y por último, la jurisprudencia ha estimado que los derechos económicos, sociales y culturales tienen también carácter de “derecho fundamental”⁴⁶.

Así, en una de las numerosas sentencias de la Corte Constitucional que utilizan la tesis de la CONEXIDAD, dicha entidad admitió:

“que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados directamente por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y el derecho fundamental a la vida u otro derecho fundamental”⁴⁷.

En cuanto a la TRANSMUTACIÓN, una sentencia de 2008 relativa al derecho a una vivienda digna precisa sus contornos:

“Así, respecto de aquellas prestaciones que han sido reconocidas positivamente, por vía legal o reglamentaria, a favor de los individuos, de forma tal que pueden ser definidos como derechos subjetivos, es admitido el carácter fundamental de la vivienda digna, con fundamento en el criterio de la transmutación”⁴⁸.

Asimismo, y como señala otra línea de sentencias, la Corte ha admitido también el CARÁCTER FUNDAMENTAL de los derechos catalogados como sociales, económicos y culturales. Una sentencia de 1993 lo explicaba:

“Es por tanto necesario manifestar [...] que además de los derechos contemplados en el Capítulo de la Constitución, relativo a los Derechos Fundamentales, existen otros que no estando incluidos allí, ostentan tal carácter de fundamentales, tales como el derecho a la educación (art. 67), a la seguridad social (art. 48) y a la salud (art. 49)”⁴⁹.

⁴⁶ Véase Nilson PINILLA PINILLA, “La revolución en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, pp. 181-183.

⁴⁷ Sentencia CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2007), rol n.º T-016-07. Consideraciones y fundamentos, n. 8. Se trata de una tutela al derecho a la salud.

⁴⁸ Sentencia CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2008), rol n.º T-585-08. Consideraciones y fundamentos, n 2.1.

⁴⁹ Para la Corte, “el carácter de fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un textos constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2008), rol n.º T-116-93.

Ahora bien, el carácter de fundamental de un derecho social no le es inherente, sino condicionado a las circunstancias de cada caso. La Corte lo afirmó de modo explícito:

“Según la doctrina constitucional, la fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales”⁵⁰.

Siempre según la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia, de los derechos fundamentales se deriva una doble obligación para el Estado:

“En pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional”⁵¹.

Conviene señalar, para apreciar el alcance de la tutela que la Corte Constitucional otorga a los derechos sociales de prestación, cómo la propia Corte, en su decisión, especifica las acciones a realizar por las instituciones involucradas en el caso. Así, en la sentencia T-116, de 1993, ordena a la Caja Nacional de Previsión Social que en el plazo de treinta días provea el financiamiento para realizar la intervención quirúrgica solicitada, y a la Clínica Montería, para que la lleve a cabo.

La Constitución chilena de 1980, aunque no clasifica como España y Colombia en distintas categorías los derechos humanos reconocidos en la Constitución, no extiende la acción o recurso de protección del art. 20 a los derechos sociales de prestación. Sin embargo, de modo indirecto se les ha otorgado tutela aceptando que la vulneración de otro derecho, generalmente el de propiedad, impide el otorgamiento de la prestación

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2008), rol n.º T-116-93. Consideraciones de la Corte Constitucional, n 1 y 2.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2008), rol n.º T-160-11. Se trataba de un caso relativo a la salud y la Corte acogió la acción de tutela ordenando la prestación solicitada.

a que está obligada la institución que ha contratado con el titular del derecho conforme a la legislación vigente⁵².

Ahora bien, en la sentencia de 6 de noviembre de 2018 de la Tercera Sala de la Corte Suprema ya referida al comienzo de este estudio, la jurisprudencia va más allá. En ella, el tribunal prescinde de la legislación aplicable que era la Ley n.º 20850, o Ley Ricarte Soto, que se ocupa de dar protección financiera para el diagnóstico y tratamientos de alto costo, y aplica directamente la garantía constitucional sobre derecho a la vida para admitir la acción de protección interpuesta. De esta forma, queda entregada a la discrecionalidad judicial la determinación del tipo de prestación a otorgarse y de su monto.

En Argentina, en cambio, como el texto constitucional no establece categorías de derechos, la jurisprudencia, apoyada por la doctrina, ha dado operatividad directa a las normas sobre derechos económicos, sociales y culturales.

El documento de trabajo de Alfonso Santiago y Martín Oyhanarte ya citado, se refiere a la amplia justiciabilidad de los derechos constitucionales.

Dicen los autores:

“En la Argentina, desde un punto de vista dogmático, los derechos sociales son derechos de jerarquía constitucional como cualquier otro, y la tutela frente a su violación puede ser amparada jurisdiccionalmente por un recurso sencillo y rápido denominado ‘amparo’ (o ‘habeas corpus’, si es que el derecho violado involucra la libertad física), según lo prescriben el art. 43 Constitución Nacional, y en sentido coincidente art. 25 y 29 CADH. Es decir, los Derechos sociales deben ser tutelados judicialmente de manera inmediata y efectiva aun cuando la legislación procesal nacional o provincial no previese una forma específica de tutela”⁵³.

Como es natural, en un país, cual es el caso de Bolivia, que explícitamente reconoce el carácter sin rodeos, aplicable de los derechos sociales por los tribunales, ello proporciona la oportunidad para su judicialización. Simón Yarza en un estudio de derecho constitucional comparado recuerda, entre otras sentencias, una sobre el derecho a un subsidio de lactancia y otra respecto al derecho al agua⁵⁴.

⁵² Es la situación, ampliamente conocida no ya de las decenas de miles, sino de centenares de miles de recursos de protección interpuestos y acogidos contra las Isapres cuando alcanzan el precio base de los contratos de salud que tienen con sus afiliados y beneficiarios.

⁵³ SANTIAGO y OYHANARTE, *op. cit.*, p. 7. En el documento de trabajo, mencionan numerosas materias de interés relacionados con el derecho a la salud, al trabajo, a la vivienda y a la seguridad social.

⁵⁴ Fernando SIMÓN YARZA, “Individual Rights”.

VI. La ley como vía para dar eficacia a los derechos sociales de prestación

La exposición del principio de legalidad, cuya importancia para el derecho público es por todos aceptada, se centra habitualmente en sus aplicaciones más conocidas como son la legalidad de los delitos y de las penas, la legalidad de los tributos y de los procedimientos judiciales. Suele, también, ponerse de relieve el valor que tiene la legalidad administrativa y la del gasto público. Pero rara vez se habla de la legalidad en materia de derechos sociales.

No obstante este desinterés, el principio de legalidad tiene una gran importancia en el desarrollo y en la efectividad de los derechos sociales. La operatividad de estos, es decir, el efectivo goce de las prestaciones a ellos inherentes, exige –previamente– que se configuren las obligaciones de dar o hacer respectivas en todos sus elementos: sujeto obligado, cuantía y modalidad de las obligaciones y, además, forma de pago y cumplimiento forzado si la institución o sujeto obligado las incumple. Y todo ello no es posible si no se dicta la legislación de desarrollo prevista en la Constitución para cada uno de los derechos sociales, pues estos no tienen eficacia directa como sucede con los derechos de libertad.

José Martínez Estay lo ha puesto de manifiesto en su estudio sobre la jurisprudencia en España, y su punto de vista es válido para un país como Chile en que las normas constitucionales sobre derechos sociales no son aplicables de plano por los tribunales. Recuerda, primero, cómo los derechos sociales en su formulación constitucional carecen de un contenido cierto, y acota:

“ello es lógico ya que, como se ha advertido, gran parte de estos derechos suponen prestaciones, cuya determinación corresponde al legislador de acuerdo con los recursos disponibles. De ahí que los jueces puedan hacer poco o nada respecto de un derecho social no desarrollado por el legislador. La pura enunciación constitucional no hace posible su protección jurisdiccional”⁵⁵.

Esta imposibilidad es la que el activismo judicial busca eludir.

El principio de legalidad en materia de derechos sociales, si se aplica de modo coherente, excluye, por una parte, la discrecionalidad del gobierno

⁵⁵ José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Acerca de las diferencias entre los derechos y libertades clásicos y los derechos sociales”, p. 129. Cabe matizar respecto a la imposibilidad judicial de dar protección a los derechos sociales, puesto que entre ellos se encuentran derechos de libertad como el de sindicación o la libertad de trabajo.

y de la administración⁵⁶ para otorgar a su arbitrio prestaciones sociales y, por otra, niega competencia a los tribunales para hacerlo al margen de la legislación existente y que les es obligatorio aplicar. En otros términos, es una materia de políticas públicas cuyo establecimiento corresponde a los órganos colegisladores, la aprobación de la legislación de desarrollo en materias tales como: el derecho a la protección de la salud, a la educación, a la seguridad social, a la vivienda o cualesquiera otro de esos derechos sociales específicos –derechos de minusválidos, de personas de la tercera edad– que algunas constituciones incluyen en su articulado⁵⁷.

El principio de supremacía constitucional exige, naturalmente, que la legislación que se dicte respete el marco que la Constitución le fija. De ahí que se prohíba la existencia de leyes penales retroactivas salvo que sean favorables a los infractores o se prescriba que la leyes tributarias deben repartir los tributos de modo igualitario y no imponer tributos de evidente desproporción o injustos. También la legislación de desarrollo de los derechos sociales tiene exigencias y límites impuestos por la Constitución, y es lo que ocurre en los diversos países de acuerdo con los principios que inspiran su reconocimiento constitucional.

El marco de la legislación complementaria sobre derechos sociales depende, como es obvio, de lo que la Constitución de cada país prescriba para cada derecho de prestación. Pueden variar los responsables de su satisfacción, aunque el Estado y sus instituciones tengan siempre un papel relevante; también habrá diferencias en el ámbito protegido de cada derecho y en las condiciones en que han de proporcionarse los bienes o realizarse las acciones previstas para la satisfacción del derecho⁵⁸.

Resulta, de esta forma, que la legislación sobre derechos sociales no es de libre configuración por el legislador. A diferencia de lo que ocurriera en el constitucionalismo posterior a la Primera Guerra Mundial en que se estimaba que las normas constitucionales sobre la materia eran meras

⁵⁶ Es lo que hacen los gobiernos populistas. Es lo que en su momento hizo Eva Perón en Argentina.

⁵⁷ No basta, como es evidente, la existencia de una legislación adecuada para la satisfacción de los derechos sociales de prestación, de la cual hayan surgido propiamente obligaciones, sino que es necesarios que estas se cumplan por los obligados. En su aplicación, no puede evitarse el seguimiento de conflictos que habrán de ser resueltos por los tribunales que sean competentes según la materia.

⁵⁸ Así en Chile, a la fecha, está garantizada constitucionalmente la gratuidad de la enseñanza en la educación parvularia, básica y media, pero no en la educación superior; para la satisfacción del derecho a la protección de la salud como para el derecho a la seguridad social, se contempla la participación de instituciones públicas o privadas; asimismo en materia de salud, la ley debe garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, y respecto a la seguridad social, el Estado debe garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes.

directrices o principios políticos no vinculantes, el constitucionalismo contemporáneo que se fundamenta en la obligatoriedad de las disposiciones constitucionales, impone su respeto al legislador.

De ahí que las normas constitucionales sobre derechos sociales de prestación sean de obligado cumplimiento por los poderes públicos. No importa, en este punto, que los derechos sociales aparezcan enunciados como principios, cual es el caso de la Constitución francesa de 1958 al remitirse al Preámbulo de la Constitución de 1946 que se considera integrante del bloque de constitucionalidad o, también, de la Constitución española de 1978 que, incluyéndolos dentro de su articulado los considera principio rectores de la política social y económica o, bien, se les mencione como derechos, situación esta en la que se encuentran, entre otras muchas, las constituciones de Argentina, Colombia y Chile. Se está lejos del tiempo en que a las normas sobre derechos sociales se les consideraba meros principios políticos orientativos de la acción estatal, y de ahí que, en la actualidad, su infracción o desconocimiento representa una conducta contraria a la Constitución.

Corolario de lo anterior en un Estado Constitucional de Derecho es la necesidad de verificar el cumplimiento de la legislación que se dicte, máxime de la que tiene el carácter de complementaria de las normas constitucionales. Tal es la tarea de los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes, sea que exista un control de constitucionalidad concentrado o difuso, que el control sea preventivo o reparatorio, abstracto en el que se aprecie solo la conformidad de las normas legales a las constitucionales, o concreto en que se tenga presente los efectos que la aplicación de los preceptos de ley produzcan en cada caso particular.

Ejemplo destacado de control de constitucionalidad de una ley de desarrollo de derechos sociales es el que operó en Chile respecto al art. 38 ter de la Ley de Isapres, ya referido en el apartado III de este estudio. En esa ocasión, como se recordará, el Tribunal Constitucional, que ya había declarado anteriormente en cuatro oportunidades la inaplicabilidad del mencionado precepto⁵⁹, declaró ahora en sentencia recaída en el rol 1.710 su inconstitucionalidad, fundándola en la infracción de dos derechos sociales: el de protección de la salud y el de la seguridad social, y en la vulneración de la garantía de igualdad ante la ley.

⁵⁹ Esas sentencias eran TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), rol N° 976, caso Peña Wasaff; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009), rol n.° 1.218, caso Osorio Sagredo; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009), rol n.° 1.287, caso Fernández Bitterlich y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol n.° 1.273, caso *Valenzuela Márquez*. En todas esas sentencias, el Tribunal Constitucional había estimado vulnerado el derecho a la protección de la salud; en dos de ellas, el derecho a la seguridad social, y solo en una, la igualdad ante la ley.

La utilización de estos preceptos constitucionales que reconocen y regulan derechos sociales de prestación no tiene nada de objetable en la sentencia rol 1.710 del Tribunal Constitucional. En ella, el Tribunal, al declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal que sería, a consecuencia de su sentencia, eliminada del ordenamiento jurídico, actúa, como dijera en su momento Kelsen, cual legislador negativo. Pero, el Tribunal no reemplaza el precepto legal declarado contrario a la Constitución, pues no es un legislador supletorio ni siquiera de modo provisional mientras se dicte una ley de reemplazo por los órganos colegisladores, reemplazo que, por lo demás, no ha ocurrido.

Diversa es, en cambio, la utilización directa de normas constitucionales por los tribunales cuando conocen y fallan las acciones en que se solicita una prestación destinada a satisfacer un derecho constitucional, prescindiendo, si acaso existe, de una ley, o actuando en ausencia de ella. Aquí, la Constitución es utilizada como fuente de prestaciones, o más exactamente, como fundamento jurídico de las prestaciones que ordenan los tribunales.

Es lo que ha ocurrido en países como Bolivia, que contempla de modo expreso para todo derecho, la aplicación directa por los tribunales; Argentina, que al no distinguir en la Constitución qué derechos son justiciables, ha llevado a la jurisprudencia a dar operatividad directa a las normas constitucionales sobre derechos económicos, sociales y culturales; Colombia, en el cual su Corte Constitucional, por diversas vías –tesis de la conexidad, de la transmutación o de la adquisición del carácter fundamental de un derecho económico, social o cultural– les ha dado protección a través de la acción de tutela que el texto constitucional les negaba, y también se puede ahora, añadir Chile, cuya Corte Suprema ha comenzado a ordenar prestaciones no contempladas en la legislación de desarrollo de los derechos sociales.

Concurre una doble razón para afirmar el respeto del principio de legalidad en materia de derechos sociales. Por una parte, una razón de seguridad jurídica, que se consigue si la existencia, cuantía y modalidades de las obligaciones de dar o de hacer que tienen en la ley su fuente, pueden ser conocidas con certeza por los órganos estatales o instituciones privadas llamadas a cumplirlas. En cambio, si los tribunales, al margen de la ley, otorgan prestaciones, se impide a los obligados a satisfacerlas, pues ello dependerá de las decisiones que adopten los tribunales de acuerdo con los criterios más o menos discrecionales y fluctuantes que sigan.

La otra razón por la cual ha de rechazarse el activismo judicial en materia de prestaciones sociales es su incompatibilidad con un régimen político democrático. Es inherente a este que las políticas públicas sean aprobadas por los órganos que legislan y no por los tribunales a través de sus decisiones.

En términos fuertes ha expresado su rechazo al activismo judicial Manuel Marfán:

“Mi discrepancia es que ‘el-país-que-debiéramos-ser’ no se debe decidir en el Poder Judicial, sino en las instancias que la Constitución estipula: El Ejecutivo y el Legislativo. La esencia misma de la Política (así, con mayúscula) es construir el país que queremos. Y como hay visiones distintas, la Política debe estar sujeta al control democrático. Y termina su columna con una advertencia: Si la CS se sigue metiendo en política, no podrán quejarse si la política se entromete con ellos”⁶⁰.

No parece, sin embargo, que el activismo judicial en materia de derechos sociales vaya a desaparecer. No se está frente a uno que otro fallo aislado, sino ante una serie de sentencias que reiteran una misma posición que lleva a los tribunales a aplicar directamente la Constitución⁶¹. Es una tendencia jurisprudencial que cobra cada día más fuerza en Chile.

VI. Conclusiones

La judicialización de los derechos sociales obedece a diversos factores, entre los cuales se encuentra la imperfección e insuficiencia de la legislación que regula las prestaciones asociadas a los mismos, y también el activismo judicial como ideología. Estos elementos no son examinados en este trabajo.

El otro factor, sobre el cual se centra la atención, es la fuerza normativa de la Constitución en materia de derechos sociales. Estos aparecieron en el constitucionalismo posterior a la Primera Guerra Mundial, pero es después de la Segunda Guerra Mundial que han tenido una recepción mayor, primero en Europa y después en América Latina.

A pesar de que no todos los países incluyen en su texto disposiciones sobre derechos sociales, menos aún se hallan en el texto original de la Constitución de Estados Unidos ni en las enmiendas a ella introducidas. Tampoco la Ley Fundamental de Alemania Federal de 1949, a pesar de la caracterización del Estado como social, los incluye, entregando a la ley, sea federal o de cada *Land*, la satisfacción de las exigencias del Estado social. Y algo similar se observa en la Constitución de Suiza de 1999.

⁶⁰ Manuel MARFÁN, “Medios y fines” (2).

⁶¹ *El Mercurio*, Santiago, 13 de febrero de 2019, C-7, informa que *El Observatorio Judicial* ha analizado trece sentencias dictadas por la Corte Suprema desde 2017 hasta la fecha y que obligan a cubrir diagnósticos no contemplados en la Ley Ricarte Soto. En conjunto, en tales sentencias la Corte Suprema ordenó al Estado costear fármacos por US\$ 9 000 000.

Existen, desde luego, países que enuncian, bien en el Preámbulo de la Constitución, caso de Francia, o en su articulado, como España, derechos sociales. Estos, si bien tienen fuerza normativa como principios constitucionales vinculantes y no como meros principios políticos, cumplen solo la función de parámetros de constitucionalidad para apreciar la conformidad de las leyes a la constitución, pero no pueden ser aplicados directamente por los tribunales, lo que ha sido respetado por estos.

Diversa, en cambio, ha sido la evolución de la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional de Colombia. En este país, la Constitución de 1991 no incluye a los derechos económicos, sociales y culturales entre los que son de aplicación inmediata y protegidos por la acción de tutela, que se reserva a los derechos fundamentales. No obstante, esta exclusión, la Corte, por diversas vías –tesis de la conexidad, de la transmutación y de su caracterización como derechos fundamentales– ha otorgado a los derechos sociales la misma protección.

La judicialización de los derechos sociales se fortalece en países como Argentina, después de la reforma de 1994, momento a partir del cual pasaron a ser de inmediato operativos, y de Bolivia, cuya Constitución de 2009 contiene un amplísimo listado de derechos sociales, todos los cuales son de plano aplicables. Una situación similar es la que presenta el proyecto Bachelet de nueva Constitución para Chile, propuesta esta que ha recibido escasa atención.

A la fecha, sin embargo, y a pesar de que en Chile los derechos sociales de prestación no pueden ser fundamento de una acción de protección, la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema invocando la supremacía normativa de la Constitución que reconoce el derecho a la vida, ha ordenado financiar prestaciones no cubiertas por la Ley Ricarte Soto que financia tratamientos médicos de alto costo. Esta doctrina ha sido, no obstante, fuertemente cuestionada, por considerar que ha entrado a formular una política pública que es de competencia del legislador.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004.
- AGUILAR CARVALLO, Gonzalo (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago, Librotecnia, 2012.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2013.
- ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.

- BÜHLER, Ottmar, "Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático de sus preceptos", en Constantino MORTATI, Walter JELLINEK y Ottmar BÜHLER, *La Constitución de Weimar. La Constitución de 11 de agosto de 1919*, Madrid, Tecnos, 2010.
- COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá del estado*, Madrid, Trotta, 2018.
- GARCÍA, José Francisco y Sergio VERDUGO, *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, Madrid, Ediciones LYD, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J., Asunción DE LA IGLESIA y Fernando SIMÓN YARZA, "La situación en España", en *VIII Jornada del Aula de Derecho Parlamentario. Seminario internacional sobre Derechos sociales: aplicación y eficacia. Una perspectiva comparada España-Latinoamérica*, Pamplona, Universidad de Navarra-Parlamento de Navarra, 2011.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002.
- GUARNIERI, Carlo y Patrizia PEDERZOLI, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid, Taurus, 1999.
- GUILLAUME, Marc, "Los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia del Consejo Constitucional", en Juan Carlos HENAO (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*. Corte Constitucional de Colombia. Universidad del Externado. Bogotá 2013, p. 161-173.
- HESSE, Conrado, "Significado de los derechos fundamentales", en Ernesto BENDA, Werner MAIHOFFER, Juan VOGEL, Conrado HESSE y Wolfgang HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996.
- HOTTELLIER, Michel, "La Constitution fédérale suisse et les droits sociaux", en *Cahiers genevois et romandes de sécurité sociale*, n.º 27, Gêneve, 2001.
- MARFÁN, Manuel, "Medios y fines" (2), en *La Tercera*, Santiago, 1 de marzo de 2019.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, "Acerca de las diferencias entre los derechos y libertades clásicos y los derechos sociales", en *Revista de Derecho*, n.º 4, Coquimbo, 1997.
- MORTATI, Constantino, Walter JELLINEK y Ottmar BÜHLER, *La Constitución de Weimar. La Constitución de 11 de agosto de 1919*, Madrid, Tecnos, 2010.
- MURILLO DE LA CUEVA, Lucas, "El amparo judicial de los derechos fundamentales", en Gerardo RICO RUÍZ (ed.), *La aplicación jurisdiccional de la constitución*, Valencia, Universidad de Jaén-Consejo General del Poder Judicial-Tirant lo Blanch, 1997.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Doctrina y jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile-Librotecnia, 2010.

- PINILLA PINILLA, Nilson, “La revolución en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en Juan Carlos ENAO (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, Universidad de Externado, 2013.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- SANCHEZ FERRIZ, Remedio y María Vicenta GARCÍA SORIANO, *Sistema político y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- SANTIAGO, Alfonso y Martín OYHANARTE, “La situación en Argentina”, en *VIII Jornada del Aula de Derecho Parlamentario. Seminario internacional sobre Derechos sociales: aplicación y eficacia. Una perspectiva comparada España-Latinoamérica*, Pamplona, Universidad de Navarra-Parlamento de Navarra, 2011.
- SIMÓN YARZA, Fernando, “Individual Rights”, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford Constitutional Law, 2017.
- VALDÉS, Blanco, “La democracia en Europa: (Acerca de los principios fundamentales del constitucionalismo europeo)”, en *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, n.º 14, Santiago de Compostela, 2016.
- VALDÉS, Blanco, *El valor de la Constitución. Separación de los poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.
- ZAFRA VALVERDE, José, *El derecho como fuerza social*, 2ª ed., Pamplona, Eunsa, 2001.

NORMAS CITADAS

- Constitución de la Nación Argentina.
- Constitución Política de Colombia.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.
- Ley Fundamental Alemana, 1949.
- Constitución de Francia, 1946.
- Constitución de Weimar, 1919.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

JURISPRUDENCIA CITADA

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2007), T-016-7.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2008), T-585-08.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1993), T-116-93.
- CORTE SUPREMA (2018), rol n.º 17.043-2018, 6 de noviembre de 2018.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol n.º 127, 20 de abril de 2010.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol n.º 1.710, 6 de agosto de 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009), rol n.º 1.218, 7 de julio de 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009), rol n.º 1.287, 8 de septiembre de 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), rol n.º 976, 26 de junio de 2008.

OTRAS FUENTES

“Controversial fallo de la Corte Suprema”, en *La Tercera*, Santiago, 17 de noviembre de 2018.

“Corte Suprema y derecho a la vida”, en *La Tercera*, Santiago, 13 de noviembre, 2018, pp. 4-6

El Mercurio Legal, n.º 20, Santiago, diciembre de 2018, p. 20.

“Judicialización de la salud”, en *El Mercurio*, Santiago, 9 de noviembre de 2018.

“La Corte Suprema y la Justicia del Cadi”, en *El Mercurio*, Santiago, 9 de noviembre de 2018, p. C4.

“Un fallo insostenible en el tiempo”, en *La Tercera*, Santiago, 11 de noviembre de 2018, p. 6.