



Universidad de Valparaíso.

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Escuela de Derecho.

“Cambios en los criterios de exigibilidad de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

Tesina.

Autores: Sebastián Ibáñez Iturriaga.
Iván Boris Rojas Frez.

Profesor Guía: Jaime Bassa Mercado.

Tabla de Contenidos.

<i>Introducción.</i>	05
<i>Capítulo I: Aspectos generales sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.</i>	07
1. Los Derechos económicos, sociales y culturales.	08
1.1 Evolución histórica: origen y evolución.	10
1.2 Naturaleza jurídica.	14
1.3 Conceptos básicos.	19
1.4 Contenido.	20
2. Reconocimiento Internacional: El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	22
2.1 Recepción de los derechos sociales en otros instrumentos internacionales.	23
2.2 Situación en el derecho comparado.	26
2.2.1 Sistema Latinoamericano.	26
2.2.2 Modelos ejemplares: Suecia y Canadá.	27
3. ¿Qué ocurre en nuestro derecho?	28
<i>Capítulo II: Análisis en particular sobre el Derecho a la Salud.</i>	32
1. Situación en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en otros Instrumentos Internacionales.	33
2. ¿Cuál es su contenido?	35
3. Valor jurídico en nuestro ordenamiento.	38
<i>Capítulo III: Tribunal Constitucional: Importancia en la exigibilidad del derecho a la salud.</i>	41
1. Breve referencia al régimen general de garantías en salud.	41

2. Situación Anterior: Inexigibilidad del derecho a la salud ante la Corte Suprema.	42
3. Tribunal Constitucional: ¿Cuáles son los nuevos criterios en torno a la exigibilidad de los derechos sociales?	46
3.1 Autenticidad de los derechos sociales.	46
3.2. Interpretación Sistemática de nuestra Carta Fundamental.	47
3.3 Nuevo enfoque sobre el Principio de Subsidiaridad	48
3.4 Derecho a la salud e igualdad ante la ley.	51
4. Efectos prácticos de la inconstitucionalidad.	52
<i>Conclusiones.</i>	54
<i>Bibliografía.</i>	55
<i>Anexo.</i>	58

Resumen.

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han sido tema de importante discusión para la doctrina a partir del siglo XX. En este trabajo se analizará su evolución histórica, naturaleza jurídica, contenido, pero por sobre todo su exigibilidad ante los Tribunales de Justicia.

Esta clase de derechos son de vital importancia, puesto que se transforman en una importante herramienta jurídica que permite igualar las condiciones materiales de vida de cada uno de los componentes de una sociedad, teniendo como eje central el otorgamiento de prestaciones desde el Estado a sus ciudadanos, sujeta a dos variables: la situación económica de aquél y su consiguiente administración de los recursos de que dispone.

Es en este punto, en donde nos abocaremos al estudio del derecho a la salud, analizando jurisprudencia sobre el particular y determinando si éste derecho es o no exigible ante los respectivos órganos jurisdiccionales teniendo presente que el acceso a la salud está consagrado explícitamente en nuestra Carta Fundamental.

Analizar este derecho nos permitirá dilucidar los criterios que ha tenido el Tribunal Constitucional en cuanto a la exigibilidad de los derechos sociales, para esto será necesario analizar a fondo los fallos que ha emitido este tribunal en relación al denominado Caso Isapres y como este ha influido en un cambio de criterios en cuanto a la exigibilidad de los denominados derechos sociales.

Palabras Claves.

Derechos Sociales. Exigibilidad. Derecho a la Salud. Caso Isapres. Tribunal Constitucional.

Introducción.

El reconocimiento de los denominados derechos sociales (junto con los económicos y culturales), se dio tanto a nivel internacional (Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) como nacional (Constitución Política de la República de Chile). El primero ya ha sido ratificado por alrededor de 100 países y la segunda reconoce derechos sociales tales como la educación, y la protección a la salud entre otros. Por lo tanto, podemos decir que el problema de estos derechos no radica en su reconocimiento, sino que en su exigibilidad, puesto que consisten en prestaciones económicas; y por tanto, el factor económico en la exigibilidad de tales derechos, están presentes en forma permanente en el quehacer jurídico.

Ahora, en todo tipo de derechos si bien su reconocimiento es sumamente importante y constituye un primer paso, este nada sirve si no pueden ser exigibles. Este dilema es sin duda uno de los más importantes dentro de la teoría constitucional; en este sentido *“desde hace décadas. La teoría constitucional tiene entre sus problemas más importantes el tema de eficacia de sus normas. Aunque se trata de una cuestión que afecta en general, a todas las normas constitucionales, el problema se hace más agudo tratándose de los derechos sociales”*¹.

Así, el principal problema de los derechos sociales radica en que *“a pesar de existir amplio reconocimiento de los derechos del hombre en su contenido económico, social y cultural, no existe aun, ni en la doctrina, ni en los textos internacionales, que los recepcionan, una conceptualización acabada de los mismos que permita que jurídicamente estén garantizados como derechos exigibles”*². Situación que se suscita en nuestro país, pues muchos autores estiman que los derechos sociales no son jurídicamente exigibles, porque; por una parte, el legislador no estableció ningún mecanismo procesal de jerarquía constitucional que permita la exigibilidad de estos derechos; y por otra, como la

¹ Carbonell, Miguel. (2008): *“Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: Esbozo de algunos problemas”*, en Revista de Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2, págs. 43-71.

² Mayorga Lorca, Roberto. (1990): *Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Segunda Edición, pág. 21.

satisfacción de tales derechos implicarían la erogación de costos altísimos que se traducen en la utilización de recursos económicos cuantiosos, cuestión que el Estado, al disponer recursos finitos, no puede soportar en el largo plazo y de forma permanente.

En este mismo sentido: *“no es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos económicos, sociales y culturales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador. Aunque se acepte la privilegiada jerarquía normativa de los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos económicos, sociales y culturales son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, como es el caso de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos”*³. De acuerdo a esta visión, estos últimos son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, siendo exigibles jurídicamente

En Chile podemos decir que esta situación no dista mucho de lo anteriormente descrito, esto a pesar de que nuestra Carta Fundamental enumera en su artículo 19 un catálogo amplio de derechos fundamentales (DDFF), incorporado diversas categorías, incluyendo derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sean éstos derechos de libertad y de prestación.

En este marco normativo, es estima que todos los derechos constitucionales tienen el carácter de fundamental, no estableciendo la CPR distinciones jurídicas en torno a la posición y valor jurídico entre los derechos sociales y el resto de los derechos consagrados en su texto, pues, no existen razones constitucionales (expresas o derivadas) que permitan instaurar una distinción en este sentido. Es así, como se concluye que los derechos fundamentales sociales (DFS) se fundan y desarrollan constitucionalmente bajo la lógica

³ Abramovich, Victor- Courtis Christian. (1997). *“Hacia la Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación en los tribunales locales”*. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Editores del Puerto, págs. 280-357.

de un estatuto homogéneo de DDF”⁴. Entonces por qué hacer una diferencia entre los DESC y los derechos civiles y políticos, porque a estos últimos en la gran mayoría de los casos se le considera como exigibles y se crean mecanismos para que así suceda, y en cambio con los derechos sociales esto no ocurre. Además, demostraremos que la erogación de recursos económicos está presente no sólo en la satisfacción de los derechos sociales consistentes en prestaciones, sino que también en el ejercicio y goce de los derechos civiles y políticos, pues el Estado, no sólo debe abstenerse, sino que tiene que gastar recursos, por ejemplo: al garantizar que los ciudadanos ejerzan el derecho a sufragio en elecciones periódicas cada cierto periodo de tiempo, puesto que como cualquier actividad genera costos que deben ser cubiertos.

Ahora bien, para analizar este tema, tenemos presente que uno de los derechos sociales más importantes, es el derecho a la salud, recogido y reconocido tanto a nivel internacional, como nacional, se analizará éste en específico, porque dice relación con los fallos que construirán el eje de nuestro trabajo que dice relación con el denominado Caso Isapres, y otros fallos posteriores en el mismo sentido, dejan entrever expresa y claramente que se puede ver un cambio en los criterios jurídicos de nuestro Tribunal Constitucional, pasando de no reconocer como exigibles los derechos sociales, a considerar su exigibilidad en el mismo sentido que los demás derechos.

Capítulo I: Aspectos Generales sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los textos internacionales hacen distinciones entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos sociales y culturales, por otro. El gran reflejo de esto se ve en que la Organización de Naciones Unidas, ha recogido estos derechos en distintos instrumentos internacionales, a los primeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y a los últimos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

⁴ Jordán, Tomás Pablo. (2007): “*La Posición y el Valor jurídico de los Derechos Sociales en la Constitución chilena*”. Estudios Constitucionales, año 5, N° 2, págs. 185-204.

En este sentido, y teniendo presente que los derechos sociales consisten en prestaciones que otorga el Estado a sus ciudadanos, permitiendo que las condiciones materiales de éstos se igualen a través de políticas públicas y legislativas eficaces e idóneas que permitan al Estado alcanzar su fin primordial que es el bien común de cada ciudadano, lo cual se conecta de forma directa con la figura de “*la dignidad, que es la meta final de los derechos del hombre, logrará cristalizarse únicamente cuando la persona disponga además, y simultáneamente, de los derechos civiles y políticos, que en armonía con los anteriores (económicos sociales y culturales), le posibiliten satisfacer en su conjunto sus necesidades básicas*”⁵. Sólo así a nuestro juicio, se produciría armonía social, pues los derechos sociales constituyen una manera más amplia y completa de concebir a la ciudadanía y generan como consecuencia inmediata la asociación comunitaria que a nuestro juicio alcanzará su desarrollo material, cuando cada persona dentro de una sociedad tenga acceso a lo que la sociedad pueda ofrecerle.

1. **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

De acuerdo al Derecho Constitucional, esta clase de derechos la podemos ubicar dentro de la clasificación de los derechos humanos que atiende a las generaciones⁶. Por un lado encontramos a los Derechos Civiles y Políticos. En primer lugar, los derechos civiles son aquellos que protegen al individuo en su persona y relaciones personales. En este caso, la obligación del Estado consiste en no intervenir arbitrariamente en la vida de las personas. Por ejemplo: el derecho a la vida, el debido proceso, a la propiedad, entre otros.

En segundo término, encontramos los derechos políticos, que son aquellos que protegen la participación de los individuos en la generación y el ejercicio del poder, como por ejemplo: el derecho de sufragio a elegir y ser elegido. Al igual que en los derechos civiles, la obligación del Estado consiste en no impedir dicha participación de los individuos.

⁵ Mayorga Lorca, Roberto (1990). Ob. Cit., pág. 21.

⁶ Nogueira Alcalá, Humberto. (2008): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo III. Los Derechos Sociales Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca, pág. 17.

En ambos casos, tanto los derechos civiles como políticos son o adquieren un carácter de derechos negativos; es decir, la obligación del Estado en abstenerse (no hacer) de vulnerar directa o indirectamente esos derechos. Genéricamente, se les denomina derechos de libertad, pues resguardan la libertad de las personas.

Como contrapartida, encontramos a los derechos económicos, sociales y culturales o también denominados derechos de segunda generación. Respecto de estos derechos, el Estado juega un rol más activo, de acción y bajo los cuales se pretenden proteger una efectiva igualdad social. En estricto rigor, son los llamados derechos de la igualdad, pues están destinados a que se tutelen ciertos derechos denominados básicos en el desarrollo de las condiciones materiales de vida de los individuos. Así por ejemplo: el derecho a una remuneración justa, el derecho al trabajo y a la seguridad social, el derecho a la educación, etc. En estricto rigor, son derechos positivos, pues la obligación del Estado consiste en crear las condiciones económicas, sociales y culturales para que éstos derechos proclamados sean efectivamente respetados, amparados y susceptibles de exigibilidad.

Dentro de esta clasificación, surgen nuevas generaciones de derechos que han ido surgiendo en los últimos años y que no admiten clasificación dentro de los dos grupos anteriores, relacionados y sustentado en un derecho a un medioambiente libre de contaminación y en forma mucho más moderna, se ha acuñado el concepto del derecho a la paz.

Sin embargo, nuestro trabajo radica en la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de los individuos hacia el Estado, quién debe garantizarlos de un modo pleno, pues *“algunos de estos derechos están ligados a la idea de nivel de vida, el que a su vez, se relaciona con la satisfacción de algunas de aquellas necesidades. Y a lo que tienen estos derechos es, precisamente, a la dignidad de ese nivel de vida”*⁷.

De acuerdo a lo precedentemente expuesto, resulta complejo abordar el estudio de tales derechos y por sobre todo el tema de su exigibilidad tanto en el derecho comparado, como en el nuestro. Debido a que en esta categoría de derechos, se acentúan las relaciones entre la economía y el derecho, pues para que sean exigibles, es indispensable que el Estado

⁷ Mayorga Lorca, Roberto (1990). Ob. Cit., pág. 21.

efectivamente se haga cargo de dicha función, de manera ¿principal o subsidiaria? ¿En forma exclusiva y excluyente? Sin duda interrogantes difíciles de responder, aunque creemos que el Estado si debe tener un rol activo en la satisfacción de estos derechos, pues no constituyen meras expectativas, sino que constituyen verdaderos derechos y están presentes en el diario vivir de los ciudadanos, al estar ligados con sus necesidades básicas. Ello, sumado a que la problemática de estos derechos “*no reviste características necesariamente semejantes a lo largo de las diferentes naciones que habitan la tierra, variando de un lugar a otro en sus expresiones, implicancias y consecuencias*”⁸.

1.1 *Evolución Histórica: Origen y Evolución.*

A menudo se suele mencionar a la Carta Magna Inglesa como un antecedente de los regímenes políticos modernos, en los cuales el poder del monarca o gobernante se ve acotado o restringido. Dicha Carta, dictada en el año 1215 y aceptada por el Rey Juan I de Inglaterra, asegura ciertos derechos feudales a la aristocracia frente al citado monarca, por ejemplo: se establece una suerte de control que ejercen 25 barones mediante una comisión frente al poder del rey, se incluye una normalización de la ley, por la que ninguna persona podrá ser enjuiciada por la sola voluntad del monarca; y por su parte, el monarca se compromete a respetar las libertades religiosas y políticas. Es por ello, que “*si se compara la Carta Magna con nuestros actuales textos de derechos humanos, se concluirá fácilmente que estos derechos se han ido explicitando a través de los siglos. Así, basta leer un documento como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante DESC, para descubrir que hoy la humanidad considera normales ciertas exigencias que hace siglos serían impensables*”⁹.

Así, “*el origen crucial de los DESC se remonta a mediados del siglo XIX en donde comienzan a plantearse las primeras demandas sociales, y a surgir los primeros*

⁸ Manouchehr Ganji, relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, analiza estos en relación a la realidad propia de cada país o región, especialmente en países subdesarrollados, siendo las particularidades de dicha realidad las que sirven de fundamento a su trabajo: “La realización de los derechos económicos, sociales y culturales: problemas, políticas, logros”. Naciones Unidas. N° E/CN.4/1108/Rev. 1 Nueva York, 1975. Págs 25 a 142. Citado por Mayorga Lorca, Roberto, Ob cit., pág. 23.

⁹ García-Huidobro, Joaquín. (1987): *Defensa y Rescate de los Derechos Humanos*. Edeval. Valparaíso, pág. 80.

*movimientos obreros. Así en Francia el ímpetu de querer cambiar el orden liberal dio paso a la Revolución de 1848, cuya impronta social quedó reflejado en sus reivindicaciones, tales como: asegurar condiciones mínimas de existencia, derecho al trabajo, derecho a la instrucción y nacionalización de la economía*¹⁰. Todo lo cual, se ve reflejado por el auge de los movimientos proletarios que llevaban como bandera de lucha la apropiación de los medios de producción y la colectivización del derecho de propiedad. Principios fundamentales de la teoría Marxista y que quedó plasmada en el Manifiesto Comunista del año 1848 elaborado por Marx y Engels.

Ahora bien, *“uno de los frutos más importantes de la citada revolución fue la Constitución del 4 de Noviembre de 1848, cuyo texto contenía un fiel espíritu revolucionario, consagrando deberes del Estado que apuntaban a mejorar las condiciones económicas, sociales y culturales de los ciudadanos, en especial de los más desvalidos. Así, la consagración constitucional de los derechos sociales fue el primer paso hacia un nuevo enfoque de la Constitución denominándose como Constitucionalismo Social*¹¹.

Sin embargo, los movimientos sociales marcados de un tinte político fueron creciendo a lo largo del siglo XIX hasta principios del siglo XX, y es así, como distintos Estados a través de sus gobiernos se ven en la necesidad de amparar y mejorar las condiciones económicas y sociales de un segmento amplio de la población. De este modo, *“el pleno desarrollo del Constitucionalismo Social sólo comienza a partir de la Primera Guerra Mundial. Allí, se generaliza la percepción de que resulta indispensable el compromiso del Estado a favor de una mayor igualdad material. Los derechos sociales se incorporan a los listados de derechos de las distintas Constituciones, las que además, imponen al Estado el deber de actuar a favor de la igualdad material*¹². Siendo, el primer cuerpo normativo en adoptar tal carácter, la Constitución mexicana de 1917, la cual incorporó un amplio catálogo de derechos sociales, estableciendo, por ejemplo: la propiedad o dominio directo de la nación sobre sus recursos naturales; y su consiguiente

¹⁰ Martínez Estay, José Ignacio. (2010): *“Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena”*. Estudios Constitucionales, año 8, N° 2, págs.125-166.

¹¹ Martínez Estay, José Ignacio (2010). Ob. Cit., pág. 126.

¹² Martínez Estay, José Ignacio (2010). Ob. Cit., pág. 127.

goce. Acuñaándose por sobre todo, las nociones de figuras como: servicio público y bienestar social.

Posteriormente, Alemania dictó la Constitución de Weimar en 1919, estableciendo, el llamado *Estado de Bienestar* y garantizando derechos a los trabajadores. Esta Carta, tiene el sello de “*derecho social*”, proclamando derechos sociales de la ciudadanía alemana, como la protección a la familia, el derecho a la educación y al trabajo.

Luego, el modelo fue recogido por España; y al finalizar la Segunda Guerra Mundial países como Italia y *Gran Bretaña* siguieron el mismo camino. Sobre todo, este último, pues se encuentra estrechamente vinculado al Estado del Bienestar o Welfare State, surgido principalmente a mediados de la década del '40 del siglo pasado.

Al finalizar, la Segunda Guerra Mundial, Clement Attlee, político del Partido Laborista fue elegido como Primer Ministro del Reino Unido en 1945 derrotando a Winston Churchill. Durante su estancia en el poder sentó las bases para la creación del Estado del Bienestar en su país creando, entre otras, la asistencia de salud universal y gratuita e impulsó el desarrollo de su hasta hoy vigente sistema de seguridad social. Así, gracias a la popularidad que tuvo; y en cierta forma, tiene actualmente el Estado del Bienestar, desde una óptica liberal, existían muchos males que aquejaban a la sociedad y que fueron remediados por aquel sistema, tales como: la pobreza, el desempleo, la enfermedad, la falta de oportunidad en el ámbito educacional, diferencias rígidas entre las clases sociales, etc. Diferencias que sin duda, desde una concepción socialista de la sociedad, serían inadmisibles su proliferación, desarrollo y existencia como tal. Así, el Estado del Bienestar y los Derechos Sociales están ligados de manera muy íntima; y es que, la idea central podríamos sintetizarla en que no puede concebirse una nación desarrollada, mientras existan condiciones materiales de vida tan disímiles. Por consiguiente, el Estado debe sujetarse y acatar la normativa que sus poderes dictan; y así, ejecuta políticas públicas que permiten satisfacer los derechos consagrados en su legislación.

De este modo, todo este influjo llegó a Latinoamérica y países como Argentina, Perú, Costa Rica y Colombia, consagraron a los derechos sociales dentro de sus respectivos ordenamientos, amparando y garantizando derechos como el de la salud, trabajo, vivienda y seguridad social. Incluso nuestra Constitución de 1980 dictada en plena Dictadura a través

del Decreto Ley N° 3.464, consagró el derecho a la protección de la salud (art. 19 N° 9), el derecho a la educación (art. 19 N° 10), el derecho a la seguridad social (art. 19 N° 18) y el derecho a la sindicación (art. 19 N° 19).

Ahora bien, podemos afirmar, que el Estado del Bienestar y la consiguiente satisfacción de los derechos sociales operaron de buena manera en el viejo continente. Sin embargo, en países menos desarrollados, como México, establecieron un amplio catálogo de derechos fundamentales y garantías sociales, pero dicho goce y satisfacción no se vio reflejado en sus ciudadanos, pues el Estado no estaba en condiciones de cumplir con lo que estableció en su propia Carta quedando los derechos sociales como meras expectativas y en el fondo como letra muerta.

Lo anterior, da pauta para que académicos como José Ignacio Martínez sostengan que *“resulta llamativo que los Estados que han contado con los sistemas de asistencia social más importantes del mundo no han considerado esta materia una cuestión constitucional; y si lo han hecho, ha quedado claro que cuando consisten en prestaciones sólo adquieren eficacia una vez desarrollado infraconstitucionalmente”*¹³. En principio, ello sería correcto, porque también debemos tener en cuenta que la vida política de Europa, después de la Segunda Guerra Mundial no se vio alterada de una forma tan violenta en países como Francia o Inglaterra. Además, su clase política está mejor preparada en muchos aspectos (profesional e intelectual) y tienen una visión de largo plazo, en cuanto a políticas públicas buscando un bienestar generalizado.

Habiendo explicado, el caso Británico, la situación de Francia es más compleja, pues si bien cuentan con un admirado sistema de asistencia social, conformando el denominado “État Providence”. Los franceses sí contemplan derechos sociales en su Carta Fundamental, aunque al igual que los derechos clásicos, no forman parte de su articulado, sino que de su preámbulo. Así, muchos de los derechos sociales *“requieren la intervención posterior del legislador, y mientras ello no ocurra no son justiciables: sólo tienen el carácter de directivas o promesas desprovistas de todo carácter jurídico obligatorio. Esa es la situación de todos los derechos sociales que consisten en prestaciones, que están*

¹³ Martínez Estay, José Ignacio (2010). Ob. Cit., pág. 130.

contemplados en el Preámbulo de la Constitución de 1946, como el derecho al trabajo”¹⁴. De este modo, si no se gesta un adecuado desarrollo legislativo, los derechos sociales que consistan en prestaciones no son más que aspiraciones o directrices políticas carentes de sustancia en la práctica.

Según José Ignacio Martínez, “*los países que han mantenido los modelos de Estado de Bienestar más envidiados del mundo no han hecho de ello una cuestión constitucional, y no cuentan con derechos sociales en sus Cartas Fundamentales. Sin embargo, sus políticas sociales son mejores en cantidad y calidad que la de muchos Estados que han constitucionalizado estos derechos*”¹⁵. En principio, adherimos a esta explicación, por cuanto no cabe duda que los sistemas asistenciales de los citados países sean ejemplo para el resto del mundo. Sin embargo, países como Francia e Inglaterra históricamente han tenido territorios coloniales bajo su dependencia, en los cuales llevaron a cabo una explotación de los recursos naturales que posteriormente le han dado la posibilidad de generar riqueza y así poder distribuirla adecuadamente a través de buenas políticas entre sus habitantes.

Ahora bien, desde un punto de vista universal, la constitucionalización o el desarrollo legislativo y la posterior implementación de políticas públicas de los derechos sociales ha sido acompañada también por la incorporación de instrumentos internacionales como el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966*¹⁶.

1.2 Naturaleza Jurídica.

Ricardo Mayorga estima que los DESC contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aparece como algo notorio “*el dualismo que se hace entre el reconocimiento por una parte y la plena efectividad y garantía por otra*”¹⁷. Puesto que no basta con que los derechos se reconozcan; es decir, que se declaren su plena existencia jurídica, sino que además se requiere que la plena realización será

¹⁴ Martínez Estay, José Ignacio (2010). Ob. Cit., pág. 129.

¹⁵ Martínez Estay, José Ignacio (2010). Ob. Cit., pág. 132.

¹⁶ Este Pacto fue suscrito por Chile el 16 de Septiembre de 1969, y promulgada en el Diario Oficial de 29 de Mayo de 1989.

¹⁷ Mayorga Lorca, Roberto. (1990) Ob. Cit., pág. 41.

posible recién como consecuencia de las medidas que los Estados se comprometan a adoptar.

El reconocimiento se produce en forma inmediata, mientras que la garantía es a futuro, como por ejemplo: el derecho al trabajo, el derecho a condiciones adecuadas de trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, los derechos culturales, entre otros. Sin embargo, *“la regla precedente cuenta con tres excepciones en el Pacto: a) el derecho a sindicación, b) el derecho a huelga, y c) la libertad de educación. Según el Pacto, en estos tres casos, los Estados no sólo reconocen estos derechos sino que se obligan a garantizarlos y respetarlos de inmediato. Esto es, son de cumplimiento inmediato”*¹⁸. En el caso de la huelga y la sindicación el Pacto emplea la expresión garantizar y en cuanto a la libertad de educación, tanto de los padres para elegir el colegio de sus niños como de los particulares para establecer establecimientos educacionales, el Pacto emplea la expresión respetar. Como consecuencia de ello, la garantía y el respeto deben tener lugar de inmediato.

Para Mayorga, en los tres casos precedentes existe una suerte de privilegio, pues *“se trata de derechos para cuya plena garantía no se requiere de la creación previa de condiciones que posibiliten su ejercicio. Basta con que la autoridad respectiva autorice este ejercicio para que sus titulares puedan, por ejemplo: organizar sindicatos, declarar huelgas, erigir establecimientos educacionales. Sin embargo, diferente es, en cambio, la situación en que se encuentra la mayoría de los derechos del Pacto, pues mientras no se adopten las medidas adecuadas a fin de crear las condiciones necesarias, no son susceptibles de ser efectivamente gozados. Así por ejemplo: no sirve de nada con garantizar en calidad de derecho subjetivo el derecho a la protección de la salud en un país que carece de hospitales y medicamentos para su población”*¹⁹.

Otra excepción, la contempla el artículo 7 del Pacto bajo la expresión condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. *“Desde el punto de vista de una sociedad en la que existe la libre iniciativa económica, el goce inmediato de estos derechos, no dependerá del rol del Estado sin que de las empresas privadas. Así, el Estado en su calidad de sujeto*

¹⁸ Mayorga Lorca, Roberto (1990). Ob. Cit., pág. 168.

¹⁹ Mayorga Lorca, Roberto. (1990) Ob. Cit., pág. 17.

*responsable podrá y deberá desempeñar una acción de Supervigilancia, pero el ejercicio efectivo de estos derechos no dependerá directamente de las medidas que éste adopte sino que de las que las propias empresas tomen*²⁰.

Así, las excepciones precedentemente señaladas tienen en común con las llamadas libertades; es decir, los derechos civiles y políticos que pretenden amparar y asegurar a los individuos una esfera de autonomía individual no sujeta a la intervención del Estado. Es por ello, que poseen la distintiva característica de ser justiciables; esto es, el particular que se considere afectado puede recurrir al juez solicitando el restablecimiento del imperio del derecho interponiendo los respectivos recursos que cada ordenamiento jurídico contemple como mecanismo de protección y tutela de los respectivos derechos civiles y políticos.

En cambio, en el caso de los DESC el tema es diferente, pues *“para cuya realización se requiere de la adopción de medidas previas. Sin embargo, el Pacto Internacional de DESC no contempla la existencia de recursos semejantes a los establecidos en el caso de los Derechos Civiles y Políticos, lo cual en principio sería comprensible, salvo las tres excepciones señaladas anteriormente”*²¹. Según Mayorga, puede deducirse que para el criterio del Pacto *“los derechos en él contenidos no son justiciables, no tienen la calidad de derechos subjetivos que permitan a un titular demandar su cumplimiento a un sujeto responsable por medio de mecanismos jurídicos preestablecidos”*²². De este modo, es posible concluir que los derechos consagrados en el Pacto están concedidos en general a todas las personas que habitan el territorio del Estado que es parte del Pacto. Pero, el mencionado instrumento utiliza la siguiente fórmula *“los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona...”*²³, lo cual no quiere decir que una persona pueda exigir el cumplimiento de los derechos, ya que carece de recursos procesales al efecto; sin embargo, en el caso de ser los derechos efectivamente cumplidos, la persona resultará directamente beneficiada. Por eso, *“podría decirse que la persona no es titular sino “beneficiaria” de estos derechos. El Estado por su parte, no debe ser considerado*

²⁰ Mayorga Lorca, Roberto (1990). Ob. Cit., pág. 19.

²¹ Mayorga Lorca, Ricardo (1990). Ob. Cit., pág. 34.

²² Mayorga Lorca, Ricardo (1990). Ob. Cit., pág. 35.

²³ Arts. 7 N° 1; 9 N° 1 Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

como “titular” de estos derechos, pues justamente, éstos se dirigen en su contra, ya sea para exigir una omisión o una acción”²⁴. Así concluimos, de acuerdo a lo dispuesto por el profesor Mayorga que el Estado en relación a estos derechos tiene la calidad de sujeto responsable, se obliga a respetar y a cumplirlos en beneficio o a favor de terceros que serían los ciudadanos. Por lo tanto, constituirían un deber o imperativo de conducta que necesariamente debe llevar a cabo el Estado. Por tanto, en la relación jurídica podemos encontrar dos sujetos: sujeto responsable y beneficiario, pero entre ambos no se establece un vínculo jurídico que permita al segundo formular exigencias en contra del primero. Ahora, en circunstancia que existe un sujeto responsable que asume sus deberes jurídicos es importante para concluir que los enunciados y derechos consagrados en el Pacto no son meras declaraciones programáticas respecto de las cuales no caben mecanismos de control. Del mismo modo, “la circunstancia de no existir un titular, sino tan sólo un beneficiario, que carece de la posibilidad de exigir el cumplimiento de sus derechos, hace concluir que éstos no son derechos subjetivos. Así, la naturaleza de los derechos del Pacto corresponden, pues al de deberes del Estado”²⁵. Lo cual se ve reflejado en el hecho que los Estados partes en el Pacto, “se comprometen a presentar informes sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo”²⁶.

Por otro lado, para concepciones tradicionales de signo fuertemente conservador, los DESC son considerados en su mayoría como prestaciones. De este modo, los derechos sociales que consisten en prestaciones no tienen ese carácter absoluto que presentan los derechos clásicos. “Debido a que gran parte de los derechos sociales se materializan en prestaciones, el obligado a ellas; o sea, el Estado necesita contar con los recursos económicos necesarios para llevarlos a cabo”²⁷. La escasez de recursos económicos, la situación económica y patrimonial del Estado inciden de manera contundente en la

²⁴ Mayorga Lorca, Ricardo (1990). Ob. Cit., pág. 25.

²⁵ Peces-Barba, Gregorio. (1980): *Los Derechos Fundamentales*. Citado por José Ignacio Martínez Estay (2010).

²⁶ Mayorga Lorca, Roberto. (1990) Ob Cit., pág. 41.

²⁷ Martínez Estay, José Ignacio (2010). Ob. Cit., pág. 133.

aceptación y cumplimiento de los derechos sociales. Así, según esta concepción, no estaríamos frente a derechos propiamente tales, sino que frente a normas programáticas, o principio económico-político. Más aún, si consideramos un factor económico presente en la realidad normativa, es posible advertir según esta postura que la justiciabilidad de estos derechos estaría por decir lo menos en tela de juicio o derechamente no serían justiciables este tipo de derechos, pues al ciudadano común y corriente no podría serle satisfecho la concreción y satisfacción del derecho que invoca en los tribunales de justicia, debido a que los jueces; en virtud el principio clásico de la separación de poderes, se verían imposibilitados acerca de cómo, en que medida y forma se otorgarán tales prestaciones.

No obstante lo anterior, rechazamos tal postura, si bien es cierto existe un factor económico inherente a la exigibilidad y justiciabilidad de tales derechos, no es menos cierto que *“la plena exigibilidad requiere de la creación de una sólida teoría de los derechos sociales, así como de la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o del mejoramiento de los ya existentes”*²⁸. Si bien es cierto, que los recursos económicos de un Estado son escasos y las necesidades son múltiples, también es efectivo que el Gobierno (sin importar el color político) debe llevar a cabo una óptima asignación de recursos y establecer una especie de prelación en relación a las necesidades más urgentes que afectan a la sociedad. Así, por ejemplo: según las encuestas es de consenso más o menos generalizado en nuestro país, que el derecho a tener una educación de buena calidad por parte de todos los ciudadanos constituye un principio fundamental en el desarrollo de un país, superior al de tener un fuerte gasto fiscal en materia de defensa. Así, esto significa que se debe poner el acento en que el acceso a la educación sea expedito, fluido y garantizado; y en que la educación otorgada por el Estado sea de buena calidad y que posteriormente influya de manera sustancial en el desarrollo del país.

En conclusión, creemos que los derechos sociales deben; en primer término, ser reconocidos y resguardados por la Constitución, estableciendo delimitadamente su contenido, en segundo término, llevar a cabo políticas legislativas eficaces que optimicen la asignación de recursos y que aseguren una obligación o piso mínimo de asegurar la

²⁸ Carbonell, Miguel (2008). Ob. Cit., pág. 56.

satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos; y en tercer término, establecer vías o mecanismos procesales idóneos para hacerlos exigibles. Así, cumpliendo esos requisitos, los DESC serían a nuestro juicio, derechos consistentes en prestaciones y perfectamente exigibles por los particulares ante los Tribunales de Justicia.

1.3 *Conceptos Básicos.*

Los DESC forman parte del llamado bloque de derechos fundamentales, pues el ser humano para desarrollarse plenamente en la vida social, no sólo requiere detentar derechos civiles y políticos, sino que también derechos sociales que le permitan vivir de una manera más adecuada y digna, satisfaciendo sus necesidades básicas.

Así, según Humberto Nogueira, nuestro constitucionalismo latinoamericano *“se ha distinguido en el concierto internacional en las últimas décadas por asegurar los derechos fundamentales en base no sólo a la explicitación formal de los derechos asegurados constitucionalmente, sino también incorporando a estos los derechos asegurados por las fuentes formales del derecho constitucional”*²⁹. De este modo, los DESC, según la Declaración de Quito del 24 de Julio de 1998 en su preámbulo: *“como parte indisoluble de los derechos humanos y del derecho internacional de los derechos humanos, tal como constan en la Declaración Universal, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, la Declaración sobre garantías sociales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el protocolo Facultativo de San Salvador”*. Así, los *“DESC en cuanto derechos sociales fundamentales explicitan las urgencias de los valores de dignidad, igualdad y de solidaridad humana, buscando superar desigualdades sociales, generando el derecho de participar en los beneficios de la vida social, o al menos a un mínimo vital compatible con la dignidad humana a través de derechos y prestaciones brindadas directa o indirectamente por los poderes públicos”*³⁰.

Siguiendo las explicaciones dadas anteriormente por Humberto Nogueira, es posible conceptualizar y ejemplificar a este tipo de derechos, de la siguiente forma:

²⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. (2010) Ob. Cit., pág. 12.

³⁰ Nogueira Alcalá, Humberto. (2010) Ob. Cit., pág. 14.

1) **Derechos Económicos**. Son aquellos que buscan resguardar condiciones materiales básicas de vida para todos los miembros de la sociedad. Por ejemplo: el derecho a una remuneración justa.

2) **Derechos Sociales**. Son aquellos que buscan asistir socialmente a los sectores más vulnerables y desprotegidos. Por ejemplo: el derecho al trabajo y a la seguridad social.

3) **Derechos Culturales**. Estos pretenden conseguir un efectivo acceso a la cultura, para aquellos sectores de menores ingresos económicos. Por ejemplo: el derecho a la educación.

En conclusión, los DESC son derechos humanos que implican además de prestaciones otorgadas por el Estado y sus servicios públicos, la ausencia de interferencia arbitraria de terceros, aseguradas en forma interna a través de la Constitución y las leyes; o bien, por el derecho internacional a través de los respectivos Tratados, todos los cuales permiten la exigibilidad de tales derechos y generan una mejor realización de la dignidad humana sustentada desde un punto de vista material.

1.4 **Contenido.**

La doctrina establece que este tema es fundamental en lo concerniente a la normatividad, y exigibilidad de los DESC, pues *“las dificultades de determinación del contenido de los derechos sociales, constituyen un obstáculo que debemos superar para hacerlos normativos, pues determinar su campo semántico sirve, entre otras cuestiones para poder establecer las obligaciones mínimas de los poderes públicos en relación con cada derecho social. Así, la determinación y delimitación es una tarea que debe desarrollar el legislador, quién a través de la política legislativa debe establecer un contenido concreto para cada derecho”*³¹.

Así, Fernando Atria; quién duda de la existencia de los derechos sociales, *“los derechos sociales son radicalmente diversos en torno a la especificación del contenido de su aspecto activo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto*

³¹ Carbonell Miguel. (2008) Ob. Cit., págs. 54-55.

*activo; es decir, no incluye información ni sobre quién es el sujeto obligado ni sobre cuál es el contenido de su obligación*³². Sin embargo, a nuestro juicio, los derechos sociales al estar consagrados expresamente en nuestra Carta Fundamental, dejan por ese sólo hecho de ser meras aspiraciones programáticas establecidas por el constituyente, sino que tienen *“carácter fundamental en torno a la posición y el valor jurídico entre los derechos sociales y el resto de los derechos consagrados en su texto, pues no existen razones constitucionales (expresas o derivadas) que permitan instaurar una distinción en este sentido”*³³. Surgiendo de este modo, una obligación por parte del Estado para con sus ciudadanos, en torno a satisfacer y tutelar su ejercicio y goce.

Es así, como los derechos sociales representan un cambio profundo y quizás radical en relación al papel que desempeña el Estado en materia de derechos fundamentales. Sin el reconocimiento y amparo de estos derechos sociales, los derechos civiles y políticos no tendrían sentido (ni viceversa), pues, por ejemplo: de qué le sirve a un ciudadano ejercer el derecho a sufragio a elegir y ser elegido, si no puede ver acceder, ni ser satisfecho el derecho a educarse, para así adquirir conocimientos idóneos y necesarios que le permitan comprender y entender en qué consiste el propio derecho a sufragio. Por lo tanto, los *“derechos sociales, para ser realizados, requieren de una cierta organización estatal, necesitan de un apoyo social, de un conjunto de actitudes cívicas y un compromiso democrático serio”*³⁴. Todo lo cual, lo podemos vincular con un igualitarismo económico, pues el Estado no puede engañarse asimismo y comprometerse con asegurar a todas las personas; tal como lo dice nuestra Constitución, la satisfacción de ciertos derechos sociales, mientras que en la realidad jurídica durante muchos años, tal satisfacción fue negada por nuestra judicatura. Si bien es cierto, delimitar su contenido queda entregado a la jurisprudencia, los derechos sociales al estar consagrados directamente en un catálogo, su núcleo esencial está protegido por el principio de reserva legal (art.19 N° 25 CPR); y por tanto, son perfectamente exigibles. Así por ejemplo: del derecho a la protección a la salud *“se deducen rasgos distintivos de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la*

³² Atria, Fernando (2004): *“¿Existen derechos sociales?”*, en Discusiones, DOXA, N° 4, Alicante. Pág. 20.

³³ Jordán, Tomás Pablo. (2007) Ob. Cit., pág. 186.

³⁴ Carbonell, Miguel (2008) Ob. Cit., pág. 54.

*democracia constitucional contemporánea, de suerte que aunque es necesario el desarrollo legislativo de este derecho, esencia que el TC no llega a enunciar o descubrir-describir. El derecho a la protección de la salud es conexionado a otros atributos esenciales, tales como: el derecho a la vida, integridad física y psíquica, tutela necesaria para infundir legitimidad a la democracia misma”*³⁵. Es por esta razón, que creemos que las normas no son disposiciones programáticas abstractas, sino que todo lo contrario, los derechos sociales a nuestro juicio serían, mandatos que el legislador se autoimpone con el fin de generar un bienestar social y alcanzar el bien común.

2. Reconocimiento Internacional: El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Pacto Internacional sobre DESC es un tratado multilateral que reconoce tales derechos y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976. Se compromete a las partes a trabajar para el reconocimiento y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas, incluidos los derechos laborales y los derechos a la salud, educación y un nivel de vida adecuado. En diciembre de 2008, el Pacto tiene 160 partes, y sólo 6 países lo han firmado, pero aún no lo han ratificado, dentro de los cuales se encuentra Estados Unidos. En lo que concierne a nuestro país, éste Pacto fue suscrito por Chile el 16 de Septiembre de 1969, y promulgado en el Diario Oficial de 29 de Mayo de 1989, con lo cual nuestro país se compromete a reconocer y garantizar los derechos que el Pacto asegura.

¿Cuáles son los derechos que reconoce y asegura el Pacto? Siguiendo al profesor Mayorga y con el afán de ser precisos y sólo a modo de enumeración, tales derechos son:

³⁵ Zúñiga Urbina, Francisco. (2008): “*Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”. Revista de Derecho CDE N° 20, págs. 83-109.

1° *Derecho a un nivel de vida adecuado*. (Artículo 11). Siendo la raíz principal de la cual se desprende el resto de los DESC.

2° *Derechos Económicos*. Se encuentran consignados en los artículos 6, que se refiere al *derecho del trabajo*, 7, relativo a *condiciones adecuadas, equitativas y satisfactorias de trabajo*, y 8, acerca del *derecho a sindicalización y de huelga*.

3° *Derechos Sociales*. Están reconocidos en los artículos 9, relativo al derecho a la seguridad social, 10, que se refiere a la protección a la familia, la maternidad, la adolescencia y la infancia, y 11, acerca del derecho a la salud.

4° *Derechos Culturales*. Están contemplados en los artículos 13 y 14, que se refieren al derecho a la educación y en el artículo 15 que engloba a una serie de derechos relativos al quehacer cultural y científico de la sociedad, que se refiere a participar, gozar y a beneficiarse de la vida cultural, progreso científico, literario y artístico.

Como podemos darnos cuenta, muchos de estos derechos están consagrados expresamente en nuestra Constitución a través de un catálogo; y sobre el particular, nuestro Tribunal Constitucional ha expresado que son exigibles directamente. Sin embargo, también es cierto que existen ciertos derechos que no están reconocidos en nuestra Carta Fundamental; y que incluso, están prohibidos a priori por ésta, como el derecho de huelga, con lo cual sería de suma urgencia una reforma constitucional en orden a garantizar tal derecho y su consecuente ejercicio.

2.1 *Recepción de los Derechos Sociales en otros Instrumentos Internacionales.*

En este acápite seguiremos las explicaciones de Ricardo Mayorga y Humberto Nogueira. Así, distinguimos textos internacionales de carácter universal y regional; a saber:

i. ***Textos Universales***. En primer término, encontramos la *Carta de las Naciones Unidas* que fue suscrita el 26 de junio del año 1945 y que entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. Si bien no se nombra explícitamente como tales a los DESC, “*la Carta se refiere a la necesidad de promover un nivel de vida adecuado, tanto en el preámbulo como el artículo 55 letra a*). Además, es necesario resaltar, como una finalidad de la ONU, el promover el

*progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad*³⁶. Asimismo, merece especial referencia el Capítulo X de la Carta que establece el *Consejo Económico y Social* de la Organización de Naciones Unidas (ECOSOC), que se ocupa de promover niveles de vida más elevados, el pleno empleo, y el progreso económico y social; de identificar soluciones para los problemas de salud, económicos y sociales en el plano internacional; de facilitar la cooperación en el orden cultural y educativo; y de fomentar el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales. El alcance del Consejo Económico y Social abarca más del 70% de los recursos humanos y financieros de todo el sistema de las Naciones Unidas.

En segundo término, encontramos la *Declaración Universal de Derechos del Hombre* que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948. “*En esta declaración se reconocen expresamente los DESC, pues el 22 se refiere a la seguridad social, y dice: que toda persona tiene derecho a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”³⁷. Además, es importante el artículo 25 N° 1, pues menciona expresamente que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

En tercer término, es importante mencionar la Conferencia Internacional de Derechos Humanos del año 1968 celebrada en Teherán en donde la Resolución XXI fue titulada “*Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, en donde se insta a que los Estados firmen el Pacto Internacional celebrado dos años antes y a llevar a cabo políticas económicas y jurídicas idóneas para salvaguardar en el plano interno la tutela de estos derechos. Así como también se establece “*la indivisibilidad e interdependencia de*

³⁶ Mayorga Lorca, Roberto. (1990) Ob. Cit., pág. 62.

³⁷ Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948).

*los derechos humanos, precisando que la realización plena de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales*³⁸.

ii. **Textos Regionales.** Aquí mencionaremos lo que ocurre en Europa y en Latinoamérica. Así, en primer término encontramos la *Carta Social Europea* suscrita el 18 de octubre del año 1961 y que entró en vigencia el 26 de febrero de 1965, la cual “*a pesar de no recoger la tesis de que el derecho socioeconómico básico y primario es el derecho a un adecuado nivel de vida. Si prescribe, en su preámbulo que los gobiernos signatarios. Miembros del consejo de Europa, resueltos a realizar en común todos los esfuerzos para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de sus poblaciones, tanto rurales como urbanas, por medio de instituciones y de realizaciones apropiadas. Además agrega como objetivo de una política que aplicarán por todos los medios útiles, tanto en el plano nacional como en el internacional, la realización de condiciones propias para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos y principios económico-sociales*”³⁹.

Mientras, en nuestro continente, el asunto es algo más complejo, pues la tradición constitucional acuña la figura del *Constitucionalismo Social* que se encuentra representado a través del *Estado Social*, “*el cual asume la necesidad de brindar a la población de un mínimo básico de bienestar que se compromete a entregar el Estado a través de prestaciones positivas de hacer respecto de las personas en salud, educación, condiciones laborales, seguridad social, vivienda, entre otras materias*”⁴⁰. Es por ello, que en nuestra realidad continental encontramos diversos instrumentos internacionales referidas a la materia, de los cuales destacamos el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y culturales, que fue aprobado por la Asamblea de la OEA (Organización de Estados Americanos) el 17 de noviembre de 1988. Dicho protocolo surgió debido a que la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) no desarrolló expresamente en sus preceptos los DESC. Así, “*el aspecto fundamental del protocolo está constituido, ciertamente por los medios institucionales que*

³⁸ Nogueira Alcalá, Humberto. (2010) Ob. Cit., pág. 16.

³⁹ Mayorga Lorca, Roberto. (1990) Ob. Cit., pág. 104.

⁴⁰ Nogueira Alcalá, Humberto. (2010) Ob Cit., pág. 10.

se establezcan para la tutela y promoción de los DESC”⁴¹. Aunque, la evidencia empírica muestre que muchas veces, pese a que existen numerosos derechos sociales consagrados en las Constituciones de países latinoamericanos, debido a las malas políticas legislativas y económicas, gobiernos de corte populista, golpes de Estado, la corrupción de las autoridades gubernamentales, hacen que los derechos sociales consagrados, sean disposiciones programáticas y se constituyan básicamente en “*letra muerta*”. De este modo, muchas personas en nuestro continente, no pueden ver satisfechas sus necesidades básicas, como alimentación, salud y vivienda, lo cual hace que vivan en la pobreza material y espiritual más absoluta, que es fiel reflejo de nuestro subdesarrollo.

2.2 Situación en el Derecho Comparado.

En éste punto, analizaremos lo que sucede en nuestra realidad jurídica del derecho continental, adentrándonos en primer término, en el sistema latinoamericano en cuanto a su exigibilidad y justiciabilidad; y en segundo término, a lo que a nuestro juicio constituyen modelos ejemplares sobre el particular.

2.2.1 Sistema Latinoamericano.

En nuestro continente es posible advertir una gran cantidad de Estados parte del Pacto Internacional sobre DESC, sin embargo, según algunos analistas políticos, Latinoamérica vive una realidad más o menos similar, pobreza, subdesarrollo, desigualdad económica, etc. Es por ello, que éste tema tiene vital importancia en el desarrollo de un país, pues éstos derechos dicen relación con aspectos materiales básicos que están presentes en el diario vivir de las personas. A modo de ejemplo: “*en cuanto al adecuado nivel de vida, sólo las Constituciones de Perú y Ecuador establecen éste derecho con dicha denominación. Por su parte, el Salvador, Costa Rica y República Dominicana utilizan las expresiones “existencia digna” y “bienestar”*”⁴². Además, al examinar la evolución histórica, la Constitución de México de 1917 fue pionera en constitucionalizar los DESC, lo cual constituye un gran paso, pues la totalidad de los países latinoamericanos ha suscrito y

⁴¹ Roberto Mayorga Lorca. (1990) Ob. Cit., pág. 98.

⁴² Mayorga Lorca, Roberto. (1990) Ob. Cit., pág. 111.

ratificado el Pacto Internacional, sin embargo, la tutela de tales derechos y la satisfacción de las necesidades contenidas en tales derechos está lejos de verse satisfecha por los ciudadanos de nuestro continente. Existen muchos aspectos que aún no han sido cubiertos, por ejemplo: Chile presenta una desigual distribución del ingreso comparable, siendo uno de los más desiguales del mundo. Esto es un fiel reflejo, con lo dispuesto en el artículo 14 de la Declaración de Quito de julio de 1998, el cual dice: *“el goce de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales es determinante para la posibilidad de un goce efectivo, igualitario y no discriminatorio de los derechos civiles y políticos. Asegurar el goce de estos últimos, sin considerar el pleno ejercicio de los DESC conlleva a discriminaciones intolerables que favorecen a los sectores beneficiados por la desigual distribución de la riqueza y reproducen las inequidades sociales”*.

Ahora bien, es necesario indicar que con en los últimos años, han habido avances en planes y programas, bajo los cuales ciertos Estados de nuestro continente pueden hacerse cargo en orden a tutelar dichos derechos, como por ejemplo: Brasil durante el gobierno del entonces Presidente Luis Ignacio Lula da Silva implementó el programa social denominado *“Bolsa Familia”*, el cual ofrece ayuda financiera a las familias pobres de Brasil, si tienen hijos, las familias deben asegurarse de que los niños asistan a la escuela y están vacunados. Obteniendo así a largo plazo, una mejora sustancial en el nivel. Nuestro país, por su parte estableció el Plan Auge (Plan de Acceso Universal de Garantías Explícitas) a través de la ley N° 19.966, la cual profundiza el derecho a la salud como derecho social dentro del ordenamiento jurídico, pues con esta normativa se pretende que el Estado de Chile de cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas en lo referente a los DESC.

Los ejemplos dados, muestran una nueva arista en el tema derechos sociales, pues si bien su constitucionalización es necesaria, ello sólo constituye un primer paso. Luego, surge debe darse en las instancias pertinentes un desarrollo legislativo consciente, eficaz e idóneo, en orden a lograr un piso básico en lo referido a la satisfacción; o bien, justiciabilidad de los derechos sociales en nuestro continente. Puesto que de nada sirve, consagrar numerosos derechos sociales, si no pueden ser tutelados, ni los ciudadanos pueden gozar de las prestaciones que conllevan dichos derechos.

2.2.2 Modelos Ejemplares: Suecia y Canadá.

Los casos de Suecia y Canadá a nuestro juicio son admirables, pues el sistema de asistencia de seguridad social es realmente efectivo, los ciudadanos cuentan con una educación y salud que genera sana envidia en países como el nuestro. Debido a la implementación de políticas públicas responsables, eficaces y que generan un real confort y prosperidad en su población.

Suecia, *“comenzó a implementar medidas de asistencia y seguridad social desde comienzos de la pasada centuria, con la adopción de un sistema de pensiones para la vejez y de uno de cesantía, entre otras medidas”*⁴³. Así, desde la década del '30 del siglo pasado desarrolla y consolida uno de los modelos de Estado de Bienestar más avanzados y admirados por el resto del mundo.

La Constitución de Canadá *“no tiene un listado de derechos sociales, ni cuenta con ningún precepto que proclame de manera expresa el Estado Social o el Welfare State. Recién en el año 1982 es posible encontrar alguna referencia tangencial a estas materias, en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, uno de los documentos que conforman la Constitución de éste país. A su vez, el artículo 36 encomienda al Parlamento y Gobierno de Canadá, así como a los parlamentos y gobiernos provinciales, llevar a cabo medidas que permitan una auténtica igualdad de oportunidades. También encarga el respeto al “principio de igualación de pagos”, a fin de que los gobiernos provinciales tengan los medios suficientes para proveer servicios públicos de niveles razonablemente comparables con razonables niveles impositivos”*⁴⁴. Canadá sin embargo, desarrolló el Estado del Bienestar mucho antes de 1982 (sin gobiernos socialistas), a la par con el Reino Unido, siendo comparable con éste debido a su tradición política y jurídica.

3. **¿Qué ocurre en nuestro derecho?**

El panorama en nuestra Constitución, radica en dos aspectos. Un primer aspecto dice relación con el enunciado del Capítulo III denominado *“De los Derechos y Deberes Constitucionales”*, cuyo artículo 19 utiliza la expresión “asegura” para referirse al hecho

⁴³ Martínez Estay, José Ignacio (2010). Ob. Cit., pág. 129.

⁴⁴ Martínez Estay, José Ignacio (2010). Ob. Cit., págs. 129-130.

que garantiza el ejercicio y goce de los derechos allí enunciado. Un segundo aspecto, dice relación con los artículos 5 inciso 2º y 1 inciso 5º, ambos preceptos regulados dentro del Capítulo I denominado “*Bases de la Institucionalidad*”. Así, de acuerdo al primer precepto, se puede deducir que “*nuestra Constitución comprende como derecho fundamental a los derechos contenidos en los tratados internacionales (incluido el PIDESC) vigorizando numérica y sustancialmente el bloque derechos*”⁴⁵. Mientras, el segundo precepto dice que el Estado debe asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, con lo cual debe propender y garantizar las condiciones materiales necesarias, para que todos puedan tener un nivel de vida adecuado.

Advertimos anteriormente, que los derechos sociales tienen un carácter prestacional; y “*su carácter fundamental se encuentra cuestionado como consecuencia de las opiniones políticas sostenidas por la Comisión que redactó la Carta, cuyos miembros sostuvieron que no se trataba de verdaderos derechos, sino que de meras expectativas*”⁴⁶.

Sin embargo, desde el año 1990 nuestro país dejó de ser gobernado por un régimen dictatorial y pasó a ser una República Democrática (art. 4 CPR), lo distintivo de ello radica en el art. 5 CPR que ya explicamos “reconoce como límite al ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos...”. Así, no es posible advertir que los derechos sociales consagrados en el artículo 19 y en los tratados internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentren vigentes, sean una mera expectativa, todo lo contrario, “*se estima que todos los derechos constitucionales tienen el carácter de fundamental. Así, la situación jurídica de los derechos sociales no difiere de las otras categorías de derechos al no existir razones formales ni materiales que nos conduzcan a esbozar un criterio diferente de clasificación, teniendo la calidad de derechos fundamentales sociales*”⁴⁷. Siguiendo un razonamiento similar, Jaime Bassa sostiene que “*la Constitución establece obligatoriedad de todas sus normas, tanto para los particulares*

⁴⁵ Jordán, Tomás Pablo (2007) Ob. Cit., pág. 187.

⁴⁶ Bassa Mercado, Jaime. (2009): *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*. Legal Publishing. Santiago, pág. 177.

⁴⁷ Jordán, Tomás Pablo (2007) Ob. Cit., pág. 195.

como para las autoridades, en el artículo 6 CPR; éstas se ven obligadas por todas las normas fundamentales”⁴⁸. Con lo cual, pareciera ser que la tesis tradicional queda completamente destruida. Por otra parte, se ha intentado establecer una suerte de mayor jerarquización de los derechos civiles y políticos consagrados en el artículo 19 CPR por sobre los derechos sociales, en lo que dice relación con su tutela y protección. Pero tal razonamiento carece de sentido, puesto que “*el constituyente originario basado en razones de índole económico excluyó del amparo a aquellos derechos de contenido económico y social de carácter prestacional, estimando que su inclusión generarían presiones y obligaciones al Estado que podría no estar en condiciones de cumplir*”⁴⁹. Este razonamiento permite señalar que la diferenciación y jerarquización de derechos civiles y políticos por una parte; y por otra, los derechos sociales se produce, porque el legislador de dicha época (quién no tenían un origen democrático) distingue ambos derechos basado no en una supuesta supremacía, sino que en razones político-económicas y en un juicio de inmediatez protectora, pues la tutela reforzada de los derechos sociales, estaría sujeta exclusivamente a motivos extrajurídicos, como lo es la economía.

Sin embargo, la Constitución debe ser considerada en su conjunto y sus normas consideradas e interpretadas como un todo uniforme, lo cual permite sostener que los derechos sociales son tan exigibles y fundamentales como los demás, pues constituyen un pilar esencial en la institucionalidad jurídico-político de nuestro país. De esta manera, “*todos los derechos comparten el valor normativo de la Constitución, conformando parámetro de constitucionalidad del resto del ordenamiento jurídico y condicionando los fines del Estado, como se desprende del art. 1 CPR*”⁵⁰. Si bien, concordamos con este modo de pensar, una parte de la doctrina como José Ignacio Martínez Estay dice que nuestro Tribunal Constitucional ha debido recurrir a otros derechos, como es el caso de la igualdad ante la ley y la propiedad sobre las cosas incorpóreas para conceder la exigibilidad de los derechos sociales, como el de la protección a la salud. Ha dicho incluso (entre otros argumentos) que “*la protección del derecho a la salud de quienes interpusieron los*

⁴⁸ Bassa Mercado, Jaime (2009) Ob. Cit., pág. 178.

⁴⁹ Jordán, Tomás Pablo (2007) Ob. Cit., pág. 201.

⁵⁰ Bassa Mercado, Jaime. (2009) Ob. Cit., pág. 178.

*requerimientos de inaplicabilidad genera una desigualdad*⁵¹. Por ello, para evitar este tipo de conclusiones, es de suma urgencia una reforma constitucional (pendiente desde el año 2005) que permita “*fortalecer la protección de los derechos sociales, de modo de evitar transformar la carta fundamental en una norma con disposiciones programáticas*”⁵², sea ampliando la aplicabilidad y tutela del recurso de protección o creando otros mecanismos constitucionales.

⁵¹ Martínez Estay, José Ignacio. (2010) Ob. Cit., pág. 155.

⁵² Navarro Beltrán, Enrique. (2005): “*Reformas Constitucionales Pendientes*” en XXXV Jornadas chilenas de Derecho Público. El Derecho Público chileno ante la Globalización. Edeval. Tomo I, págs. 255-263.

Capítulo II: Análisis en particular sobre el Derecho a la Salud.

¿Qué es la salud? ¿Cómo conceptualizamos dicha expresión? Al hablar de salud, es posible encontrar un sentido restringido y un sentido amplio. *“En sentido restringido, que resulta ser sinónimo del significado natural y obvio, la salud es el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. En cambio, en su sentido amplio, la salud se refiere al estado completo bienestar físico, mental y social, no únicamente a la ausencia de enfermedades, minusvalías y dolencias, sean físicas o psíquicas”*⁵³. De ahí, que podemos afirmar que el concepto moderno de salud no hace una referencia única a la ausencia de enfermedades de que puede padecer una persona. Es por ello que la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) organismo de la ONU especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial, *“la ha entendido como el total bienestar físico, psicológico y social del individuo y, por lo tanto, ello no sólo cubre el curarlo y rehabilitarlo de enfermedades y padecimientos, sino que también las acciones que tiendan a mejorar la calidad de vida de las personas”*⁵⁴.

Tomando la definición dada por la OMS, la salud implica realizar acciones que tiendan a mejorar la calidad de vida de las personas. En primer término, nuestra Carta Fundamental dentro de las Bases de la Institucionalidad prescribe que el Estado está al servicio de la persona y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe generar las condiciones sociales necesarias que permitan a todas las personas su mayor realización material y espiritual posible. En segundo término, regula expresamente el derecho a la salud en el artículo 19 N° 9, precepto en el cual se establece como deberes del Estado (en relación con tal derecho) asegurar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo; y establece, la garantía de ejecución de las acciones de salud. Por último, el artículo 5 inciso 2° CPR establece como un deber al Estado, el respeto y promoción de los derechos garantizados por nuestra Constitución. En consecuencia; y teniendo presente la relación normativa expuesta,

⁵³ Cea Egaña, José Luis. (2004): *Derecho Constitucional chileno. Tomo II: Derechos, Deberes y garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, pág. 308.

⁵⁴ Definición dada por la OMS al momento de su constitución en 1946.

es posible sostener que el derecho a la protección de la salud en nuestro ordenamiento es exigible ante la judicatura, pues está expresamente regulado y la Constitución no hace ninguna distinción especial de éste derecho con los otros derechos regulados en el citado artículo 19.

Es por esa razón, que en este capítulo, pondremos énfasis, no sólo en lo que ocurre en el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales; en adelante PIDESC, sino que también en el contenido y valor jurídico de este derecho (y la consiguiente exigibilidad) en nuestro ordenamiento jurídico.

1. **Situación en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales; y en otros Instrumentos Internacionales.**

El derecho a la salud se encuentra regulado en el artículo 12 al señalar que los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Así, al igual que la educación, el trabajo y la vivienda, la salud es uno de los bienes más reveladores acerca de los índices del nivel de vida de un país⁵⁵; y quizás por ser esencial y fundamental, el Pacto no lo mencionó expresamente en el artículo 11 junto a la alimentación, vestuario y vivienda. Pues, *“parece ser que pretendió darle un rango especial, dedicándole un párrafo específico, lo cual no debe inducir a conceptualizarla como desligada del concepto central relativo al derecho a un adecuado nivel de vida”*⁵⁶.

De lo que se desprende del artículo 12, los Estados partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, lo cual se traduce en que cada habitante de un país debe tener acceso a lo que éste desde el punto de vista de sus recursos económicos y de las políticas en salud pública, puede ofrecerle a sus ciudadanos. Además, los Estados deben tomar todas las medidas conducentes a garantizar la plena efectividad y goce de este derecho a sus ciudadanos, no sólo respecto de su salud

⁵⁵ Índices medidos por el Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. Chile ocupa el puesto N° 45 en el IDH año 2010.

⁵⁶ Mayorga Lorca, Roberto. (1990). Ob. Cit., pág. 54.

personal (física o psíquica), sino también proteger el medio ambiente en que se desenvuelven los individuos. De este modo; el Estado debe tomar un rol más activo (iniciativa y participación), en torno a crear las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, lo cual de alguna forma se hizo en nuestro país con la dictación de la ley N° 19.966 que crea un Régimen General de Garantías en Salud, considerando al derecho a la salud como un derecho social dentro del ordenamiento jurídico chileno. Con lo cual, nuestro país incorporó a su legislación “*la estructuración del derecho a la salud, a la realización progresiva de este derecho, atendidos los recursos disponibles del Estado, al acceso a la salud sin discriminación y la no regresividad de dicho derecho*”⁵⁷.

Así, en principio los Estados deben garantizar el efectivo y pleno goce de este derecho de acuerdo a sus posibilidades; y de no haber alcanzado un índice de satisfacción óptimo en esta materia, deben llevar a cabo medidas progresivas y paulatinas que ayuden a cumplir con la finalidad que impone explícitamente el mencionado precepto, procurando no generar efectos regresivos en su goce, tutela y protección. Lo que a nuestro juicio se basa en primer lugar: en la *disponibilidad* de establecimientos, bienes, servicios y programas públicos de salud; en segundo lugar, en la *accesibilidad* al derecho, que consiste en la no discriminación, la accesibilidad física a los establecimientos de salud y accesibilidad económica, es decir, el goce de los centros de salud deben estar al alcance de todos, sin importar la condición socioeconómica del que demanda la protección a la salud; en tercer lugar, la *aceptabilidad*, es decir, todos los establecimientos de salud deben respetar a los ciudadanos y su cultura; y por último, *calidad*, que consiste en que los servicios de salud estén equipados con los suficientes recursos humanos y científicos capaces de entregar una atención de salud de buena calidad acorde a nuestros tiempos.

No obstante lo anterior, el carácter fundamental y esencial de este derecho en la vida de los seres humanos, ha llevado a que la OMS organice conferencias para la promoción de la salud y elabora documentos suscritos por los Estados partes de la organización, dentro de

⁵⁷ Jordán, Tomás Pablo. (2005): “*Ley N° 19.966, que Crea un Régimen General de Garantías en Salud. Sinopsis y Análisis desde la Perspectiva de los Derechos Humanos*”. Anuario de Derecho Humanos. Pág. 99.

los cuales se encuentra nuestro país. En primer término, la *Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud* se centra en alcanzar la equidad sanitaria, reduciendo las diferencias en el estado actual de la salud y asegurar la igualdad de oportunidades y proporcionar los medios que permitan a toda la población desarrollar al máximo su salud potencial.

En segundo término, la *Carta de Bangkok para la Promoción de la Salud en un mundo Globalizado*, determinó que la promoción de la salud se basa y se refleja en un concepto positivo e incluyente de la salud como factor determinante de la calidad de vida, que abarca el bienestar mental y espiritual.

2. ¿Cuál es su Contenido?

Si bien el goce y efectividad, o las percepción que tienen los ciudadanos sobre el derecho a la salud se puede medir por medio de encuestas y otras mediciones (con los alcances de estas) tales como medir el acceso a servicios sanitarios y la consiguiente obtención oportuna y eficiente atención de estos.

Pero establecer el contenido y alcance de los elementos y variables del derecho a la salud es un tema muy complejo, pues “*su realización depende no sólo de factores sanitarios, sino también, de medioambiente, alimentación, trabajo, educación, vivienda, puesto que se trata de un derecho que tiene que ver tanto con curar como con prevenir los males y enfermedades que ponen en riesgo la salud*”⁵⁸.

Ahora bien, Humberto Nogueira sostiene que “*el derecho fundamental a la protección a la salud consiste en la facultad de toda persona a conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como su restablecimiento en caso de enfermedad, disfrutando de su vida con el más alto nivel de salud posible, junto al acceso a condiciones sociales mínimas de salubridad a fin de posibilitar el desarrollo de*

⁵⁸ Squella, Agustín. (2005): “*El Derecho a la Salud como uno de los Derechos Fundamentales de las Personas*” en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, N° 23, pág. 125.

una vida digna”⁵⁹. Es por ello, que de acuerdo a esta delimitación, podemos hacer las siguientes observaciones:

a. Existen numerosos aspectos de la salud que son de absoluta competencia y que quedan sujetos a las decisiones individuales de cada persona. Si bien, la salud es un bien social, la persona autónomamente toma la mayor cantidad de decisiones acerca de su salud, desde lo que come a diario hasta el consumo de drogas ilícitas.

b. La salud como dijimos anteriormente se encuentra vinculada a recursos estatales escasos; y por ende, no se puede garantizar un “total bienestar”, pues de lo contrario, cualquier persona en forma caprichosa o antojadiza podría demandar que se tutele su salud, exigiendo acciones de salud completamente innecesarias como las cirugías estéticas.

Este derecho es de carácter prestacional y es el Estado quien debe garantizar no sólo el acceso, sino que debe tratar que las personas tengan una buena calidad de vida, para lo cual *“debe desarrollar las acciones y políticas destinadas a fortalecer, modernizar y desarrollar las instituciones públicas encargadas de las prestaciones de salud y regular y supervigilar las instituciones prestadoras de acciones de salud, sin perjuicio de realizar las acciones de promoción y protección de la salud”*⁶⁰. Esto demuestra, el grado de esencialidad de este derecho, pues obliga al Estado por una parte, llevar a cabo un rol más activo en la proporción del bien público, desembolsando una mayor cantidad de recursos y elaborando programas de salud que favorezcan a los siete u ocho primeros quintiles (tendiendo a una paulatina gratuidad); y por otra, actuando eficaz y constantemente en la supervigilancia del bien en cuestión, cuando es suministrado por entes privados, cautelando, por ejemplo: que las Isapres no abusen en cuanto a la fijación del monto de sus planes y programas.

Ahora bien, según el tenor literal del artículo 19 N° 9 de nuestra Carta Fundamental, desde un punto de vista de lectura comprensiva, es posible distinguir:

⁵⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. (2010) Ob. Cit., pág. 108.

⁶⁰ Nogueira Alcalá, Humberto (2010). Ob. Cit., pág. 108.

a. *El derecho a la protección a la salud y a la elección del sistema de salud.* Pudiendo ser este: público o privado.

b. *Deberes del Estado en relación a la salud.* Lo cual se traduce en relación en un derecho social que detentan las personas.

i. Asegurar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

ii. Labores de coordinación y control.

iii. Garantía de ejecución de las acciones de salud.

Sin embargo, desde un punto de vista normativo, “*el derecho garantizado por la Constitución es el libre e igualitario acceso a la salud; es decir, la prestación efectiva de las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud*”⁶¹. Este derecho social tiene como correlato un deber del Estado impuesto por el constituyente en el artículo 1 inciso 4° CPR, cual es procurar el bien común de los ciudadanos, lo que constituye un fin para el ente estatal. Así, el hecho de incumplir aquel deber, lo llevaría a entrar en contradicción con el artículo 6° inciso 2° de nuestra Carta Fundamental, el cual prescribe que los preceptos de esta Constitución obligan a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. Ni aún, la llamada tutela reforzada hace menos fundamental y exigible el derecho a la salud en nuestro ordenamiento constitucional, en lo que respecta a que los derechos sociales no pueden ser exigidos, ni satisfechos a través de la acción constitucional de protección del artículo 20 CPR “*en la medida que garantiza la efectividad del derecho fundamental de libertad, en desmedro de los derechos de carácter prestacional*”⁶².

Es por ello, quizás que los autores más conservadores están conscientes que los derechos sociales consisten en prestaciones. De este modo, Agustín Squella, quién sin ser conservador, explica que tales derechos “ *fueron reconocidos gracias al ideario socialista*

⁶¹ Bassa Mercado, Jaime. (2009) Ob. Cit., pág. 191.

⁶² Bassa Mercado, Jaime. (2009) Ob. Cit., pág. 183.

que se afianza en el siglo XX, a la movilización social de lo que entonces se llamaba clase obrera, y a la presión política ejercida por ésta para transformar sus expectativas en conquistas”⁶³. De ahí que a lo mejor, autores más conservadores basan sus argumentaciones en tener como vigentes hasta hoy, las opiniones políticas y económicas de la Comisión Ortúzar formada durante la Dictadura, la cual no tuteló reforzadamente los derechos sociales; y es por eso, que los Tribunales deniegan (ajustándose a derecho) a quienes ejercen la pretensión de ver garantizados los derechos sociales que demandan (sobre todo el de la protección de la salud); muchas veces con premura, motivados por tener una vida más plena y digna.

En consecuencia, el derecho a la salud es un derecho social consagrado y garantizado por nuestra Constitución, cuyo contenido no sólo se desprende del artículo 19 N° 9, sino que también lo que disponen la ley n° 19.966 y el artículo 12 del PIDESC, lo cual se puede sintetizar como el mayor bienestar físico y psíquico que los ciudadanos pueden exigir y recibir por parte del Estado amparándose en nuestro ordenamiento jurídico; lo que generará bienestar social.

3. Valor jurídico en nuestro Ordenamiento.

El carácter fundamental del derecho a la salud viene dado por la interpretación armónica que se hace de los preceptos constitucionales 19 N° 9, 1 inciso 4°, 5 inciso 2° y 6 inciso 2°; y además, teniendo presente que la Carta no hace distinción alguna entre los derechos expresamente regulados en el artículo 19, considerándolos como fundamentales a todos ellos. De ahí, que *“la garantía estatal del derecho a la salud forma parte de los fines que la propia Constitución le ha fijado, reafirmando el carácter fundamental del derecho, tanto por la universalidad de su titularidad como por la estrecha vinculación del ejercicio del derecho con los fines constitucionales del Estado”*⁶⁴. Así como el Estado tiene el deber de garantizar el derecho a sufragar en forma libre, también tiene el deber de asegurar ciertas prestaciones sociales mínimas que iguallen la brecha entre aquellos que tienen más y

⁶³ Squella, Agustín. (2005) Ob. Cit., pág. 116.

⁶⁴ Bassa Mercado, Jaime. (2009) Ob. Cit., pág. 191.

aquellos que son más desposeídos, porque sin duda, las personas que tienen recursos lo más probable es que, por ejemplo: acudan a servicios de salud de carácter privado. Mientras que los otros, al no tener medios económicos, necesitan que el Estado asuma un rol tutelar y protector de aquellas necesidades básicas mínimas, como es la educación y la salud.

Según lo anterior, esta garantía “*debe ser interpretada en el sentido más favorable al derecho: se debe adoptar aquella interpretación que signifique el acceso efectivo a la salud*”⁶⁵, lo cual va en beneficio de la mayoría de los ciudadanos y no de unos pocos; o del mismo Estado, pues debemos recordar que según el artículo 1 CPR él está al servicio de la persona; y no a la inversa (lo que es propio de regímenes autoritarios), lo cual es un signo propio de los regímenes republicanos y democráticos. Situación en la que se encuentra nuestro país, según lo dispone el artículo 4.

Es fundamental y exigible el derecho a la salud, como lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional, pues los derechos regulados expresamente en el catálogo del artículo 19 “*forman parte de una unidad cuyos componentes se complementan entre sí, en que su aplicación depende de las relaciones concretas que existan entre los derechos atendiendo a las circunstancias del caso concreto*”⁶⁶. Así por ejemplo: nuestro Tribunal Constitucional desde hace poco tiempo ha declarado inaplicable el artículo 38 ter de la ley N° 18.933, pues dicho precepto viola; además del derecho a la salud, la igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2 CPR. Aunque sin entrar, en detalles sobre el fallo en particular, queda de manifiesta que no existe una jerarquía de derechos fundamentales en nuestra Constitución y que por tanto, deben ser interpretados armónicamente como un solo cuerpo normativo.

Así, nuestro Tribunal Constitucional en adelante TC, al declarar inaplicable el precepto señalado anteriormente, por violar el derecho a la salud, señala “*que la Constitución es un sistema orgánico, coherente y armónico de valores y principios y normas, por tanto, ello excluye toda interpretación que anule o prive de eficacia a alguno*

⁶⁵ Bassa Mercado, Jaime. (2009) Ob. Cit., pág. 191.

⁶⁶ Bassa Mercado, Jaime. (2009) Ob. Cit., pág. 183.

de sus preceptos”⁶⁷. Produciéndose así, lo que se denomina el *efecto horizontal de los derechos* y el principio de subsidiaridad imponen a los particulares el deber de dar eficacia a los derechos sociales, en subsidio del Estado.

En consecuencia, el derecho a la salud, es un derecho social exigible, no tan sólo respetado y tutelado por el Estado, sino que también respecto de los particulares en subsidio de aquél, lo cual analizaremos con más detalle en el llamado *Caso Isapres*.

⁶⁷ STC. Rol N° 976-2008. Considerando 34°.

Capítulo III: Tribunal Constitucional: Importancia en la exigibilidad del derecho a la salud.

En este capítulo nos encontraremos con el cambio que han sufrido los derechos sociales y en especial el derecho a la salud en nuestra judicatura, en lo que dice relación con su exigibilidad. Aunque dicho cambio vino del Tribunal Constitucional, en adelante TC.

Pero antes, nos ocuparemos del Régimen general de garantías en salud (Auge) y de cómo Chile al dictar esta normativa, estaba cumpliendo con lo prescrito en el PIDESC en lo concerniente al derecho a la salud, en el sentido que los Estados partes debían, garantizar y tutelar este derecho, lo cual sin duda se avanzó con la dictación de la Ley N° 19.966

Ahora bien, en cuanto al TC, este tribunal se pronunció acerca de la eficacia de los artículos 19 N°s 9 y 18 CPR que regulan el derecho a la salud y a la seguridad social respectivamente. Anteriormente dijimos que en nuestro país el Estado supervisaba el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, pudiendo las personas optar por recibir un sistema público o privado de salud. Con lo cual, surgen las Instituciones de Salud Previsional (Isapres) que son empresas privadas que otorgan prestaciones de salud con cargo a las cotizaciones de las personas que contratan con ellas el respectivo plan y programa. Así, al ser de naturaleza contractual la relación entre las Isapres y las personas, las primeras están sujetas a ciertas limitaciones y prerrogativas, teniendo que actuar dentro de su marco regulatorio que lo constituyen el DFL N° 1, el DL N° 2.763 del año 1979 y las leyes N°s 18.933 y 18.469. Normativa que estará en tela de juicio según lo que dispuso el TC.

1. Breve Referencia al Régimen de Garantías Generales en Salud.

Sin duda uno de los más grandes hitos dentro del gobierno de Ricardo Lagos Escobar, fue la dictación en el año 2004 de la ley N° 19.966, con la cual se crea un Régimen General de Garantías en Salud.

La ley N° 19.966, regula una serie de cuestiones entre estas la cobertura financiera adicional, la responsabilidad del Estado en materia sanitaria, y el procedimiento de mediación entre el paciente y los prestadores de los servicios, distinguiendo entre si se los prestadores se tratan de instituciones públicas (la mediación se produce ante el Consejo de

Defensa del Estado; o bien, de instituciones privadas (en cuyo caso la mediación corresponde a mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud y designados de común acuerdo por las partes en conflicto, quienes, además, deben pagar los honorarios de los mediadores que elijan).

Ahora bien, la parte que podríamos calificar como medular de este régimen de garantías generales en salud, esta dado por que este contiene una serie de programas, enfermedades o condiciones de salud que cuentan con Garantías Explícitas en Salud (en adelante GES), en materia de acceso, calidad, oportunidad y protección financiera, elaborados por el Ministerio de Salud de acuerdo a un procedimiento previamente establecido⁶⁸, contando con certidumbre absoluta en cuanto a los sujetos obligados al otorgamiento, los plazos máximos de atención, y costo de la atención en salud.

La implantación de las enfermedades GES, ha sido gradual pasando de las 25 en su origen, 40 en el año 2006 y 57 en el 2007⁶⁹; y en la actualidad contando con 69 patologías, al constituir un conjunto priorizado, solo las prestaciones GES, gozaran de garantías explícitas, correspondiéndole Al Ministerio de Salud dictar las normas e instrucciones generales sobre acceso, calidad y oportunidad para el resto de las prestaciones en salud que se otorguen a las beneficiarios del Fondo Nacional de Salud Fonasa.

Siendo la justiciabilidad de los derechos sociales una de los temas de mayor debate respecto de estos (así como de los derechos económicos y culturales). La ley N° 19.966, hace un importante avance al respecto, pues consagra a las GES como derechos y dispone mecanismos para su efectivo cumplimiento, otorgándoles el carácter derechos exigibles. Lo que se puede deducir del tenor del inciso segundo del artículo 2 de la ley *“las garantías explícitas en salud serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan”*.

2. Situación Anterior: Inexigibilidad del derecho a la salud ante la Corte Suprema.

Nuestro máximo tribunal de justicia ha conocido numerosos recursos de protección, solicitando, los recurrentes la protección de su salud, de acuerdo a sus particulares sucesos y circunstancias. Ante lo cual, la Corte ha manifestado reiteradamente que los derechos sociales, si bien están reconocidos expresamente en nuestra Constitución, éstos no son justiciables. Conclusión a la que se llega en base a tres argumentos, a saber:

⁶⁸ Establecido en los Artículos 11 y 19 de la Ley N° 19.966.

⁶⁹ Artículo 1° Transitorio de la Ley N° 19.966.

a. *El derecho a la salud se encuentra fuertemente limitado por los recursos económicos de que dispone el Estado.*

Según la ciencia económica, los recursos con los que cuenta un Estado son escasos, mientras que sus necesidades son infinitas. De ahí, que para garantizar la cobertura y satisfacción de éste derecho, es necesario la destinación de recursos económicos que solventen los costos derivados de tales sucesos. De este modo, la Corte tuvo que pronunciarse en torno a la imposibilidad de brindar de inmediato un tratamiento de diálisis a un enfermo que lo solicitaba ante los organismos de salud correspondiente. Sin embargo, nuestro máximo tribunal no dio lugar a tal reclamación, estimando que: “*no puede calificarse de arbitraria la negativa de que se reclama, dado que ella se funda en que el Servicio respectivo no dispone de los medios que la ley prevé para la atención que se solicita, y este hecho priva a la negación de la condición de abusiva o carente de justificación*”⁷⁰.

En este mismo sentido, si la Corte diese lugar a este tipo de reclamaciones, estaría inmiscuyéndose en la esfera de atribuciones y facultades que detentan otros organismos de la Administración del Estado. Ello debido a que las políticas en materia de salud involucran, no sólo la disposición de recursos públicos, sino que también planes y programas de salud, fijación de las normas de acceso a las prestaciones médicas, las cuales dependen directamente del Ministerio de Salud; y no es posible, que los jueces fallen sobre materias que le son ajenas a sus competencias.

No obstante lo anterior, la garantía y satisfacción de todos los derechos fundamentales eroga múltiples costos. Por lo tanto, sería muy simplista sostener que por no disponer de recursos económicos, los derechos sociales ostentan un valor jerárquico inferior frente a los derechos civiles y políticos. Además, los jueces al fallar un determinado conflicto jurídico, lo que hacen no es sólo aplicar el derecho a un caso concreto, sino que además cumplen con un deber constitucional de proteger los derechos constitucionales. Tal como dice Rodolfo Figueroa, los jueces “*se encuentran obligados por la Constitución, la cual tiene un catálogo de derechos, donde no tienen impedimentos constitucionales para hacer respetar los derechos que de ella emanan, y donde existen diversos preceptos que obligan al Estado a respetar y promover los derechos*”⁷¹, como los artículos 1 inciso 4° y 5 inciso 2°.

En ese mismo sentido, se sostiene que los magistrados estarían vulnerando la doctrina clásica de la separación de poderes, en virtud de la cual, cada poder debe ejercer

⁷⁰ Corte Suprema, Gallardo Soto con Servicio de Salud Metropolitano Oriente (1988). Considerando 10°.

⁷¹ Figueroa G.H., Rodolfo. (2009): “*Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Discusión Teórica*” en Revista chilena de Derecho. Vol. 36 N° 3. Pág. 597.

sus atribuciones dentro de un ámbito de competencias expresamente delineados por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el sistema normativo y jurídico de un Estado, no es estático, los poderes actúan en una suerte de colaboración y control permanente. Así, *“tanto el poder ejecutivo como el legislativo adoptan decisiones, crean derecho y ratifican los tratados, pero cuando las normas entran en efecto, el poder judicial debe controlar si esas ramas del Estado están cumpliendo con sus deberes”*⁷². De esta manera, en el caso del derecho a la salud, si los jueces impugnan o de cierta forma se inmiscuyen en decisiones político-administrativa, es debido a que tales políticas infringen derechos constitucionales y al respecto, las Cortes deben arribar ha alguna conclusión jurídica sobre el particular.

b. *El derecho a la salud no es justiciable, desde un punto de vista constitucional, pues no está sujeta a una tutela forzada.*

Al respecto, la Corte Suprema, ha expresado que *“la protección estatal a la salud se encuentra contemplada como garantía constitucional en el artículo 19 N° 9 y de éste lo único incluido en el recurso de protección es el inciso final, referido a que cada persona tendrá derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse sea éste estatal o privado”*⁷³. Sin embargo, esto a nuestro entender, no constituye un argumento contundente, puesto que la Comisión Ortúzar (redactora de nuestra Constitución), despreciaba el contenido de los derechos sociales, y por sobre todo, no deseaba que el Estado tuviese un rol activo en la consiguiente exigibilidad y satisfacción de tales derechos. Esto sumado a que el Estado dejó de tener un rol activo en la economía, tanto en la dictadura como en los posteriores gobiernos de la Concertación, derivó en que los mecanismos constitucionales no estuviesen destinados a la exigibilidad de derechos como el de la educación, vivienda o salud. Más que nada, gracias a la menor intervención del Estado en la actividad económica y la implantación de un sistema de libre mercado, sustentado a través de un modelo neoliberal.

No obstante lo anterior, el argumento de la tutela forzada, parece ir quedando atrás, y posible sostener que el derecho a la salud sí es exigible, no sólo por estar expresamente regulado, sino que también tiene como base la dignidad humana *“y éste es el fundamento de cada uno y todos los derechos fundamentales asegurados en la Constitución”*⁷⁴. En este

⁷² Figueroa G.H., Rodolfo. (2009): Ob. Cit., pág. 601.

⁷³ Corte Suprema, Rojas Vera y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud (2001). Considerando 7°.

⁷⁴ Nogueira Alcalá, Humberto. (2010): *“La Protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de Eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: La sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010, del 6 de Agosto de 2010, sobre la Constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres”* en Estudios Constitucionales, año 8, N° 2, pág. 773.

mismo sentido, los derechos sociales se constituyen como verdaderos derechos fundamentales y su fuerza vinculante es directa para los órganos jurisdiccionales, “*ya que todos ellos se encuentran asegurados en el artículo 19, a través de sus diversos numerales y están protegidos en su contenido esencial por el artículo 19 N° 26, como asimismo todos tienen fuerza normativa que dispone el artículo 6 del texto constitucional siendo todos ellos justiciables, sin distinción alguna*”⁷⁵.

c. El derecho a la vida no da cobertura necesaria para proteger el derecho a la salud.

Nuestro máximo tribunal, recibió numerosos recursos de protección de personas que invocaban atentados o vulneraciones al derecho a la vida, como argumento, para ver satisfecho el derecho a la salud. Sin embargo, de acuerdo a la Corte el derecho a la salud no es equivalente al derecho a la vida, pues esta última garantía es protegida por nuestro ordenamiento frente a los ataques a la vida por la acción de terceros y por enfermedades.

En este mismo sentido, la Corte expresa que “*la garantía del derecho a la vida e integridad física o síquica, que se denuncia como vulnerado, apunta a proteger sólo las conductas que ponen en riesgo y en peligro la vida humana, en este caso, el supuesto peligro de estos pacientes proviene de la enfermedad que ellos padecen y en ningún caso de la autoridad sanitaria, que no ha tenido ninguna relación con el origen de la enfermedad, por consiguiente, estos enfermos al acudir a los distintos Servicios de Salud a solicitar ayuda médica, ya tienen su salud amenazada por la enfermedad que adolecen, la que es causada por un gen la cual los recurridos, no tienen ninguna participación, ni responsabilidad*”⁷⁶.

Sin embargo, como dijimos con anterioridad, los derechos fundamentales forman un bloque común, independiente de cuál sea su contenido, todos ellos forman un todo irreductible y susceptible de complementariedad entre sí. Por lo tanto, los derechos no deben ser analizados individualmente en el caso concreto, sino que deben ser interpretados en forma sistemática y complementaria teniendo a la vista la Carta Fundamental como sistema jurídico y los Tratados Internacionales suscritos por nuestro país y que se encuentren vigentes. Interpretación que debe ser siempre, a favor del individuo, puesto que es el Estado el que está al servicio de la persona humana, dentro de un régimen democrático y republicano.

De este modo, en la doctrina moderna se comienza a hablar de la interdependencia y complementariedad de los derechos fundamentales. Así, también lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, quién “*ha afirmado la interdependencia de los derechos sociales y*

⁷⁵ Nogueira Alcalá, Humberto. (2010): Ob. Cit., pág. 774.

⁷⁶ Corte Suprema, Ossa Aránguiz con Ministerio de Salud, Servicio de Salud del Maule y Servicio de Salud Metropolitano Norte (2002). Considerando 8°.

*derechos individuales, del derecho a la salud con el derecho a la ida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir el ordenamiento jurídico*⁷⁷.

3. Tribunal Constitucional: ¿Cuáles son los nuevos criterios en torno a la exigibilidad de los derechos sociales?

A diferencia de nuestra Corte Suprema, ha sido el Tribunal Constitucional, en adelante TC, el que ha declarado la exigibilidad directa de los derechos sociales, que consisten en prestaciones económicas por parte del Estado. De este modo, ha dicho que son plenamente válidos y eficaces, los derechos a la salud y el de la seguridad social, regulados en los N°s 9 y 18 de la Constitución respectivamente.

En las Sentencias Roles N°s 976, 1218, 1273, 1287 y 1710, desde el año 2008 en adelante, se ha formado el nuevo criterio jurisprudencial en materia de derechos sociales, a través del Recurso de Inaplicabilidad en contra del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (STC roles N°s 976 y 1218) y del artículo 199 del DFL N° 1 del Ministerio de Salud del año 2005 y de las leyes N°s 18.933 y 18.469 (STC rol N° 1287) por infringir lo dispuesto en los numerales 2, 9 y 24 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental.

Ahora bien, para efectos didácticos analizaremos uno a uno, los argumentos esgrimidos por el TC, para declarar inaplicable los preceptos anteriormente señalados, en relación con lo que son los derechos sociales, el derecho a la salud y a la elección del sistema de salud, poniendo énfasis en el sistema privado, controlado y dirigido por las Instituciones de Salud Previsional (Isapres); y lo concerniente a sus planes y programas.

3.1 Los *derechos sociales en tanto derechos fundamentales.*

Los derechos sociales no son meras expectativas o directrices que instituyan el ordenamiento jurídico. Como algunos autores dicen, no son ideales imposibles de alcanzar, sino que de acuerdo al TC son auténticos derechos, tal como los derechos civiles y políticos, y cuya concretización material efectiva no queda suspendida dependiendo de los recursos presupuestarios del Estado que puedan llevarlos a su materialización. En este sentido, el TC claramente sostiene que *“el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno a la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso 2º, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la*

⁷⁷ STC. Rol N° 976-2008. Considerando 32º.

*Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además a protegerlos y promoverlos*⁷⁸. Conforme a esto, la dignidad es el centro de los derechos fundamentales y como tal instituye a todos los derechos, éstos a su vez, se encuentran reconocidos por nuestra Carta Política, y por tanto, deben ser protegidos y promovidos sin ninguna vacilación, por cuanto es una norma jurídico cuyo cumplimiento es lógico en la dinámica de la realidad. Sería irrisorio e ilógico que el Estado no promoviera la tutela de éstos derechos, por razones presupuestarias.

Lo importante, por un lado, es cumplir con un deber constitucional que consiste en dar tutela a todos los derechos consagrados en la Carta, sin hacer distinción alguna, dejando atrás, aunque sea paulatinamente *“la dogmática de filiación (neo) liberal y (neo) conservadora, para lo cual los derechos sociales quedan entregados completamente a las políticas públicas y a la fiscalidad del Estado; y por otro, asumiendo que tratándose de los derechos sociales, económicos y culturales, su tutela judicial ordinaria, especial o extraordinaria se hace difícil, pero ello no obsta a una exigibilidad progresiva, sea imponiendo obligaciones a los poderes públicos u otorgando medios de impugnación a la actividad estatal lesiva o contradictoria con estos derechos*⁷⁹.

Por último, la evidencia más clara sobre la autenticidad de los derechos sociales, y especial del derecho a la salud, se desprende de lo dicho por nuestro TC en el sentido *“que el derecho a la protección de la salud se halla sustancialmente ligado a otros atributos esenciales asegurados en nuestro Código Político, como el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir al ordenamiento la legitimidad ya aludida*⁸⁰.

3.2 Interpretación sistemática de nuestra Carta Fundamental.

La Constitución Política es un conjunto de normas jurídicas que forman un sistema orgánico, coherente y por sobre todo armónico entre todos sus preceptos, formando un todo único e irreductible. De este modo, la interpretación de normas constitucionales debe atender a la finalidad que la Constitución consagra. De ahí, que la labor interpretativa queda excluida o no es procedente, si que anula o priva de eficacia a algunos de sus preceptos que la conforman.

Es por esa razón que nuestro TC le ha establecido que *“los derechos sociales se manifiestan de manera integrada, constituyendo un entramado de normas y principios cuyo alcance no puede apreciarse correctamente sin considerar una visión de conjunto que los*

⁷⁸ STC. Rol N° 1710-2010. Considerando 87°.

⁷⁹ Zúñiga Urbina, Francisco (2008). Ob. Cit., págs. 87-88.

⁸⁰ STC. Roles N°s 976-2008. Considerando 32°.

*incluya a todos ellos y que, también, incorpore su relación a otras disposiciones y valores constitucionales*⁸¹. De este modo, los derechos sociales son absolutamente eficaces y exigibles ante la judicatura, dejando enterrado el argumento, que consiste en la inexigibilidad de aquellos, debido a que no son objeto de una tutela forzada, como el recurso de protección u otra acción de carácter constitucional que lo haga exigible.

En ese mismo sentido, el artículo 1° de la Constitución señala que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, lo cual es muy determinante, pues *“se trata de una disposición que no sólo encabeza la Carta Fundamental, sino que se irradia en todo su articulado. Consecuentemente, todos los preceptos de la Constitución deben subordinarse a su tenor literal y a su significado”*⁸². De ahí, que la labor interpretativa consiste en determinar el real sentido y alcance de un precepto; y así, las normas que consagren los derechos sociales deben ser interpretados en este sentido, favoreciendo aquella que beneficie de un modo absoluto al individuo que solicita la satisfacción y exigibilidad de un derecho tan esencial como la salud.

3.3 Nuevo enfoque sobre el Principio de Subsidiaridad.

Tradicionalmente, se ha entendido al principio de subsidiaridad del Estado en un aspecto *negativo*; vale decir, el aparato estatal debe garantizar a los grupos intermedios la adecuada autonomía para que estos cumplan sus propios fines específicos. Con lo cual, el Estado debe abstenerse de interferir en la actividad de los grupos intermedios cuando éstos desarrollen sus actividades dentro de la Constitución y la ley. Sin embargo, durante mucho tiempo, gran parte de nuestra doctrina no hizo énfasis en el aspecto *positivo* que éste principio involucra, que consiste en que el Estado sí debe tener un rol más preponderante y activo en la realización de actividades esenciales para el bien común y que los particulares no puedan realizar en forma óptima. Así, es de suma importancia que los ciudadanos puedan optar y tengan acceso a servicios públicos eficientes y de calidad, tal como lo son algunos servicios privados, en diversos ámbitos esenciales de la vida, como la educación y la salud.

Nuestro TC, desde la Sentencia rol n° 976 (punto de inflexión en esta materia) le ha dado un nuevo enfoque u orientación a este principio. De este modo, a los particulares, junto con permitirseles realizar sus actividades dentro de un marco legal preexistente, también tienen el deber de dar eficacia a los derechos sociales, puesto que *“no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales*

⁸¹ STC. Roles N°s 1710-2010 y 1273-2010. Considerandos 88° y 47° respectivamente.

⁸² STC. Rol N° 1710-2010. Considerando 85°.

*atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir la vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos*⁸³. El Tribunal en este aspecto estimó que los derechos sociales son exigibles respecto a los particulares, sobre todo en el derecho a la salud, por aplicación del denominado efecto horizontal de los derechos. Situación que queda reflejado expresamente en el denominado *Caso Isapres*, que sin duda marcó un punto de quiebre con la jurisprudencia tradicional en materia de derechos sociales.

La primera sentencia sobre el particular, fue la STC rol n° 976 del año 2008 que vino a resolver un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la ley n° 18.933, denominada ley de Isapres. Sobre todo, en lo referido a los precios de los planes de salud contratados entre las mencionadas instituciones y personas naturales, tomando en consideración la aplicación de la tabla de factores y la consiguiente alza excesiva en el costo de sus planes, cuestión que analizaremos más adelante.

En primer lugar, las instituciones privadas de salud (Isapres) deben dar eficacia a los derechos sociales en subsidio del Estado. Así lo manifiesta el TC, en el sentido que ellas *“tienen asegurados sus derechos en la Carta Política, pero con idéntica certeza ha de afirmarse que se encuentran sometidas a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud”*⁸⁴. Es evidente, que todo derecho presenta como correlato un deber u obligación que debe llevar a cabo el titular de tal prerrogativa. De este modo, las Isapres, de acuerdo a mandato legal pueden llevar a cabo sus actividades lucrativas, pero como contrapartida, ese interés individual, no puede mermar o lesionar el interés colectivo que llevan aparejados los derechos sociales, cual es el bien común, entiendo a esta figura como un fin del Estado. De esta forma, las Isapres *“deben, siempre y en todo caso, procurar que los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, en especial aquel cuya satisfacción les ha sido reconocida y amparada por la Carta Fundamental, no sean afectados en su esencia o menoscabados por la imposición de condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, con sujeción a lo previsto en el artículo 19 n° 26, de la Carta Política”*⁸⁵. Siguiendo este análisis, el ejercicio legítimo de las prerrogativas que tienen las Isapres en la realización de su actividad, no puede menoscabar el goce efectivo y material de las personas naturales que contratan con ellas, por ejemplo: las Isapres no pueden hacer discriminaciones arbitrarias en cuanto sexo o edad, respecto a la tabla de factores que utilizan para estimar el precio de un plan de salud. Como tampoco, están en condiciones de

⁸³ STC. Roles N°s 976-2008 y 1218-2009. Considerandos 34° y 35° respectivamente.

⁸⁴ STC. Rol N° 976-2008. Considerando 37°.

⁸⁵ STC. Rol N° 976-2008. Considerando 38°.

elevanto excesiva o desproporcionadamente el costo de los planes y programas de salud de un año respecto a otro. En este caso, el ejercicio del derecho de las Isapres se encuentra subordinado y jerárquicamente es inferior al interés colectivo o bien común que está en juego en la protección a la salud de las personas.

En segundo lugar, el TC señala expresamente que las normas *“que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos. Es por ello, que el artículo 19 N° 9, de la Carta Fundamental, es para estos efectos, la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud”*⁸⁶. De lo que se desprende, es que las cláusulas de estos contratos no pueden desconocer o lesionar derechos fundamentales, y si así fuese, tales disposiciones son inválidas por contravenir la Constitución, por cuanto es ella el pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico; y como sabemos, jerárquicamente las cláusulas contractuales se encuentran en un nivel inferior al de la Carta Fundamental.

En tercer lugar, las Isapres se encuentran impedidas de realizar alzas de planes de salud desproporcionadas, pues atentan contra el derecho a elegir que tienen las personas entre un sistema público de salud y otro privado, situación que sí se encuentra tutelada por el recurso de protección. De este modo, para la Isapre surge una obligación subsidiaria que se deriva del deber de respetar y promover los derechos consagrados por nuestra Constitución, por ende, es frecuente que las afectadas por tales alzas se vean en la necesidad de emigrar y cambiarse al sistema público de salud, que tiene menos recursos y que en cierta forma se encuentra en una situación de colapso. De acuerdo a esto, nuestro TC ha señalado *“que los seguros privados de salud, en cuanto afectan el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud, los cuales tienen un carácter de orden público, no alterables unilateralmente por Isapres, ni tampoco en forma desproporcionada. Esto, debido a que las normas que regulan esta relación contractual son de orden público, al estar en juego un derecho constitucionalmente consagrado. De ahí, que el aumento del costo del respectivo plan y programa, no pueden ser desproporcionadas, ni excesivas y que lleguen a lesionar el goce de ambos derechos”*⁸⁷.

Por último, cabe hacer presente que el TC hace un verdadero esfuerzo intelectual por compatibilizar principios y garantías propias de un Estado Social de derecho, situación que para algunos se contradice con el origen de nuestra Constitución, marcado por el autoritarismo y liberalismo a ultranza. Puesto que como dice Zúñiga *“la fundamentación se encuentra arraigada en el ius naturalismo que pretende compatibilizar la supremacía, valor y eficacia normativa de la Constitución con derechos sociales, plenamente*

⁸⁶ STC. Rol N° 976-2008. Considerandos 39° y 40°.

⁸⁷ STC. Rol N° 1710-2010. Considerandos 154° y 155°.

*operativos*⁸⁸. Posibilitan de cierta forma, que el principio de subsidiaridad tenga una preponderancia más activa, no sólo para el Estado, sino que también para los privados que realizan actividades en donde están en juego derechos fundamentales.

3.4 *Derecho a la salud e igualdad ante la Ley.*

Al establecerse, diferencias de edad o sexo, en relación a los precios en los contratos de salud, constituye una discriminación arbitraria que contraviene la igualdad ante la ley, regulada en el N° 2 del artículo 19. De ahí, que nuestro TC ha estimado que el artículo 38 ter de la Ley de Isapres *“lesiona la igualdad efectiva ante la ley, cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que justifique un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquella persiga un fin legítima, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”*⁸⁹. Esta discriminación contraviene lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 19, en el sentido que la Constitución asegura a todas las personas: la igualdad ante la ley, y que, ni la ley, ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. En este sentido, el artículo 38 ter es inconstitucional, debido a que atenta en contra de los artículos 19 N°s 2 y 9 de nuestra Carta Fundamental, en orden a que atentan *“en contra de la igualdad ante la ley entre hombre y mujer y la igualdad de acceso a las acciones de salud. Pero por sobretodo, infringiría el artículo 1 inciso 1°, pues en dicho precepto se establece la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen”*⁹⁰. Siendo la dignidad, el motor central de los derechos fundamentales, independiente del contenido que tengan.

La igualdad ante la ley, y el derecho a participar en la vida nacional es un valor esencial en nuestro ordenamiento jurídico, por ende, al establecer discriminaciones sin justificación es un atentado que no se puede soslayar. De esta manera, el TC ha señalado que *“el seguro de salud que opera en el ámbito privado, tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, los precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar”*⁹¹. En la práctica, las mujeres perciben menos ingresos que los hombres, lo cual de cierta forma se ha ido morigerando con el

⁸⁸ Zúñiga Urbina, Francisco (2008). Ob. Cit., pág. 99.

⁸⁹ STC. Rol N° 1273-2010. Considerando 60°.

⁹⁰ STC. Rol N° 1273-2010. Considerando 72°.

⁹¹ STC. Rol N° 1710-2010. Considerando 155°.

correr de los años, situación similar acontece con los niños menores de 2 años y los adultos mayores. Estos sectores de la población son los más afectados por el alza desproporcionada de los mencionados planes, constituyéndose así una discriminación arbitraria en contra de este grupo; y por sobretodo, con los adultos mayores, puesto que *“el aumento exponencial de precios de los planes de salud dejan estas personas, cuando más necesitan del apoyo de las prestaciones, en la imposibilidad de pagarlas por su alto monto y dejándolas en la indignidad, incumpléndose el deber del Estado de garantizarles el acceso al goce prestaciones básicas uniformes, en omisión de todo sentido de solidaridad y equidad social, común a todos los derechos sociales”*⁹². De la argumentación sostenida por el TC, es posible afirmar que la interpretación sistemática de nuestra Carta ha dotado a los derechos sociales de una eficacia plena, que en la práctica debe traducirse en que la tabla de factores urge modificación inmediata, pues ya no sólo está en juego la protección a la salud de las personas (por cierto un derecho esencial), sino que también la igualdad ante la ley, un principio jurídico-político fundamental en la vida en sociedad. Establecer discriminaciones en razón de edad o sexo, dejan a un grupo de personas, bastante considerable, en una situación de indefensión de la cual el Estado debe hacerse cargo, al igual que los privados, puesto que el bienestar social es la manifestación práctica del bien común.

4. Efectos prácticos de la inconstitucionalidad.

El punto de inflexión en materia jurisprudencial, lo produjo la dictación de la sentencia rol n° 976-2008, que declaró inaplicable el artículo 38 ter de la ley N° 18.933, precepto legal que establecía las tablas con los factores de riesgo de los planes privados de salud.

Debido a que en nuestro ordenamiento jurídico no tiene cabida la figura del precedente jurisprudencial, los efectos de la declaratoria de inaplicabilidad sólo se aplican a los recurrentes, aun cuando los factores en cuestión afectan a muchas personas que se encuentran en la misma situación que estos. Por lo que es perfectamente posible que en situaciones similares, el Tribunal Constitucional, falle de un modo diferente.

Ahora bien, en la sentencia rol n° 1710-2010 la situación es distinta, pues al solicitarse por parte de los recurrentes la inconstitucionalidad del artículo 38 ter N°s 1, 2, 3 y 4 inciso 3° de la Ley de Isapres, es posible encontrar tres efectos, en que el Tribunal Constitucional manifiesta:

a. Que según el artículo 94 inciso 3° de nuestra Carta Fundamental, *“el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la*

⁹² Nogueira Alcalá, Humberto (2010). Ob. Cit., pág. 794.

sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo". Con lo cual, el precepto señalado en el párrafo anterior es excluido del ordenamiento jurídico por atentar contra derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como la igualdad ante la ley y el derecho a la salud.

b. *Al legislador a determinar la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán reajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo*⁹³. Lo cual, debe llevarse a cabo sin establecer criterios discriminatorios como la edad o sexo de los cotizantes.

c. *Expulsar algunas normas contractuales del ordenamiento jurídico, durante el desarrollo de dicho contrato*⁹⁴, puesto que el contrato de salud suscrito por el cotizante y la Isapre respectiva, tiene elementos de orden público, que priman por sobre la autonomía de la voluntad, debido a que su ejecución está relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales, como el derecho a la seguridad social. De esto, se desprende que tal contrato es indefinido, de tracto sucesivo y revisable periódicamente.

Desde un punto de vista jurídico, nuestro Tribunal Constitucional ha estimado que el derecho a la salud es un derecho social exigible. Debido a que por una parte, la dignidad humana es el núcleo fundamental de todos los derechos consagrados en nuestro ordenamiento constitucional, razón por la cual la interpretación de los derechos fundamentales debe ser armónica con el sistema de derechos que regula nuestra Carta Fundamental; y por otra, la elección del sistema de salud que los ciudadanos estimen convenientes, debe llevarse a cabo de un modo práctico y efectivo; y no puramente ideal, puesto que a los ciudadanos no les queda más opción que elegir el sistema público de salud, debido al alto costo de los planes y programas del sistema de salud privado, lo que trae como consecuencia que tengamos un sistema privado de salud abundante en recursos y con menos cotizantes que el sector público, quién debe soportar a una cantidad mayor de personas y con menores recursos.

⁹³ STC. Rol N° 1710-2010. Considerando 163°.

⁹⁴ STC. Rol N° 1710-2010. Considerandos 170° y 171°.

Conclusiones.

1. Los derechos sociales en nuestra Constitución Política tienen la misma jerarquía, validez y eficacia que los demás derechos fundamentales consagrados en ella. En consecuencia, no es posible argumentar la inexigibilidad de los derechos sociales, basándose en que los recursos del Estado son finitos, ya que otros derechos como los civiles y políticos, también irrogan gastos.

2. Nuestro país, al suscribir el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debe crear las condiciones necesarias, dentro de sus posibilidades, para dar satisfacción a los derechos sociales, ahora este mandato no conlleva que el Estado se desligue de su rol de asegurar un pleno ejercicio de los derechos sociales, basándose exclusivamente, en que no está dentro de sus posibilidades dar satisfacción a estos derechos.

3. La dignidad humana es el núcleo fundamental de todos los derechos consagrados en nuestro ordenamiento constitucional. De ahí, que la Constitución debe ser interpretada como un sistema de normas, valores y principios, de un modo coherente y pleno. De ahí, que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con la protección del derecho a la vida, por cuanto ambos deben ser interpretados en forma complementaria, de manera que sea efectiva su protección.

4. La aplicación del Principio de Subsidiariedad, no sólo obliga al Estado abstenerse de intervenir en aquellos ámbitos, en donde intervengan los particulares. Sino que también, ellos están obligados a contribuir, mediante un rol activo tendiente a garantizar la consecución del bien común; y con un énfasis en las Isapres, de dar protección a la salud de sus contratantes.

5. Las sucesivas sentencias del Tribunal Constitucional, en relación a considerar inconstitucional los incisos 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 38 ter de la denominada “ley de Isapres” han generado una nueva mirada hacia la exigibilidad de los derechos sociales, siendo un avance en relación a los fallos emanados de la Corte Suprema que iban en un sentido contrario. Es por ello, que el Tribunal Constitucional ha señalado que los aumentos en los costos de los planes y programas de salud en el sistema privado, por aplicación de la tabla de factores tomando en consideración, la edad o sexo de los contratantes, constituye una discriminación arbitraria que atenta en contra de la igualdad ante la ley y el derecho a la seguridad social.

Bibliografía.

I. Libros.

Bassa Mercado, Jaime (2009): *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*. Legal Publishing. Santiago de Chile.

Cea Egaña, José Luis. (2004): *Derecho Constitucional chileno. Tomo II: Derechos, Deberes y garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.

García-Huidobro, Joaquín (1987): *Defensa y Rescate de los Derechos Humanos*. Edeval. Valparaíso. Chile.

Mayorga Lorca, Roberto (1990): *Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Segunda Edición.

Nogueira Alcalá, Humberto (2008): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo III. Los Derechos Sociales Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca.

II. Textos Especializados.

Abramovich, Víctor-Courtis Christian (1997). “*Hacia la Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación en los tribunales locales*”. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Editores del Puerto.

Atria, Fernando (2004): “*¿Existen derechos sociales?*”, en *Discusiones, DOXA*, N° 4, Alicante.

Carbonell, Miguel (2008): “*Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: Esbozo de algunos problemas*”, en Revista de Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2.

Figuerola G.H., Rodolfo (2009): “*Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Discusión Teórica*” en Revista chilena de Derecho. Vol. 36 N° 3.

Jordán, Tomás Pablo (2005): “*Ley N° 19.966, que Crea un Régimen General de Garantías en Salud. Sinopsis y Análisis desde la Perspectiva de los Derechos Humanos*”. Anuario de Derecho Humanos.

Jordán, Tomás Pablo (2007): “*La Posición y el Valor jurídico de los Derechos Sociales en la Constitución chilena*”. Estudios Constitucionales, año 5, N° 2.

Martínez Estay, José Ignacio (2010): “*Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena*”. Estudios Constitucionales, año 8, N° 2.

Navarro Beltrán, Enrique (2005): “*Reformas Constitucionales Pendientes*” en XXXV Jornadas chilenas de Derecho Público. El Derecho Público chileno ante la Globalización. Edeval. Tomo I.

Nogueira Alcalá, Humberto (2010): “*La Protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de Eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: La sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010, del 6 de Agosto de 2010, sobre la Constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres*” en Estudios Constitucionales, año 8, N° 2.

Squella, Agustín. (2005): “*El Derecho a la Salud como uno de los Derechos Fundamentales de las Personas*” en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, N° 23.

Zúñiga Urbina, Francisco (2008): “*Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”. Revista de Derecho CDE N° 20.

III. Jurisprudencia Citada.

Gallardo Soto con Servicio de Salud Metropolitano Oriente (1988): Corte Suprema.

Rojas Vera y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud (2001): Corte Suprema.

Ossa Aránguiz con Ministerio de Salud, Servicio de Salud del Maule y Servicio de Salud Metropolitano Norte (2002): Corte Suprema.

Rol N° 976 (2008): Tribunal Constitucional de Chile. 26 de junio de 2008.

Rol N° 1218 (2009): Tribunal Constitucional de Chile. 7 de julio de 2009.

Rol N° 1273 (2010): Tribunal Constitucional de Chile. 20 de abril de 2010.

Rol N° 1710 (2010): Tribunal Constitucional de Chile. 6 de agosto de 2010.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Los Estados Partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto, Conviene en los artículos siguientes:

PARTE I

Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán al ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

PARTE II

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Artículo 4

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos

únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

PARTE III

Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Artículo 7

Los Estados Partes en el Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativa y satisfactoria que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores.
- i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
- ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

- a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
- b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;
- c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las

que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho a huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

Artículo 9

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Artículo 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos programas concretos, que se necesiten para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logre la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:
 - a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
 - b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios

- sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
 - e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza; y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 14

Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.

Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

PARTE IV

Artículo 16

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo.

2. a) Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto.
b) El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá también a los organismos especializados copias de los informes, o de las partes pertinentes de éstos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que además sean miembros de esos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con

materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos.

Artículo 17

1. Los Estados Partes en el presente Pacto presentarán sus informes por etapas, con arreglo al programa que establecerá el Consejo Económico y Social en el plazo de un año desde la entrada en vigor del presente Pacto, previa consulta con los Estados Partes y con los organismos especializados interesados.

2. Los informes podrán señalar las circunstancias y dificultades que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones previstas en este Pacto.

3. Cuando la información pertinente hubiera sido ya proporcionada a las Naciones Unidas o a algún organismo especializado por un Estado Parte, no será necesario repetir dicha información, sino que bastará hacer referencia concreta a la misma.

Artículo 18

En virtud de las atribuciones que la Carta de las Naciones Unidas le confiere en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, el Consejo Económico y Social podrá concluir acuerdos con los organismos especializados sobre la presentación por tales organismos de informes relativos al cumplimiento de las disposiciones de este Pacto que corresponden a su campo de actividades. Estos informes podrán contener detalles sobre las decisiones y recomendaciones que en relación con ese cumplimiento hayan aprobado los órganos competentes de dichos organismos.

Artículo 19

El Consejo Económico y Social podrá transmitir a la Comisión de Derechos Humanos para su estudio y recomendación de carácter general, o para información, según proceda, los informes sobre derechos humanos que presenten los Estados conforme a los artículos 16 y 17, y los informes relativos a los derechos humanos que presenten los organismos especializados conforme al artículo 18.

Artículo 20

Los Estados Partes en el presente Pacto y los organismos especializados interesados podrán presentar al Consejo Económico y Social observaciones sobre toda recomendación de carácter general hecha en virtud del artículo 19 o toda referencia a tal recomendación general que conste en un informe de la Comisión de Derechos Humanos o en un documento allí mencionado.

Artículo 21

El Consejo Económico y Social podrá presentar de vez en cuando a la Asamblea General informes que contengan recomendaciones de carácter general así como un resumen de la información recibida de los Estados Partes en el presente Pacto y de los organismos especializados acerca de las medidas adoptadas y los progresos realizados para lograr el respeto general de los derechos reconocidos en el presente Pacto.

Artículo 22

El Consejo Económico y Social podrá señalar a la atención de otros órganos de las Naciones Unidas, sus órganos subsidiarios y los organismos especializados interesados que se ocupen de prestar asistencia técnica, toda cuestión surgida de los informes a que se refiere esta parte del Pacto que pueda servir para que dichas entidades se pronuncien, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de las medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del presente Pacto.

Artículo 23

Los Estados Partes en el presente Pacto convienen en que las medidas de orden internacional destinadas a asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el presente Pacto comprenden procedimientos tales como la conclusión de convenciones, la aprobación de recomendaciones, la prestación de asistencia técnica y la celebración de reuniones regionales y técnicas, para efectuar consultas y realizar estudios, organizadas en cooperación con los gobiernos interesados.

Artículo 24

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto.

Artículo 25

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

PARTE V

Artículo 26

1. El presente Pacto estará abierto a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en el presente Pacto.
2. El presente Pacto está sujeto a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
3. El presente Pacto quedará abierto a la adhesión de cualquiera de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.
4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Pacto, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

Artículo 27

1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 28

Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Artículo 29

1. Todo Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Pacto, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las Propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara a favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

3. Cuando tales enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.

Artículo 30

Independientemente de las notificaciones previstas en el párrafo 5 del artículo 26, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del mismo artículo:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el artículo 26;
- b) La fecha en que entre en vigor el presente Pacto conforme a lo dispuesto en el artículo 27, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el artículo 29.

Artículo 31

1. El presente Pacto, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Pacto a todos los Estados mencionados en el artículo 26.

EN FE DE LO CUAL, los infrascritos, debidamente autorizados para ello por sus respectivos Gobiernos, han firmado el presente Pacto, el cual ha sido abierto a la firma en Nueva York, el decimonoveno día del mes de diciembre de mil novecientos sesenta y seis.