

Tesina:

POR UNA TUTELA CONSTITUCIONAL EFECTIVA DE LOS
DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS
FUNDAMENTALES

Autores: HARRY JEREZ DÍAZ Y ARTURO CARRASCO AGUILERA.

Profesor guía: JAIME BASSA MERCADO.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES	4
1. <i>Derechos fundamentales como derechos de libertades clásicas</i>	4
2. <i>Concepto de derechos fundamentales</i>	6
3. <i>Argumentos frente a la interpretación clásica: derechos sociales como derechos fundamentales</i>	7
III. IRRADIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	13
1. <i>Cambio de paradigma: Drittwirkung</i>	13
2. <i>Construcción del efecto irradiación en Alemania</i>	15
3. <i>Derechos fundamentales como principios</i>	17
4. <i>Clases de Drittwirkung</i>	20
IV. JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO: DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES Y EFECTO DE IRRADIACIÓN	21
1. <i>Derechos sociales como derechos fundamentales</i>	21
2. <i>Efecto irradiación: Los derechos fundamentales obligan a los particulares</i>	27
V. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	30
1. <i>Antecedentes e ideas preliminares</i>	30
2. <i>Evolución histórica del principio de subsidiariedad</i>	31
3. <i>Igualdad y libertad fáctica o real y la subsidiariedad del Estado</i>	35
4. <i>Configuración legislativa de los derechos sociales, a la luz del principio de subsidiariedad del Estado</i> ..	37
CONCLUSIONES.....	41
BIBLIOGRAFÍA	44
JURISPRUDENCIA UTILIZADA	46

RESUMEN: Los derechos sociales se han entendido, por una parte de los operadores jurídicos, como meras cláusulas programáticas. Asimismo el único efecto que se reconoce a los derechos fundamentales es el vertical, pues se entiende que el Estado es el único posible de vulnerar la libertad de los individuos. En este trabajo se abogara por una tutela constitucional efectiva de los derechos sociales, para lo cual en primer lugar se argumentara a favor de comprenderlos como derechos fundamentales. En segundo lugar se presentara el efecto irradiación de los derechos fundamentales, haciendo hincapié en la necesidad de su reconocimiento y como este es recogido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Por último se hará referencia al principio de subsidiariedad, describiendo como este ha sido interpretado en post de una tutela restringida de los derechos sociales.

PALABRAS CLAVE: Derechos Fundamentales, Derechos Sociales, Efecto Irradiación, Tribunal Constitucional, Principio de Subsidiariedad.

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente en Chile se ha adherido por los operadores jurídicos a la noción de derechos fundamentales que identifica únicamente los derechos de libertad, o denominados derechos de primera generación como fundamentales, estando destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público, constituyendo derechos a acciones negativas del Estado, es decir omisiones. Así los derechos fundamentales sólo irradiarían el efecto vertical en el ordenamiento jurídico, dado que la relación jurídica establecida por los derechos individuales es entre el ciudadano y el Estado.

Esta noción de los derechos fundamentales, impacta directamente en la devaluada tutela constitucional de los derechos sociales, pues estos no serían auténticos derechos sino meros principios rectores o cláusulas programáticas. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales nada pueden ni deben hacer para tutelarlos, mientras que su efecto quedaría sólo limitado a la relación ciudadano/Estado.

El presente trabajo tiene por objeto argumentar por una posición de tutela constitucional efectiva de los derechos fundamentales, entendiendo que los derechos sociales serían derechos fundamentales propiamente tales e irradiarían el efecto horizontal en todo el ordenamiento jurídico. Para dicho fin, en

un primer momento, refutaremos las tesis que se han dado a favor de una tutela devaluada de los derechos sociales frente a los civiles y políticos adhiriendo a una concepción más amplia de los derechos fundamentales y abogando por una protección jurisdiccional *efectiva* de los derechos sociales.

En segundo lugar se revisara el efecto irradiación de los derechos fundamentales, el cambio de paradigma; desde el mero efecto vertical al efecto horizontal, su construcción jurisprudencial y dogmática en Alemania, la inmediatez o mediatez del efecto horizontal.

En el tercer capítulo se analizara alguna jurisprudencia relativa al derecho a la salud y seguridad social del Tribunal Constitucional chileno, a la luz de las doctrinas revisadas anteriormente, adelantando que esta magistratura se ha valido de la teoría de la inmediatez del efecto horizontal a la hora de decidir un criterio de hermenéutica constitucional sobre este tema.

Por último analizaremos la evolución histórica del principio de subsidiariedad y la percepción liberal clásica y neoliberal, y como influyen determinantemente estas ideologías en la debilitada tutela de los derechos sociales.

II. DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Derechos fundamentales como derechos de libertades clásicas

El origen de los derechos fundamentales se remonta atrás en el tiempo, transitando desde el mundo de las ideas hacia el mundo de la historia por primera vez de forma completa en la América de 1776 con la *Virginia Bill of Rights* y en Francia en 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹. Las revoluciones de finales del siglo XVIII, reconocen la existencia de unos derechos naturales individuales, contribuyendo especialmente la figura de John Locke, el que pensaba que “el estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, libertad y posesiones”².

¹ ALEXY, Robert (2009): “*Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*”, En: *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed. Miguel Carbonell, 4º ed., Madrid: Trotta, p. 32.

² LOCKE, John (2000): “*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*”, traducción y prólogo de Carlos Mellizo, Madrid: Alianza Editorial, p. 134.

Esta idea, de entender a los derechos fundamentales como defensa frente a los ataques del hombre en el estado de naturaleza, permanece una vez que se produce el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil, sólo que ahora pasan a limitar la acción del poder político³. Bajo esta concepción clásica, los derechos fundamentales están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado⁴. Así la Constitución es la que establece el marco jurídico para la distribución del poder y el estatuto normativo del Estado, mientras que la legislación común regula las relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, siendo los únicos peligros para la libertad los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado⁵.

Bajo esta concepción, el Estado era concebido como una estructura vertical, cuyos objetivos eran la garantía de la libertad, de la convivencia pacífica, de la seguridad y propiedad individual y la ejecución de ciertos servicios públicos⁶.

Por lo dicho, los derechos fundamentales se han entendido en el plano teórico, como los derechos de libertades clásicas, estando destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público, constituyendo derechos a acciones negativas del Estado, es decir omisiones.

Podría decirse que los derechos fundamentales “son aquellos intereses o necesidades a los que mayor relevancia se asigna dentro de un ordenamiento jurídico, de hecho se encuentran incorporados en las normas de mayor valor en este último, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos”⁷.

Los derechos sociales se encuentran consagrados en la Declaración de Derechos Humanos del año 1948, incluyendo además de los derechos civiles y políticos, los llamados *derechos económicos* y

³ DE DOMINGO PÉREZ, Tomás (2006): “*El problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales desde una perspectiva histórica*”, [en línea, formato PDF], [Fecha de consulta 12/6/2012], Disponible en: http://vlex.com/vid/eficacia-horizontalperspectivahistorica217311685?ix_resultado=2.0&query%5Bbuscable_id%5D=ES&query%5Bbuscable_type%5D=Pais&query%5Bq%5D=eficacia+horizontal+de+los+derechos+fundamentales, pp. 3 y 4.

⁴ ALEXY, Robert (2008): “*Teoría de los derechos fundamentales*”, Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido”, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 383.

⁵ CONTRERAS, Pablo (2009): “*Poder privado y derechos: eficacia horizontal y ponderación de los derechos fundamentales*”, Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, pp. 27 y 28.

⁶ BASSA MERCADO, Jaime (2009): “*El Estado Constitucional de Derecho: efectos sobre la constitución vigente y los derechos sociales*”, Santiago: Legal Publishing Chile, Segunda edición, pp. 54 y 55.

⁷ PISARELLO, Gerardo (2007): “*Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*”, Madrid: Editorial Trotta, p.80.

sociales, que se fueron incorporando a las constituciones liberales a lo largo del siglo XX. Asimismo, pese a que estos derechos de *segunda generación*, como también se los conoce, fueron ratificados igualmente por una Convención especial en diciembre de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸, continúan sin ser efectivamente implementados en la mayoría de los países en desarrollo para no hablar de los países pobres. No obstante la positivización de los derechos sociales, ya sea a nivel de Constitución o su incorporación en los tratados internacionales concernientes a la materia, no son tutelados de manera efectiva. En este sentido, es necesario señalar que Chile se encuentra en mora respecto de sus obligaciones internacionales, y desde hace bastante tiempo⁹.

2. Concepto de derechos fundamentales

Para una tutela efectiva de los derechos fundamentales, adherimos a la siguiente definición, la cual incluye tanto a los derechos de libertades como a los derechos sociales. Los derechos fundamentales son *“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”*¹⁰. De esta definición se desprende que los derechos sociales forman parte de los derechos fundamentales, pues al constituir derechos subjetivos, es decir, una expectativa positiva o negativa, no existe problema con concebir a los derechos sociales como prestaciones, dado que no pierden la calidad de derechos fundamentales.

Entendiendo a los derechos sociales como derechos fundamentales, es menester abogar por un sistema de garantías frente a los poderes, privados o públicos, a la altura al menos del diseñado para los derechos civiles en el Estado de Derecho clásico, entendiendo a los derechos sociales como derechos

⁸ El PIDESC fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966. Fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969 y ratificado el 10 de febrero de 1972. Sin embargo, sólo se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de mayo de 1989, fecha en que se publica en el Diario Oficial (Decreto N°326, Ministerio de Relaciones Exteriores).

⁹ Un trabajo en este sentido es, “el informe de Chile ante el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales: El Papel Del Derecho”, de Domingo Lovera, disponible en:

http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones/documentos/Chile%20y%20desc_LOVERA_FINAL.doc.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi (2009a): *“Los fundamentos de los derechos fundamentales: Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo”*, Madrid: Editorial Trotta, p. 19.

fundamentales y no como meros programas o aspiraciones político-sociales, elevadas a nivel constitucional.

A continuación expondremos algunas razones a favor de una tutela constitucional efectiva de los derechos sociales, al confrontarse las tesis clásicas sobre éstos con argumentos que los entienden como derechos fundamentales propiamente tales, y de esta forma superar su percepción devaluada.

3. *Argumentos frente a la interpretación clásica: derechos sociales como derechos fundamentales*

Desde el discurso jurídico-político se pueden esgrimir a lo menos cuatro tesis que sustentan la devaluada satisfacción de los derechos sociales, y que contribuye a no comprenderlos como derechos fundamentales. Estas son las siguientes:

a) *Tesis histórica:* Según esta tesis los derechos sociales serían derechos de segunda o tercera generación, es decir, los que vinieron después de los civiles y políticos o los que vendrán una vez que estos últimos sean satisfechos¹¹. El problema de esta tesis, es la reducción que hace de la historia de los derechos sociales, identificándolos solamente como derechos de reconocimiento en la segunda mitad del siglo XX, siendo que la historia de los mismos es larga y compleja.

En la Antigüedad como en el Medioevo, existieron diferentes mecanismos institucionales orientados a paliar situaciones extendidas de pobreza y a asistir a los colectivos más necesitados, como ocurría en la polis ateniense con el acceso a baños públicos, a la cultura o al ejercicio mismo de la participación política o las primeras leyes agrarias que aseguraban una cantidad mínima de alimentos en la Roma republicana¹².

Por su parte en la época moderna, con sus grandes revoluciones, la reivindicación de derechos de asistencia y de acceso a recursos básicos apareció como una exigencia de los sectores populares acompañada de la demanda simultánea de extensión de los derechos de participación, los llamados derechos civiles. Un ejemplo de lo anterior es la Constitución democrática Jacobina de 1793, que junto con reconocer el igual derecho de los ciudadanos a concurrir a la formación de la ley y a la designación

¹¹ PISARELLO (2007), p. 19.

¹² PISARELLO (2007), p. 20.

de sus mandatarios o agentes (art. 29), establecía el deber de instaurar socorros públicos que velaran por la subsistencia de los ciudadanos desgraciados (art. 21) y de asegurar a todos la instrucción pública¹³.

La historia de los derechos sociales y su reivindicación se inscribe en un largo período, que comienza con las grandes revoluciones sociales del siglo XIX, se extiende de manera vigorosa en el último tercio de siglo y se estabiliza tras la segunda posguerra¹⁴. Incluso es posible detectar políticas institucionales dirigidas a resolver situaciones de pobreza y exclusión social como ocurría en Roma y Atenas. En consecuencia hablar de los derechos sociales como derechos de segunda generación, de reconocimiento tardío, es evitar su larga y compleja historia.

b) Tesis filosófica normativa: Esta tesis asigna una posición subalterna, en términos axiológicos, a los derechos sociales frente a los derechos civiles y políticos clásicos. Se dice que estos últimos, se encuentran vinculados más estrechamente a bienes que son fundamentales para cualquier persona, como su vida, integridad física, libertad de expresión, etc¹⁵. Es por esto que se argumenta que los derechos sociales no son inherentes a la idea de Constitución, por lo que es perfectamente concebible una Constitución sin derechos sociales, como por ejemplo, las Constituciones de mayor relevancia en el mundo, como la inglesa, la norteamericana e incluso la alemana, no cuentan con derechos sociales¹⁶. Lo dicho puede ser confrontado con la ayuda del principio de dignidad.

El principio de dignidad constituye un elemento central en las justificaciones modernas de los derechos fundamentales, así lo reconoce también el Tribunal Constitucional chileno como veremos más adelante. Se ha pretendido reducir la noción de dignidad a los derechos con los cuales guardaría una conexión más estrecha (los derechos civiles), quedando los derechos sociales en una mayor distancia de dicho principio, lo que justificaría su tutela debilitada¹⁷.

El principio de dignidad lo entendemos en un doble sentido, primero como la rebelión contra la imposición de condiciones opresivas o humillantes de vida y en segundo término, complementando al

¹³ PISARELLO (2007), p. 22.

¹⁴ PISARELLO (2007), p. 20.

¹⁵ PISARELLO (2007), p. 37.

¹⁶ MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2010):“Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia Chilena”, [en línea, formato PDF], En: Estudios Constitucionales Año 8 N°2, pp. 125-166, [Fecha de consulta 12/4/2012], Disponible en: http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano8_2_2010/articulo5.pdf, p. 134.

¹⁷ PISARELLO (2007), p. 40.

primero, este principio estaría ligado estrechamente al conjunto de condiciones para la maximización de la autonomía y al libre desarrollo de la propia personalidad¹⁸.

Entendiendo de esta forma el principio de dignidad, la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles, políticos y sociales resulta obligada ya que este principio, está conectado a la satisfacción de aquellas necesidades que permiten perseguir libremente fines y planes de vida propios y participar en la construcción de la vida social.

Con esta interdependencia e indivisibilidad, los derechos de libertad no corren el riesgo de verse *vaciados* en su contenido, puesto que al tutelarse efectivamente los derechos sociales, las condiciones para la maximización de la autonomía se reconocen y se protegen. Por ejemplo, el derecho a la vida o integridad física no se realiza en la sociedad sin un derecho a un nivel adecuado de salud, o la libertad de expresión resulta desnaturalizada sin una educación crítica y de calidad.

El presupuesto para que efectivamente se satisfaga la libertad y la persona realice los planes de vida que trace según su autonomía de la voluntad, son los derechos sociales, ya que de esta forma la dignidad de la persona, en el doble sentido antes expuesto, se respeta y garantiza. La dignidad humana y el derecho a una vida digna fundamental se materializan con una tutela, tanto de los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales¹⁹.

Por lo tanto, no existe ninguna razón jurídica para que los derechos sociales se encuentren subordinados axiológicamente a los derechos civiles y políticos, ya que la dignidad de la persona exige para su respeto las condiciones materiales para una libertad real o efectiva.

c) Tesis teórica: Desde esta tesis se propugna que entre los derechos de libertades y los derechos sociales existe una tajante diferencia estructural. Los primeros sólo generarían obligaciones de abstención, por lo cual serían baratos y de tutela sencilla, mientras que los segundos serían, por lo

¹⁸ PISARELLO (2007), p. 39.

¹⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009): “*Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*”, [en línea, formato PDF], En: Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año n°2, pp. 143-205, [Fecha de consulta 01/6/20129], Disponible en internet: <http://vlex.com/vid/micos-culturales-efectivos-latinoamericano-73780088>, p. 154.

general, exclusivamente prestacionales²⁰. Desde esta perspectiva, lo determinante para la justificación de una tutela debilitada de los derechos sociales frente a los de libertades, es su carácter prestacional, entendiendo que el Estado, como cualquier agente económico, no puede sustraerse al problema básico sobre el que se estructura la ciencia económica, es decir, la escasez de los recursos²¹.

A lo anterior se podría argumentar que ni los derechos civiles pueden caracterizarse sólo como derechos negativos, de abstención y en consecuencia no onerosos, ni los derechos sociales actúan siempre como derechos positivos o prestacionales.

Existen supuestos en que los derechos de libertad también exigen obligaciones de hacer, así por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión y el de propiedad. El derecho de libertad de expresión comprende una dimensión prestacional ya que exige la habilitación de centros culturales, plazas, espacios gratuitos en radio o televisión, o el derecho a voto que incluye el despliegue de una estructura, como lo es en Chile el Tribunal Calificador de Elecciones. El derecho de propiedad por su parte, encierra un sinnúmero de prestaciones públicas, como la creación de registros de propiedad hasta la financiación de juzgados, fuerzas de seguridad, con el objeto de garantizar los contratos en que la propiedad se encuentra presente²². Estos derechos se calificarían sólo como negativos, como una simple prohibición de censura en el primero de dichos derechos, mientras que en el segundo como la mera ausencia de interferencias arbitrarias.

Los derechos sociales por su parte, tiene una estructura que no se agota sólo en un simple derecho a prestaciones. Por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación puede incluir un derecho a defensa, derecho a protección, derecho al procedimiento, derecho a una prestación. Lo anterior también ocurre en el caso del derecho al trabajo con sus diferentes derechos especiales tales como, libre elección de profesión, derecho a un puesto de trabajo, a un salario justo, condiciones de trabajo adecuadas, descanso, protección a un determinado grupo de personas, derecho a huelga²³. Al respecto Robert Alexy propone utilizar un concepto amplio de derecho prestacional, siendo: *“todo derecho a una acción positiva, es decir, a una acción del Estado, es un derecho prestacional. De esta manera el derecho prestacional es la contrapartida exacta del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a una acción negativa, es decir, a una omisión por parte del Estado. La escala de*

²⁰ MARTÍNEZ (2010), pp. 132, 133 y 134.

²¹ MARTÍNEZ (2010), p. 133.

²² PISARELLO (2007), p. 60.

²³ ALEXY (2008), p. 392.

*las acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho prestacional se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos, por medio de normas del derecho penal, pasa por la creación de normas de organización y procedimiento, llega hasta prestaciones en dinero y en bienes*²⁴.

Por lo expuesto, sería sólo aparente la diferencia estructural entre estas clases de derechos fundamentales, dado que todos los derechos civiles y políticos al igual que los derechos sociales entrañan una cierta dimensión distributiva, un deber positivo del Estado, presentándose como derechos complejos, tanto positivos como negativos.

d) Tesis dogmática: Según esta tesis, los derechos sociales no son derechos fundamentales por carecer de garantías similares a las contempladas para los derechos civiles y políticos. En otras palabras, un derecho formalmente reconocido pero no justiciable, es decir no aplicado por lo órganos judiciales sería un derecho inexistente. Para confrontar esta tesis seguiremos en este tema a Luigi Ferrajoli.

La identificación de los derechos fundamentales con sus garantías se debe a la teoría del derecho de Hans Kelsen, según la cual el derecho subjetivo se configura como un mero reflejo de una obligación jurídica²⁵, afirmando que *“tener un derecho subjetivo es encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial, la que impone la sanción al individuo que, de acuerdo con la misma resolución, ha cometido el acto antijurídico o violado su deber”*²⁶.

Según Ferrajoli, si se confunde derechos y garantías, como lo haría la teoría de Kelsen, resultarían descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, nos referimos a la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, pues se arribaría a la conclusión que más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho²⁷. En consecuencia aún encontrándose positivados en la Constitución, los derechos sociales no serían derechos ya que no se contemplan garantías para tutelarlos.

²⁴ ALEXY (2008), p. 391.

²⁵ KELSEN, Hans (1979): “Teoría Pura del Derecho”, traducción de R.J. Vernengo, México: UNAM, p. 141.

²⁶ KELSEN (1979), p. 102.

²⁷ FERRAJOLI (2009a), p. 45.

Para superar esta idea, es menester distinguir entre derechos subjetivos (expectativas positivas o negativas) por una parte, y garantías (primarias y secundarias) por otra. La garantía primaria *“es la del derecho subjetivo al deber concerniente al sujeto en relación jurídica con su titular, mientras que la garantía secundaria es la del derecho subjetivo al deber que, en caso de violación, incumbe a un juez aplicar la sanción”*²⁸.

Es en razón de la naturaleza positiva y nomodinámica del derecho moderno, en contraposición a un sistema nomoestático²⁹, que se debe realizar la distinción anterior, ya que en virtud del principio de legalidad como norma de reconocimiento de las normas positivamente existentes, los derechos existen si se encuentran normativamente establecidos, así como las garantías, constituidas por las prohibiciones y obligaciones existen sólo si también se encuentran normativamente establecidas³⁰.

La consecuencia de esta distinción en el plano teórico es que el nexo entre expectativas (derechos) y garantías, no es de naturaleza empírica sino normativa, por lo cual la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar, mientras que las violaciones de derechos cometidas por los mismos poderes deben ser consideradas como antinomias indebidas que es obligatorio sancionar³¹.

En suma, que no existan las garantías para un derecho sólo da cuenta que existe una laguna jurídica, siendo el deber de los poderes públicos concretar las garantías secundarias para la tutela efectiva de los derechos sociales. Por tanto, el carácter de fundamentalidad de un derecho no se determina por la existencia o ausencia de garantías concretas, sino es su consagración positiva en aquellas normas consideradas fundamentales lo que obliga a los operadores jurídicos a maximizar, bien por vía interpretativa, o por medios de reformas, los mecanismos que permitan su protección³².

De todo lo expuesto, concluimos que los derechos sociales son derechos fundamentales propiamente tales. Ciertamente la satisfacción de los derechos sociales es costosa, pues exige la obtención y la

²⁸ FERRAJOLI (2009b): *“Derechos y Garantías: La ley del más débil”*, Madrid: Editorial Trotta, p. 61.

²⁹ FERRAJOLI, (2009b), p. 59.

³⁰ FERRAJOLI (2009a), pp. 49 y 50.

³¹ FERRAJOLI (2009a), p. 50.

³² PISARELLO (2007), p. 81.

distribución de los recursos, lo que es incompatible con la lógica del mercado³³ o con el principio de subsidiariedad que trataremos más adelante, pero es obligación de la democracia a través de una Constitución, que imponga límites y vínculos a todos los poderes, imponer la satisfacción de los derechos sociales que cualquier mayoría está obligada a satisfacer.

III. IRRADIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *Cambio de paradigma: Drittwirkung*

La denominada *Drittwirkung* o eficacia horizontal, es el efecto o influencia que los derechos fundamentales tienen en las relaciones jurídicas entre dos o más particulares³⁴. Hace referencia al efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, esto es, entre sujetos sin la potestad estatal³⁵. La *Drittwirkung* se enmarca en una nueva forma de comprender los derechos fundamentales, caracterizada por rechazar la tesis que plantea el antagonismo entre lo individual y lo colectivo que condujo a ver los derechos individuales como esfera de libertad frente al poder y que se tradujo en el sometimiento de los derechos a la ley³⁶.

La versión tradicional de los derechos fundamentales no había dado cuenta del efecto horizontal. Esta versión se constituye desde un punto de vista formal por dos características. La primera considera que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, mientras que la segunda los entiende como derechos subjetivos públicos, cuyo titular es el ciudadano y cuyo destinatario o sujeto pasivo es el Estado, concluyendo desde un punto de vista material, que los derechos fundamentales son considerados límites a la intromisión estatal en la esfera de autonomía de los individuos³⁷. Por tanto, esta versión niega toda posibilidad de que los derechos fundamentales puedan ser extensibles a las relaciones

³³ FERRAJOLI (2009a), p. 52.

³⁴ MARSHALL BARBERAN, Pablo (2010): “*El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la constitución*”, [en línea, formato PDF], En: Estudios Constitucionales Año 8 N°1, pp. 43-78, [Fecha de consulta 28/4/2012], Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art03.pdf>, ISSN 0718-0195, p. 53.

³⁵ MARSHALL (2010), p. 44.

³⁶ DE DOMINGO (2006), p. 11.

³⁷ MARSHALL (2010), p. 44.

privadas, pues reconoce que el único efecto que irradian es el vertical, es decir, que la relación jurídica establecida por los derechos individuales es entre el ciudadano y el Estado³⁸.

A mediados del siglo XX, tanto en Alemania como en Estados Unidos, los tribunales comienzan a ampliar el espectro de protección de los derechos fundamentales, admitiendo que sujetos distintos al Estado podían tener conductas que generasen efectos lesivos para posiciones iusfundamentalmente garantizadas³⁹. Si en un principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas consagrados en la Ley Fundamental de Bonn siguieron siendo concebidos como límites y garantías frente a las injerencias del poder del Estado, la doctrina y jurisprudencia alemana reconocen que estos derechos también despliegan sus efectos en las relaciones privadas, pues los Códigos decimonónicos ya no sirven para dar respuestas a las exigencias de dignidad, libertad e igualdad⁴⁰.

Hasta antes de reconocer el efecto horizontal, la influencia de las normas de derecho fundamental en el sistema jurídico se limitaba a la relación Estado/ciudadano, pues desde la perspectiva clásica, las normas de derecho fundamental influyen en el sistema jurídico al establecer, bajo la forma de derechos subjetivos frente a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, ciertas definiciones que afectan las relaciones entre Estado y los ciudadanos⁴¹. La idea anterior, siguiendo a Robert Alexy, es incompleta, puesto que a los derechos del individuo frente al legislador pertenecen, entre otros, los derechos del individuo frente a los conciudadanos y los derechos a determinados contenidos del derecho civil, concluyéndose que las normas de derecho fundamental tienen también influencia en la relación ciudadano/ciudadano⁴².

Una de las razones principales para reconocer la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, se encuentra en su función originaria. Como se ha expuesto, la concepción liberal clásica de entender a los derechos fundamentales en su función como limitadores del Estado en tanto detentador del poder, no coincide con la realidad de hoy, ya que además del Estado, actualmente existen otros entes detentadores de poderes sociales y económicos capaces de violar los derechos fundamentales de personas que se encuentran de facto en una situación desfavorable o de indefensión⁴³. Asimismo la concentración de la

³⁸ CONTRERAS (2009), p. 36.

³⁹ CONTRERAS (2009), p. 36.

⁴⁰ ANZURES (2010), p. 4.

⁴¹ ALEXY (2008), p. 464.

⁴² ALEXY (2008), p. 464.

⁴³ ANZURES (2010), p. 15.

riqueza y el avance tecnológico no sujetos a reglas pueden vulnerar los derechos fundamentales⁴⁴. Estas desigualdades de hecho en las relaciones y conformaciones socioeconómicas de poder, pueden impedir el surgimiento de la libertad como libertad real, haciendo que no pueda verificarse la realización de la libertad jurídicamente garantizada.

Por tanto, si el poder social y económico en las actuales sociedades capitalistas, se encuentra no sólo en el Estado sino también en los particulares, es del todo razonable extender la función de protección de los derechos fundamentales a las relaciones privadas, pasando a entenderse ya no como límites al poder del Estado, sino como límites a los poderes, tanto político como económico, entendiendo que los derechos fundamentales protegen a todos frente a todos⁴⁵.

Para una tutela efectiva de los derechos fundamentales, es menester adherir a este cambio de paradigma, entendiendo que no solamente poseen eficacia vertical sino también eficacia horizontal, dado que los particulares son potenciales lesionadores de los derechos fundamentales.

2. Construcción del efecto irradiación en Alemania

El efecto o eficacia horizontal de los derechos fundamentales se construye a partir del efecto irradiación de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal alemán acogió la tesis de la irradiación de los derechos fundamentales en un caso de eficacia horizontal, en la famosa sentencia Lüth⁴⁶ del año 1958, en el que señaló lo siguiente:

*“La Ley Fundamental de Alemania en su capítulo sobre derechos fundamentales, ha incluido también un **orden de valores objetivo** (...). Éste influye, por supuesto, también al derecho civil; ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu. El contenido legal de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el derecho privado a través de las disposiciones que predominan directamente en medio de ese campo del derecho. Al igual que el nuevo derecho debe estar en concordancia con el sistema de valores fundamental; el viejo derecho ya existente debe orientarse en cuanto al contenido, en ese sistema de*

⁴⁴ CARBONELL, Miguel (2008): “Eficacia de la constitución y derechos sociales: Esbozo del algunos problemas”, [en línea, formato PDF], En: Estudios Constitucionales Año 6 N°2, pp. 43-71, [Fecha de consulta 30/7/2012], Disponible en: <http://vlex.com/vid/eficacia-sociales-esbozo-problemas-51184898>, p. 50.

⁴⁵ ANZURES (2010), p. 18.

⁴⁶ CONTRERAS (2009), p. 57.

valores; de ahí se deriva para él un contenido constitucional específico, que determina de ahora en adelante su interpretación. Una controversia entre particulares sobre derechos y deberes en el caso de las normas de conducta del derecho civil, sigue siendo material y procesalmente una controversia del derecho civil. Se interpretará y aplicará el derecho civil, aún su interpretación se base en el derecho público: la Constitución”⁴⁷.

Según se desprende del fallo citado, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, trata de dar cuenta del efecto de irradiación de las normas de derecho fundamental en la totalidad del sistema jurídico, con la ayuda del concepto de orden valorativo objetivo. De acuerdo al tribunal, “*las normas de derecho fundamental contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica de derecho constitucional, es válida para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisdicción*”⁴⁸. En otras palabras, los derechos fundamentales deben irradiar al Derecho en su totalidad como valores o juicios de valor objetivo (*objektive- Wertentscheidungen*), por lo cual cada juez debe tener en cuenta en cada decisión los derechos fundamentales⁴⁹.

Según lo dicho, los derechos fundamentales tendrían una doble dimensión. La primera como derechos subjetivos la que supone los derechos como facultades reconocidas por el ordenamiento jurídico; mientras que la segunda es la objetiva, siendo los derechos, bajo esta dimensión, un sistema de valores, teniendo el deber los poderes públicos de proteger y garantizar los derechos⁵⁰. Respecto de esta, el enunciado iusfundamental despliega todo el efecto irradiación de los derechos y modula la eficacia horizontal.

Con el efecto irradiación, la garantía de los derechos individuales deja de ser la clásica defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado, el denominado efecto vertical, ya que, en virtud de su jerarquía material, los derechos constitucionales gobiernan sobre todo el sistema jurídico y de manera indirecta sobre las relaciones entre privados⁵¹.

⁴⁷ CONTRERAS (2009), p. 58, el destacado con negrita es nuestro.

⁴⁸ ALEXY (2008), p. 465.

⁴⁹ ALEXY (2009), p. 34.

⁵⁰ BASSA (2009), p. 68.

⁵¹ CONTRERAS (2009), p. 58.

Al hablar de jerarquía material, nos referimos a la fundamentalidad material de los derechos fundamentales. Son materialmente fundamentales, porque con ellos se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad, puesto que los objetos de regulación de los derechos fundamentales no son relevantes sólo en un ámbito parcial del derecho, sino en todos sus ámbitos, como por ejemplo las preguntas sobre la libertad e igualdad⁵².

El efecto de irradiación se hace cargo de la verificación de relaciones desiguales entre particulares, con lo cual contribuye enormemente a una tutela constitucional efectiva, ya que los derechos fundamentales gobiernan todo el ordenamiento jurídico incluso el Derecho que regula las relaciones entre particulares, es decir el Derecho Privado.

Para complementar la conclusión expuesta, es decir, que los derechos fundamentales gobiernan sobre todo el sistema jurídico, incluso en las relaciones entre particulares, es necesario exponer en síntesis la construcción de los derechos fundamentales de Robert Alexy, pues su teoría de los principios no solo tiene repercusiones en la dogmática constitucional respecto de la ponderación, sino también, respecto del efecto irradiación de los enunciados iusfundamentales y su eficacia horizontal⁵³.

3. Derechos fundamentales como principios

Lo primero a señalar, dice relación con la fundamentalidad de las normas de derecho fundamental. Para Alexy, la importancia de las normas de derecho fundamental en el sistema jurídico, resulta de dos cosas, en primer lugar, de su fundamentalidad formal y en segundo término de su fundamentalidad material. La primera resulta de su posición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico, en cuanto derecho directamente vinculante para el legislador, el poder ejecutivo y el poder judicial, mientras que la segunda posición, entiende que los derechos fundamentales y las normas iusfundamentales son materialmente fundamentales, porque con ellas se toman decisiones sobre la estructura básica del Estado y de la sociedad⁵⁴. Que las normas de derecho fundamental determinen los contenidos constitucionalmente necesarios e imposibles, constituye el núcleo de su fundamentalidad⁵⁵.

Por tanto, la fundamentalidad de las normas iusfundamentales arranca de la Constitución y dada la máxima fuerza jurídica que esta le otorga, se ubican en el seno del bloque material, siendo el pilar de

⁵² ALEXY (2008), p. 463.

⁵³ CONTRERAS (2009), p. 55.

⁵⁴ ALEXY (2008), pp. 461 y 463.

⁵⁵ ALEXY (2008), p. 463.

legitimidad del accionar de los agentes estatales. Dado lo anterior, las normas de derecho fundamental informan la normativa infraconstitucional pero, además, complementan su interpretación, a lo que se ha denominado efecto de irradiación de los derechos fundamentales⁵⁶. A partir de lo señalado, la *Drittwirkung* mediata se conecta directamente con el efecto irradiación de los derechos fundamentales, dado que por el carácter de fundamentalidad de estas normas, toda interpretación de las normas del resto del ordenamiento jurídico deberá tener en consideración los derechos fundamentales⁵⁷.

La segunda idea, como se desprende del caso Lüth que redimensiona los derechos fundamentales, de la cual nace el efecto de irradiación y en consecuencia el efecto horizontal, trata sobre una nueva dimensión como valores que se le ha atribuido a los derechos fundamentales, la que ha sido denominada dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Esta dimensión puede ser definida como el contenido de los derechos fundamentales, que aunado al subjetivo es constituido por normas objetivas de principio y decisiones axiológicas que representan el sistema de valores y principios concretos de una sociedad y se convierten en la razón y fundamento del Estado, en tanto éste los reconoce y procura⁵⁸.

Robert Alexy plantea que el concepto de valor, en la construcción del Tribunal Constitucional Alemán, puede remplazarse por el concepto de principio⁵⁹. Los principios deben entenderse como mandatos de optimización⁶⁰.

Partiendo de la distinción entre reglas y principios, según el autor germano, los principios, a diferencia de las reglas, constituyen mandatos de optimización, a pesar de que tanto las reglas como los principios son normas, porque ambos establecen lo que es debido. El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que estos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes⁶¹. Lo anterior es la tesis central de su teoría de los derechos fundamentales, la que señala que las normas de derecho fundamental, además del concebido carácter de regla, pueden tener el carácter de principio. Cuando tienen este carácter, tales normas deben entenderse como mandatos de optimización que ordenan que el

⁵⁶ CONTRERAS (2009), p. 56

⁵⁷ CONTRERAS (2009), p. 60.

⁵⁸ ANZURES (2010), p. 12.

⁵⁹ ALEXY (2008), p. 466.

⁶⁰ CONTRERAS (2009), p. 45.

⁶¹ ALEXY (2008), p. 67.

objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas⁶².

Ya dilucidado el concepto de valor, queda preguntarse en que ha de consistir el carácter objetivo de los principios. Este no consiste en que los principios de derecho fundamental no tengan nada que ver con posiciones individuales, esto contradiría la orientación básica de los derechos fundamentales, referida al individuo. El carácter objetivo es lo que queda cuando se prescinde o se hace abstracción de la dimensión subjetiva de los principios de derecho fundamental⁶³.

Alexy define esta dimensión de los derechos fundamentales como el resultado de hacer una triple abstracción de la prerrogativa fundamental que elimine completamente su contenido jurídico-subjetivo⁶⁴. Para este autor, si *a* tiene frente al Estado (*e*) un derecho a *G* (*RaeG*), entonces *e* tiene frente a *a* un deber con respecto a *G* (*OeaG*). La abstracción de la dimensión objetiva conduce a que este deber relacional se convierta en un deber no relacional de *e* con respecto a *G*, es decir, un deber simple de *e* con respecto a *G* (*OeG*)⁶⁵. En otras palabras, el reconocimiento de los derechos como valores objetivos impone al Estado mandatos de actuación y deberes de protección respecto a todos los destinatarios de la Constitución, ya sean públicos o privados⁶⁶.

Si los derechos fundamentales, en su dimensión objetiva, son valores de toda la sociedad y legitiman la existencia del Estado, este debe en consecuencia dar efectividad a su contenido⁶⁷. Este deber genera simultáneamente un derecho a la protección, la potestad subjetiva que tiene el titular del derecho fundamental frente al Estado para que este lo proteja de intervenciones de terceros, con el fin de procurar el disfrute real y efectivo en todos los sectores del ordenamiento jurídico en el que despliegue sus efectos los derechos fundamentales⁶⁸.

Lo anterior se tutela reconociendo el efecto irradiación de los derechos fundamentales, que despliegan sobre todo el Derecho sus efectos.

⁶² BERNAL PULIDO, Carlos (2008): “Estudio Introductorio”, En: *“Teoría de los derechos fundamentales”*, Robert Alexy, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. XXX.

⁶³ ALEXY (2008), p. 466.

⁶⁴ ANZURES (2010), p. 12.

⁶⁵ ALEXY (2008), p. 466

⁶⁶ ANZURES (2010), p. 13.

⁶⁷ ANZURES (2010), p. 14.

⁶⁸ ANZURES (2010), pp. 14 y 15.

4. Clases de *Drittwirkung*

Las teorías que se esgrimen respecto a las clases de efecto horizontal son principalmente dos: 1. Teoría de la eficacia mediata o indirecta (*mittelbare Drittwirkung*), 2. Teoría de la eficacia inmediata o directa (*unmittelbare Drittwirkung*).

1. La teoría de la eficacia horizontal inmediata entiende que al menos ciertos derechos fundamentales concretos son aplicables por la autoridad judicial directamente en las relaciones entre particulares, esto es, sin mediación de ley alguna⁶⁹, dado que, los derechos fundamentales no son valores sino verdaderos derechos subjetivos contenidos en la Constitución y, como tales, exigibles directamente por el individuo que los ostenta frente a sus semejantes sin que sea necesario la mediación de algún órgano estatal. Bajo esta teoría no puede considerarse que un derecho no existe, o no surte efecto entre particulares, simplemente porque no haya una ley que así lo establezca⁷⁰.

Para esta postura los derechos fundamentales deben presentar un ámbito de protección frente a los poderes sociales y los terceros en general, puesto que, en la época actual, el individuo depende cada vez más de los grupos, asociados y grandes empresas⁷¹.

El fundamento normativo de esta posición radica en entender la vigencia de las normas iusfundamentales como normas angulares del ordenamiento jurídico, dada su jerarquía normativa, que modulan todas las relaciones sociales, tanto frente al Estado como frente a otros particulares⁷².

En Alemania, esta postura fue adoptada por el Tribunal Laboral Federal con anterioridad a la teoría de la eficacia horizontal directa. El Tribunal Constitucional Federal es el encargado de desahuciar esta teoría, mediante el establecimiento de una más moderada⁷³, la que se plasmó en el fallo *Liith*, la teoría mediata.

⁶⁹ MARSHALL (2010), p. 54.

⁷⁰ ANZURES (2010), p. 18 y 24.

⁷¹ CONTRERAS (2009), p. 37.

⁷² CONTRERAS (2009), p. 38.

⁷³ MARSHALL (2010), p. 56.

2. La teoría de la eficacia horizontal mediata, es producto de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Al ser valores objetivos del ordenamiento jurídico, el Estado tiene la obligación ya no sólo de abstenerse en la intromisión de la esfera jurídica de los particulares, sino también de garantizar su efectividad en las relaciones privadas⁷⁴, por lo cual se sostiene la necesidad de la mediación legal para tal efectividad⁷⁵, al contrario de lo que expone la teoría horizontal inmediata.

Los derechos, según esta postura, para regir entre privados tendrían una eficacia mediatizada a través de los poderes públicos, requiriendo que estos interpreten las normas de derecho privado en consonancia con los preceptos constitucionales⁷⁶.

Se adhiera a una u otra postura, es menester reconocer el efecto de horizontalidad a los derechos fundamentales, sea de forma mediata o inmediata, para de esta forma hacer exigible su promoción y respeto entre los particulares. La importancia del Estado social y democrático de derecho y su concepción de los derechos como principios y valores del ordenamiento jurídico, así como la reorientación del centro de gravedad del poder⁷⁷, hace imperioso reconocer el efecto horizontal que poseen los derechos fundamentales, y así contribuir a una tutela constitucional idónea de los derechos sociales.

IV. JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO: DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES Y EFECTO DE IRRADIACIÓN

1. Derechos sociales como derechos fundamentales

La Constitución política de la República en su capítulo tercero establece los derechos fundamentales, incorporándose derechos de diferentes categorías: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Parte de la doctrina nacional, ha expresado su convicción por la consagración de una jerárquica geográfica de los derechos constitucionales, concurriendo una diferencia de niveles entre

⁷⁴ ANZURES (2010), p. 18.

⁷⁵ MARSHALL (2010), p. 56.

⁷⁶ CONTRERAS (2009), p. 39.

⁷⁷ ANZURES (2010), p. 18.

los derechos fundamentales⁷⁸, constituyendo el nivel superior los derechos de libertad, como el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la libertad de conciencia, la seguridad personal, es decir, derechos vinculados al constitucionalismo originario que tuvo por lógica el reconocimiento de determinados derechos naturales⁷⁹, dejando de esta forma en una posición devaluada a los derechos sociales frente a los derechos de libertad.

Lo anterior es ratificado por la Corte Suprema al declarar 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*”⁸⁰. Según este Tribunal, el derecho a la salud no sería un derecho fundamental propiamente tal por no encontrarse contemplado en su totalidad en el recurso de protección, contribuyendo a la idea que los derechos de libertad se encuentran en un nivel superior en relación a los derechos sociales.

Si seguimos la interpretación de la Corte Suprema, estaríamos confundiendo el derecho con su garantía. Como fue expresado en el apartado II, la falta de garantías de un derecho no dice nada sobre su existencia, puesto que si en un ordenamiento jurídico un derecho positivado, como lo son los derechos sociales en nuestra Constitución, carecen de garantías para su protección significa que existe una laguna que el Estado tiene el deber de colmar.

Por lo expuesto rechazamos la interpretación de la Corte Suprema respecto a los derechos sociales, dado que, arribaríamos a la conclusión que los preceptos sobre derechos sociales son meras expectativas y no derechos fundamentales propiamente tales.

Lo dicho anteriormente no coincide con la perspectiva entregada por el Tribunal Constitucional sobre el tema. En las sentencias roles N° 976, 1218, 1273, 1287 y 1710, este tribunal se ha pronunciado

⁷⁸ En este sentido: VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002): “*Derecho Constitucional Tomo I*”, segunda edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 197.

⁷⁹ JORDÁN, Tomás (2007): “*La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución Chilena*”, [en línea, formato PDF], En: Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 5 N° 2, pp. 185-204, [Fecha de consulta 12/6/2012], Disponible en: http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n_2_5_2007/10_La_posicion.pdf, p. 191.

⁸⁰ Corte Suprema, Rojas Vera y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud (2001). Considerando 7°.

sobre los derechos sociales, en particular el derecho a la protección de la salud y derecho a la seguridad social, ambos establecidos en la Constitución en los artículos 19 N° 8 y 19 N° 18 respectivamente.

Si bien el Tribunal Constitucional ha tenido una tendencia relativa a una interpretación restrictiva de los derechos sociales consagrados constitucionalmente, desde el año 2008 a partir de fallo rol N° 976⁸¹ se aprecia una apertura hacia una interpretación adecuada de las obligaciones prestacionales del Estado⁸², y en consecuencia, por una mejor tutela de los derechos. En concreto el Tribunal declara en el fallo Rol N° 976 considerando vigésimo sexto, lo siguiente:

*“Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los **derechos sociales**, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación **son tales y no simples declamaciones o meras expectativas**, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlo a la práctica”*, agregando además que *“Desde un punto estructural, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos civiles y políticos. En particular no es correcto afirmar sin ningún tipo de matización que los derechos sociales son siempre derechos de prestación, mientras que los llamados derechos civiles y políticos no lo son. Entre los derechos civiles más básicos encontramos también derechos de prestación como el derecho a un juicio imparcial”*⁸³.

Por su parte las sentencias Rol N° 1218 y 1287 en sus considerandos vigésimos respectivamente, reiteran la idea que los derechos sociales son tales, y no simples declamaciones o meras expectativas.

Según lo expuesto por el Tribunal Constitucional, la naturaleza de los derechos sociales es igual a la de los derechos civiles y políticos, es decir, son derechos fundamentales propiamente tales, desechando de esta forma las tesis sobre las cuales se cimentaba en general la débil tutela y percepción devaluada de los derechos sociales, al no ser considerados derechos fundamentales. En particular el Tribunal se hace cargo de la tesis que los entiende estructuralmente diferentes a los derechos civiles y políticos, siendo los derechos sociales prestacionales, mientras que los segundos generarían sólo obligaciones de

⁸¹ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 976-2008, de 26 de Junio de 2008.

⁸² NASH ROJAS, Claudio (2011): *“Los Derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: Tendencias jurisprudenciales”*, [en línea, formato PDF], En: Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 9 N° 1, pp. 65-118, [Fecha de consulta 20/07/2012], Disponible en: http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_9_1_2011/06.%20LOS%20DERECHOS_NASH.pdf, p. 103.

⁸³ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 976-2008, del 26 de Junio de 2008, considerando vigésimo sexto, el destacado con negrita es nuestro.

abstención. Esta tesis no es correcta, dado que en los llamados derechos civiles y políticos también nos encontramos con derechos de prestación, dando como ejemplo el derecho a un juicio imparcial, ya que el debido proceso conlleva la existencia no sólo de una estructura judicial, sino que también de las condiciones que permitan acceder a ella, y que esta actúe con eficacia y rapidez⁸⁴.

Por tanto, como habíamos aclarado in supra, ni los derechos civiles pueden caracterizarse sólo como derechos negativos, ni los derechos sociales actúan siempre como derechos positivos.

No obstante la concepción del Tribunal de entender a los derechos sociales como fundamentales, sigue identificándolos con una naturaleza prestacional, al declarar que “*los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social son de naturaleza prestacional o de la segunda generación*”⁸⁵. A nuestro parecer estos deben junto con ser reconocidos como fundamentales, comprenderse bajo un concepto que se haga cargo de la estructura compleja que encierran.

Sin profundizar en este tema, diremos que el concepto amplio que entrega Robert Alexy es más adecuado a la perspectiva escogida. Derecho social sería “todo derecho a una acción positiva del Estado, que se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos, por medio de normas del derecho penal, pasa por la creación de normas de organización y procedimiento, llega hasta prestaciones en dinero y en bienes”⁸⁶. Este concepto se hace cargo de la estructura compleja que poseen, dejando claro que son más que una simple prestación.

El Tribunal Constitucional junto con declarar que los derechos sociales son derechos fundamentales, les reconoce la misma eficacia y fuerza normativa que los derechos civiles y políticos. Por resolución del 27 de Abril del 2010, el Tribunal Constitucional de oficio decidió dar inicio al proceso establecido en el artículo 93 N° 7 de la Constitución y demás normas legales pertinentes, para examinar la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, previamente declarado inaplicable por sentencias roles 976, 1218, 1273 y 1287.

⁸⁴ MARTÍNEZ (2010), p. 138.

⁸⁵ Tribunal Constitucional de Chile, Roles N° 976 considerando 29 y N° 1287 considerando 23.

⁸⁶ ALEXY (2008), p. 391.

En virtud de este proceso se dictó la sentencia Rol N° 1710⁸⁷ que declaró inconstitucional la norma legal antes dicha, exponiendo en su considerando nonagésimo cuarto lo siguiente:

*“La Constitución enuncia los derechos fundamentales asegurados por ella, delimitando los derechos, fijando sus atributos, los elementos subjetivos y objetivos que los identifican. En tal perspectiva, los **derechos fundamentales sociales** se presentan en el sistema jurídico Chileno como principios, reglas y parámetros hermenéuticos del orden constitucional, **del mismo nivel jurídico y con la misma eficacia que los derechos civiles y políticos**, encontrándose en un mismo artículo constitucional, el artículo 19, fortalecido por el artículo 5, inciso segundo, de la Carta Fundamental (...) A ello debe agregarse el artículo 6 de nuestra Constitución que otorga fuerza normativa y aplicabilidad directa a los enunciados normativos constitucionales, salvo que el propio texto constitucional disponga otra cosa”⁸⁸.*

Según el criterio expuesto por el Tribunal, los derechos sociales poseen el mismo grado de exigibilidad que los derechos civiles y políticos, con un mismo nivel jurídico, por lo cual no existe un nivel superior de derechos (derechos de libertad) y otro inferior (derechos sociales). Como hace presente Tomas Jordán, *“la Constitución chilena no fija en ningún artículo una primacía o preferencia de determinados derechos, por lo cual, la invocación de la Comisión constituyente autocrática colisiona directamente con el principio democrático vigente desde fines de 1989 y comienzos 1990. Ante esta colisión de poderes constituyentes, debe primar el principio democrático (art. 4 CPR), dejando de lado y sin valor jurídico el criterio de la Comisión al estar fundado en cánones autoritarios. Las normas constitucionales nunca modificadas deben interpretarse bajo otras reglas hermenéuticas compatibles con un Estado de derecho democrático”⁸⁹*. Es así como en esta sentencia se acoge una interpretación compatible con un Estado de derecho democrático, en orden a entender a los derechos sociales como fundamentales sin distinción alguna de los derechos civiles y políticos.

Hemos dicho que los derechos sociales son reconocidos como derechos fundamentales con la misma eficacia que los derechos civiles y políticos, por lo cual cabe preguntarse que entiende por derecho

⁸⁷ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 1710, 06 de Agosto de 2010.

⁸⁸ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 1710, el destacado con negrita es nuestro.

⁸⁹ JORDÁN (2007), pp. 192 y 193.

fundamental el Tribunal Constitucional en esta jurisprudencia. En la misma sentencia Rol N° 1710, el Tribunal Constitucional expresa lo siguiente:

“La expresión derechos fundamentales apunta a un concepto jurídico. En un sentido general, que es el más difundido, se usa para aludir a aquellos derechos de la persona que han recibido consagración positiva, en particular, a nivel constitucional. Otra postura, en cambio, expone la idea de derechos fundamentales como aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino por el mero hecho de ser hombre. Se trata de aquellos atributos vinculados directamente a la dignidad humana y que constituyen un conjunto limitado en su extensión sólo a aquellos que son condición para la satisfacción de las necesidades inherentes a la vida digna (...) Como una tercera alternativa, se ha propuesto reservar la utilización teórica (como opuesta a dogmática) de la expresión “derechos fundamentales” en un sentido formal o estructural para aquellos derechos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos, de personas con capacidad de obrar”⁹⁰.

Coincidimos con la tercera alternativa que se expone, es decir, entender a los derechos fundamentales en un sentido formal o estructural. El Tribunal recoge la definición de derechos fundamentales teórica puramente formal o estructural entregada por Luigi Ferrajoli, a la cual adherimos en post de una tutela efectiva de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales serían, como ya fue expresado, *“derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva o negativa”⁹¹.*

Comprende esta definición a los derechos civiles y políticos y derechos sociales, ya que el derecho fundamental podría tratarse de una expectativa negativa o positiva. De esta forma, la estructura de los derechos de libertad y sociales es, por una parte, con una esfera positiva, además de otra negativa, no siendo determinante para calificarse de fundamental si sólo es negativa.

⁹⁰ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 1710, Considerando octogésimonoveno.

⁹¹ FERRAJOLI (2009a), p. 19 y FERRAJOLI (2009b), p. 37.

Asimismo, este carácter formal de la definición no impide identificar en los derechos fundamentales la base de igualdad jurídica. Los derechos fundamentales son derechos universales, es decir, están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida⁹²; también son inclusivos e indisponibles, por lo cual, están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado, dado que al ser universales, nadie puede privarse o ser privado o sufrir disminución en los mismos⁹³.

2. *Efecto irradiación: Los derechos fundamentales obligan a los particulares*

El Tribunal Constitucional reconoce que todos los derechos individuales y sociales tienen su fundamento en la dignidad humana. Los derechos fundamentales al estar fundados en la dignidad humana irradian a todo el ordenamiento jurídico. Lo anterior es declarado en la sentencia Rol N° 1710, la que expresa lo siguiente:

1. *“Que el artículo primero de la Constitución señala: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. 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”*⁹⁴.

2. *“Que, como lo declaró esta Magistratura en causa Rol 1287, el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de 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 de que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5°, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos”*⁹⁵.

3. *“ Que, asimismo, esta Magistratura señaló en dos de los considerandos de su sentencia recaída en la causa Rol 1273 (cuadragésimo quinto y cuadragésimo sexto), que **la irradiación de la dignidad de la persona hacia todo el articulado de la Constitución presenta una doble dimensión, como principio***

⁹² FERRAJOLI (2009a), pp. 30.

⁹³ FERRAJOLI (2009a), pp. 31 y 32.

⁹⁴ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 1710, Considerando octogésimo quinto.

⁹⁵ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 1710, Considerando octogésimo séptimo.

y como norma positiva. En la misma sentencia el Tribunal razonó en el sentido de que, sin perjuicio de la singularidad sustantiva y procesal de cada disposición constitucional invocada como vulnerada por el mismo precepto bajo actual examen, los derechos en ellas consagrados no pueden considerarse de manera aislada o independiente unos de otros. Al contrario, ellos 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 incluya a todos ellos y que, también, incorpore su relación a otras disposiciones y valores constitucionales”⁹⁶.

Asimismo, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales es reconocido también en la sentencia Rol N° 976, que declara lo siguiente:

1. “ *Que a propósito de la dignidad humana y los derechos que emanan de ella, términos tan cercanos a la necesidad de infundir realidad a los derechos sociales asegurados en nuestra Carta Fundamental, la doctrina ha afirmado: Estos principios y valores se encarnan en disposiciones concretas, como lo son los artículos 1, 4 y 5 de la Ley Suprema. Estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas **que obligan a gobernantes y gobernados** tanto en sí mismas, como también en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu de la Constitución...*”⁹⁷

2. “ *Que, aplicando dicho criterio de hermenéutica constitucional y siendo la **Carta Fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas**, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en **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 atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos”⁹⁸.*

⁹⁶ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 1710, Considerando octogésimo octavo, el destacado con negrita es nuestro.

⁹⁷ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 976, Considerando trigésimo tercero.

⁹⁸ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 976, Considerando trigésimo cuarto, el destacado con negrita es nuestro.

3. “Que lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia en el ordenamiento jurídico completo...”⁹⁹

De la jurisprudencia expuesta, se desprende que los derechos fundamentales se fundamentan en la dignidad de la persona humana. La dignidad, a nuestro parecer, debe ser entendida en el doble sentido expuesto in supra, para lograr la tutela real de la libertad.

La Constitución en su artículo 1° dispone “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, norma que según el Tribunal Constitucional obliga a gobernantes y gobernados.

Se señala también en la sentencia Rol N° 976, reafirmando la idea anterior, que la Constitución es un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella.

Como bien señala el Tribunal Constitucional, a la luz del artículo 6° de la Constitución el que establece que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”, los derechos fundamentales, además de ser derechos subjetivos de las personas, forman parte del ordenamiento jurídico constitucional revestido de su misma fuerza normativa¹⁰⁰.

Por lo tanto, no sólo los órganos del Estado tienen el deber de respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución, según dispone el artículo 5° de ésta última, sino también resultan obligados los particulares, dado que las normas de derecho fundamental informan la normativa infraconstitucional pero, además, complementan su interpretación, lo que se ha denominado efecto de irradiación de los derechos fundamentales. Así, todos los derechos fundamentales, en cuanto componentes objetivos de la Constitución son indivisibles, vinculantes para todos e irradian el conjunto

⁹⁹ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 976, Considerando trigésimo quinto.

¹⁰⁰ 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 1710-2010-INC, del 6 de agosto del 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la ley de isapres”, [en línea, formato PDF], En: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 8 n° 2, pp. 763-798, [Fecha de consulta 15/06/2012], Disponible en: <http://vlex.com/vid/fundamentales-justiciables-isapres-300418726>, p. 775.

del ordenamiento jurídico nacional, quedando vinculados a ellos no sólo los órganos estatales y sus normas, sino también los particulares y sus actos jurídicos¹⁰¹.

Los derechos fundamentales irradian sus efectos en todo el ordenamiento jurídico al poseer fuerza vinculante, por lo cual el Derecho Privado, que regula las relaciones entre particulares, queda supeditado a la interpretación acorde a los derechos fundamentales y en general a la Constitución. En conclusión, a juicio del Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales también obligan a los particulares aunque sea subsidiariamente, reconociendo y adhiriendo a la posición de la eficacia horizontal mediata cuando declara que la Carta Fundamental es un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquier interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella.

V. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Antecedentes e ideas preliminares

Antes de comenzar a hablar del Principio de Subsidiariedad y su vinculación con los derechos sociales, es menester, para la cabal comprensión y proyección de los alcances que pretendemos que éste tenga, llevar a cabo un sucinto examen de su evolución histórica, a modo de comprender su actual interpretación, tanto por operadores jurídicos como políticos e ideológicos y, de este modo, proponer una interpretación paralela que se adecue de mejor manera a las exigencias que los derechos sociales fundamentales y las personas requieren.

Como elemento basal o premisa, señalamos que la dificultad para definir el concepto del Principio de Subsidiariedad, así como de los propios derechos fundamentales, en su dimensión social, como ha sido latamente explicado por Gerardo Pisarello¹⁰², dice relación con la ideologización que se ha hecho del mismo, especialmente por parte de las doctrinas liberales clásicas, en su momento, y las neo-liberales, más recientemente, las cuales han hecho hincapié solamente en su aspecto negativo o de abstención por parte del Estado, sobre todo, en materia económica y de mercado.

¹⁰¹ NOGUEIRA (2010), p. 776.

¹⁰² Sobre éste tema, para mayor abundamiento, PISARELLO, Gerardo (2007).

2. Evolución histórica del principio de subsidiariedad

Desde la antigüedad griega, podemos identificar claramente la preocupación del hombre por satisfacer sus necesidades más básicas, es así como Aristóteles se preguntaba acerca del modo de alcanzar la felicidad de los ciudadanos y sobre las tareas que a ese respecto competen a la ciudad (polis)¹⁰³. Las personas por sí mismas pueden satisfacer algunas de sus necesidades básicas, pero son incapaces de ser autosuficientes o autárquicos, de modo que es necesario, para alcanzar dicho propósito, la formación de distintos grupos encargados de ir atendiendo diversas exigencias de la comunidad de forma recíproca, y así de este modo, ir alcanzando paulatinamente el deseado estado de autosuficiencia.

La ciudad es, pues, un medio que consentirá al hombre, al ciudadano, de realizar sus fines, pues suplirá las necesidades a las cuales éste no puede dar satisfacción por sí mismo¹⁰⁴.

Durante el transcurso de la edad media, las ideas aristotélicas serán recogidas por Santo Tomás de Aquino quien, en su teoría, sostiene que la idea de subsidiariedad se vincula con una sociedad en la cual existe una multiplicidad de organizaciones sociales intermedias las cuales gozan de un alto grado de autonomía, ya no en un sentido autárquico, sino que en un sentido de autorregulación; precisamente, la existencia de estos grupos, su multiplicidad y diverso grado de jerarquización, es la que permite explicar la existencia de una autoridad subsidiaria que actuaría en defecto de ellos, pero no en su lugar¹⁰⁵.

Es con el nacimiento de los Estados nacionales que surge el problema respecto a lo que hoy entendemos por principio de subsidiariedad en un sentido estrictamente jurídico. En la primera mitad del siglo XIX e influenciado por la realidad de la estructura política de su país, Hegel sostenía que el Estado puede contar con la acción de los grupos y, por ende, limitar sus intervenciones al mínimo necesario, es decir, a aquello que los grupos no pueden alcanzar por sí mismos. Ésta es la idea que los grupos liberales clásicos recogen y desarrollan, sosteniendo al principio de subsidiariedad como postulado de la no intervención del Estado en los asuntos de la sociedad, puesto que, para ellos, el bien común se realizará sólo si los individuos logran alcanzar sus propios intereses personales, es decir, se prescribe al bien

¹⁰³ LOO GUTIÉRREZ, Martín. (2009): “*La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile*”, [en línea, formato PDF], En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009) [pp. 391 - 426], [Fecha de consulta 18/6/2012], Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a11.pdf>, p. 394.

¹⁰⁴ LOO (2009), p. 394.

¹⁰⁵ LOO (2009), p. 395.

común como el resultado de la suma de los bienes individuales. Para que ello sea posible, el Estado debe abstenerse de intervenir en los asuntos de los individuos y, por ende, de la sociedad civil¹⁰⁶.

Otro punto clave para comprender las ideas liberales clásicas, a propósito del principio de subsidiariedad, es el rechazo y la desconfianza que le generan los cuerpos intermedios, como señala Martín Loo Gutiérrez “esta actitud negativa [...] significará que, para la concepción liberal, exista una directa relación entre individuo y Estado. Éste, que en la práctica es omnipresente, sólo cuenta con dos alternativas: u otorga libertad a sus ciudadanos o bien les cuida como si fueran niños, negándoles, como consecuencia, el desarrollo de sus potencialidades. La desproporción que existe entre ellos es demasiada como para consentir cualquier tipo de colaboración, en un plano de (al menos teórica) igualdad”¹⁰⁷. En este sentido, la función atribuida al principio de subsidiariedad es la de delimitación o derechamente limitación de la intervención del Estado en los asuntos individuales y sociales.

Para conocer el sentido que en la actualidad se le da al principio de subsidiariedad, corresponde revisar el rol que ha jugado la doctrina social de la Iglesia, sobre todo respecto de la configuración definitiva del mismo y que es posible verificar hasta nuestros días.

Para abordar este tema, partiremos señalando que esta surge del pensamiento de dos religiosos: el alemán Wilhelm Emmanuel Freiherr von Ketteler; el segundo, italiano, Luigi Taparelli D’Azeglio. El primero de ellos, reflexiona en el contexto que le ofrece la burocracia prusiana, un Estado omnipresente e intervencionista en los asuntos de la vida social. Buscaba encontrar el equilibrio en la injerencia estatal en las cuestiones sociales que aquejaban a la Alemania de la primera mitad del siglo XIX pero, cuidando que estas intervenciones no fueran más allá de lo necesario. El religioso italiano, buscó rehabilitar el valor de los cuerpos intermedios, precisando las modalidades de intervención del Estado en una sociedad que se estructura en sobre la base de su existencia¹⁰⁸. Es, precisamente, ésta última idea la que servirá de piedra fundacional para la doctrina social de la Iglesia respecto del rol subsidiario del Estado en las políticas sociales y económicas. Es en este contexto en que se llega al siglo XX y, con él, se cristaliza e incorpora en normas jurídicas positivas que presuponen su contenido.

¹⁰⁶ LOO (2009), p. 396.

¹⁰⁷ LOO (2009), p. 397.

¹⁰⁸ LOO (2009), p. 398.

La paternidad de este principio ha sido atribuida al Papa Pío XI, quien acuña la fórmula léxica y el concepto contemporáneo en su encíclica *Quadragesimo anno* de 1931¹⁰⁹. Como bien señala Loo Gutiérrez, “al origen de la concepción católica de la subsidiariedad se encuentra la necesidad política de subrayar la prevalencia y precedencia ética, ontológica y teleológica de la persona, del individuo humano por sobre la organización política del Estado. Esta doctrina predica la misma prevalencia y precedencia respecto de las organizaciones que surgen al interior de la sociedad civil (los cuerpos intermedios), entendidas como “organizaciones naturales” por contraposición a aquella organización “no natural” denominada Estado”¹¹⁰.

De la encíclica antes citada, en relación al principio de subsidiariedad, es relevante destacar dos ideas en ella contenidas; la primera, dice relación con la pretensión de delimitación del ejercicio del poder del Estado y la protección que ésta conlleva respecto de la dignidad del individuo y, sobre todo, de los cuerpos intermedios y su iniciativa. El Estado estaría legitimado para actuar en aquellos casos en que, dada la naturaleza y dimensión de las tareas, las personas y las comunidades estrechamente vinculadas a él no sean capaces de afrontar¹¹¹. En este sentido, la encíclica señala que conviene que el Estado permita a las propias asociaciones intermedias, compuestas por ciudadanos, resolver o afrontar aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás, él perdería mucho tiempo. De esta manera, el Estado podrá realizar de mejor manera y más eficientemente todo aquello que es de su exclusiva competencia, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. La segunda idea, por otra parte, señala que es un deber del Estado auxiliar a quienes no puedan hacer frente a sus carencias; iniciativa e intervención pública que viene justificada en el deber de solidaridad¹¹².

Para entender a cabalidad la forma en la cual se nos presenta el principio de subsidiariedad en los tiempos actuales, no basta con quedarnos hasta la influencia de la doctrina social de la iglesia en éste tema, ya que, como se mencionó en líneas precedentes, si bien la doctrina social de la iglesia surge como una respuesta a las consecuencias perniciosas del liberalismo en materia social y económica, el neo-liberalismo se ha encargado de arremeter nuevamente, a través de la reformulación de su versión clásica

¹⁰⁹ PAPA PÍO XI (1931), “*Quadragesimo anno*”. [Fecha de consulta 18/6/2012], Disponible en: <http://www.vatican.va>.

¹¹⁰ LOO (2009), p. 399.

¹¹¹ LOO (2009), p. 400.

¹¹² LOO (2009), p. 400.

y con sesgos ideológicos cada vez más violentos y extrapolantes. A continuación, pasamos a revisar brevemente la influencia del neo-liberalismo en su versión de la escuela de Chicago.

El liberalismo pone su acento en el conflicto existente entre el individuo y el Estado, y su manifestación más cruda se encuentra en la expresión “*laissez faire*”, que incitaba al poder público a sustraerse de toda actuación pública en intervención en la vida social, encontrando su fundamento, en la salvaguardia de la libertad del individuo¹¹³. El carácter extrapolante, mencionado más arriba, lo pone de manifiesto Alessandra Albanese, quien señala que esta doctrina “pone en duda los fundamentos mismos de la existencia del Estado; éste es un desvalor que puede ser tolerado dentro de límites bien circunscritos, ya que resulta necesario como árbitro de los conflictos individuales que la vida de sociedad hará surgir irremediabilmente”¹¹⁴. Tan relevante es la libertad individual para el neo-liberalismo, que una de las manifestaciones más importantes de su filosofía dice relación con la libertad económica, tanto así que nuestro ordenamiento jurídico, dicha libertad se encuentra consagrada como garantía constitucional. Según esta doctrina, la libertad individual es un valor que debe ser defendido a ultranza. Siendo la libertad de desarrollar actividades económicas una parte fundamental de las libertades del individuo, la doctrina liberal termina destacando la necesidad de limitar al máximo todo tipo de intervención pública en la economía, dado que ellas resultarán perturbadoras del natural curso de los mercados¹¹⁵.

En la última parte del siglo XX, estas ideas son retomadas por la Escuela de Chicago, la que propugna un regreso a las concepciones más clásicas respecto de la libertad de mercado, es decir, admitiendo la intervención pública, única y exclusivamente, en aquellos casos en que sea estrictamente necesario, por resultar insuficientes las propias herramientas del mercado. En este sentido, Loo Gutiérrez señala “este tipo de ideas tuvieron una fuerte influencia en el diseño de los preceptos de contenido económico de nuestra Carta fundamental del 1980, como se encuentra documentado por la doctrina nacional”¹¹⁶.

¹¹³ LOO (2009), p. 403.

¹¹⁴ LOO (2009), p. 403.

¹¹⁵ LOO (2009), p. 404.

¹¹⁶ LOO (2009), p. 405.

3. *Igualdad y libertad fáctica o real y la subsidiariedad del Estado*

Entender el correcto sentido del principio de subsidiariedad, desarrollado en las líneas precedentes, nos da cuenta del hecho de que el Estado no sólo cuenta con un deber de abstención como ha pretendido la rígida postura liberal, ya sea en su faceta clásica o neo-liberal; sino que, a su vez, este cuenta con un rol o faceta activa, la que, como se vio, puede consistir tanto en la promoción y amparo de la actividad llevada a cabo a través de cuerpos intermedios, como también por la adopción de un rol positivo o activo del Estado y de los entes que lo constituyen. Sin embargo, en este orden de ideas, es necesario detenerse en una realidad poco abordada y, en muchos casos, simplemente ignorada deliberadamente, y que constituye un elemento primordial en el real goce y ejercicio de los derechos fundamentales consagrados por nuestro orden jurídico fundamental. Esta realidad está constituida por la igualdad fáctica o real.

Puede partirse de la idea que, para un real ejercicio y goce de los derechos iusfundamentales, las personas deben gozar de estándares mínimos de vida, sin los cuales, el goce y ejercicio de los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico constitucional se harían ilusorios, llegando, en situaciones extremas y no por eso irreales o no verificables en nuestro país, a vaciar o privar de contenido a los derechos fundamentales, sean estos de civiles y políticos o sociales y económicos, en el lenguaje de Pisarello.

La idea de igualdad está estrechamente ligada a la idea de libertad, toda vez que sin aquella, en el sentido de un goce mínimo de derechos, difícilmente podrá optarse libremente entre alternativas de proyectos de vida. En este sentido, es decir, desde un punto de vista de libertad positiva, estaría ligada a la posibilidad de definir planes de vida propios y a participar en la construcción de los asuntos públicos. Como señala Pisarello, a propósito de la conjugación de libertades positivas y negativas, en relación con la igualdad, “aunque se ha querido plantear una contradicción de fondo entre estas dos vertientes de libertad, es posible pensarlas como elementos complementarios de un concepto más amplio de libertad fáctica o real, cuyo núcleo incluye la protección de los derechos sociales”.¹¹⁷ Junto con esto, y siempre dentro de la conjugación entre libertades positivas y negativas, ahora desde el punto de vista de la segunda, es posible concluir que aquella puede conectarse claramente con el derecho a no ser interferido de manera arbitraria en el control y disfrute de aquellos recursos sanitarios, laborales, educacionales o

¹¹⁷ PISARELLO (2007), p. 47.

habitacionales básicos, necesarios no sólo para sobrevivir, sino también para diseñar planes de vida personales y colectivos. Así, este concepto de libertad negativa se apartaría de la concepción liberal conservadora para la cual casi toda interferencia pública en la esfera personal, comenzando por las libertades públicas y contractuales, debería considerarse una interferencia arbitraria¹¹⁸.

En consideración de lo dicho hasta ahora, es decir, de la relación que surge con la conjugación de libertades positivas y negativas, así como el rol que debe cumplir el Estado en virtud de la faceta activa o positiva del principio de subsidiariedad, es posible señalar que desde una perspectiva democrático-igualitaria, aquellas interferencias que tuvieran por objetivo satisfacer las necesidades básicas no sólo serían legítimas, sino que constituirían un obligado corolario del principio de igual libertad. Así estaría vinculada al derecho no ya a no ser interferido, sino a recibir aquellos recursos que permiten una vida libre de la dominación de otros y la posibilidad, al mismo tiempo, de definir con otros el sentido de la comunidad en condiciones de aproximada igualdad¹¹⁹. De esta manera, la libertad fáctica o real se vincularía con la satisfacción de todos los derechos civiles y políticos como sociales; sin embargo, mientras la doctrina liberal opta por una actitud selectiva y excluyente de dichas facultades positivas e inmunidades negativas, un punto de vista acorde con la democracia e igualdad, permite concebirlas como derechos generalizables e inclusivos¹²⁰.

Con esto concluimos que no se trata de que el Estado deba cumplir un rol paternalista respecto de sus gobernados, ni que lleve a cabo una sistemática política de expropiación; muy por el contrario, lo que se busca, al menos en un comienzo, no es una igualdad de resultados, sino que una igualdad de oportunidades, o como señala Pisarello, la igual tutela de los derechos civiles, políticos y sociales, y con ello las libertades básicas de las personas. No pretende una tosca y mecánica igualdad de resultados, ya que, entendida como capacidad para participar en la vida social y definir, revisar y mantener planes propios de vida, la igual libertad con la que tienen que ver los derechos civiles, políticos y sociales sería aquella que garantiza iguales oportunidades reales para todos. Este principio de igualdad de oportunidades estaría estrechamente ligado a la responsabilidad que asumirían las personas por el ejercicio libre de sus derechos. Sin embargo, no siempre es fácil establecer cuáles son decisiones

¹¹⁸ PISARELLO (2007), p.43.

¹¹⁹ PISARELLO (2007), p.43.

¹²⁰ PISARELLO (2007), p.44.

libremente adoptadas y cuáles no, así como tampoco es posible determinar, al menos en un comienzo, cuáles son beneficios derivados del trabajo o de actividades especulativas o de relaciones de explotación. Es por esto que un proyecto preocupado por asegurar una igualdad real y efectiva de oportunidades, debería proponerse la remoción de las causas estructurales que colocan a las personas en situación de vulnerabilidad y la aproximación a las condiciones materiales que posibiliten ejercer una libertad real, a través de un proceso de dinámica y periódica igualación¹²¹.

En esta labor de reconstrucción democrática de las garantías de los derechos sociales, teniendo presente siempre la faz activa del rol subsidiario del Estado, es fundamental el rol de los cuerpos intermedios de la sociedad, como principales y primeros interesados. Más allá de las garantías jurídico-institucionales que se puedan establecer, las garantías deben ser menos institucionalistas y más participativas, es decir, formas de tutela que involucren y en las cuales sean actores principales los propios titulares de los derechos, tanto en su conquista como posterior defensa. Así de esta manera, se relativizaría las estrategias fundadas en la ilusión de la buena voluntad política, poniendo un acento más realista en la necesidad de crear espacios en los cuales los destinatarios de los derechos participen activamente en la configuración del contenido mismo de los derechos¹²².

4. Configuración legislativa de los derechos sociales, a la luz del principio de subsidiariedad del Estado

Nuevamente, desde el punto de vista positivo o activo del principio de subsidiariedad, se reconoce la necesidad que el Estado juegue un rol activo en la garantía y tutela de los derechos sociales fundamentales. Una de las manifestaciones más visibles de este rol del Estado es la regulación legal que se realiza a propósito de un determinado derecho social y/o fundamental, en virtud de la cual, se dota de contenido a la norma iusfundamental. Bien por iniciativa misma de los detentadores de turno del poder del Estado, bien por motivaciones originadas en procesos sociales que legitiman cambios a nivel legislativo, lo cierto es que suele verse como una herramienta importante, sino la única, de establecer garantías y de tutelar efectivamente los derechos constitucionales.

¹²¹ PISARELLO (2007), p. 46.

¹²² PISARELLO (2007), p. 120.

En esta constante exigencia de regulación de los derechos constitucionales, sin embargo, cabe preguntarse qué tan procedente es la determinación legal del núcleo de los mismos por las mayorías parlamentarias cambiantes entre un período y otro, cuáles son los límites que debe reconocerse frente al legislador en su labor de creación, modificación y supresión de derecho positivo y cuál es el grado de disponibilidad con el que efectivamente cuenta el parlamento respecto de las normas iusfundamentales.

A propósito de la tesis de los derechos sociales como derechos no fundamentales, Gerardo Pisarello hace algunas precisiones axiológicas y dogmáticas que consideramos relevantes en este punto.

Desde un punto de vista axiológico, lo que indica el carácter fundamental de un derecho es su pretensión de tutela de intereses o necesidades elementales, vinculados al principio de igualdad; es la pretensión y el carácter generalizable de los intereses en juego lo que convierte al derecho fundamental en un derecho inalienable e indisponible para el poder público y lo que lo opone a los privilegios, por naturaleza selectivos, excluyentes y, por tanto removibles¹²³. En este sentido, Robert Alexy es de una opinión similar, el cual parte de la siguiente premisa o idea orientadora: *“los derechos fundamentales son posiciones tan importantes, que su atribución o su denegación a los individuos no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple [...] Se trata aquí de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, es decir, de posiciones que son tan importantes desde un punto de vista de lo derecho constitucional que su atribución o su denegación no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple”*¹²⁴.

Lo dicho anteriormente, tiene una vinculación indisoluble con las precisiones dogmáticas que propone Pisarello, esto es, desde un punto de vista interno de los ordenamientos jurídicos concretos, toda vez que, podría decirse, que los derechos fundamentales son aquellos intereses o necesidades a los que mayor relevancia se asigna dentro de un ordenamiento jurídico determinado. Un indicio de esta relevancia es su inclusión en las normas de mayor valor dentro del ordenamiento, como las constituciones o, de algún modo, los tratados internacionales sobre derechos humanos¹²⁵.

Si bien es cierto, en algunas ocasiones ambas perspectivas, esto es, axiológica y dogmática, coinciden, dicha conexión, en caso de que no se verifique no implica la inexistencia del derecho. Lo

¹²³ PISARELLO (2007), p. 80.

¹²⁴ ALEXY (2008), p. 395

¹²⁵ PISARELLO (2007), p. 80.

anterior se explica toda vez que no son las garantías concretas que se asignan a un derecho lo que determina su carácter fundamental, lo que obliga a los operadores jurídicos a maximizar los mecanismos que permitan su protección es su consagración positiva en aquellas normas consideradas fundamentales dentro de un ordenamiento jurídico.

Cuando se sostiene que los derechos sociales son de libre configuración legislativa, en realidad se dicen dos cosas: que con independencia de su consagración constitucional, sólo son posibles de exigir en la medida que sean desarrollados por el legislador y; por otra parte, que el legislador, en tanto representante de la voluntad soberana del pueblo expresada en las elecciones periódicas de los representantes, goza de un carácter cercano a lo ilimitado en la configuración de los mismos. Sin embargo, es menester señalar que tanto derechos civiles y políticos como los derechos sociales son de configuración legal, en el sentido de que su eficacia sería ilusoria sin una activa intervención legislativa. Sin embargo, la mayor o menor regulación legal, si bien es cierto, reforzará o debilitará las posibilidades de exigibilidad judicial, ello no impide que todos tengan contenido constitucional, un núcleo esencial indisponible para cualquier mayoría legislativa¹²⁶.

No obstante lo anterior, a pesar de la consistencia dogmática del postulado expuesto, esta no es una opinión generalizada ni mucho menos unánimemente compartida. Durante la segunda mitad del siglo XX, tras la crisis de los Estados sociales y el auge de las corrientes neo-liberales, la idea de los derechos sociales como derechos de configuración legislativa viene a soslayar el pánico y la alarma en beneficio de posiciones privatistas y de individualidad extrapolada. Así, mientras los derechos civiles, y en especial los ligados a la defensa del patrimonio y la propiedad privada, conservan un indiscutible contenido constitucional sobre el que las mayorías legislativas coyunturales no podrían incidir, los derechos sociales quedarían relegados a la condición de derechos de configuración legal, con lo cual, en definitiva, se autoriza al legislador de turno tanto a no desarrollarlos como a imponerles restricciones deliberadas y, eventualmente, arbitrarias. Sin embargo, un desarrollo de este tipo no se condice con una reconstrucción para una tutela efectiva de los derechos fundamentales sino, más bien, con un sesgo ideológico en beneficio de intereses particulares que no serían generalizables. Por lo que se podría

¹²⁶ PISARELLO (2007), p. 84.

concluir que todos los derechos fundamentales son de libre disposición o configuración legislativa, o ninguno lo es¹²⁷

Una aproximación a la solución de los problemas presentados en este apartado la encontramos, en los términos de Alexy, en el modelo fundado en la idea orientadora antes mencionada, según la cual, “los derechos fundamentales de la Ley fundamental son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que se atribución o denegación no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple”.

La pregunta acerca de cuáles son los derechos sociales fundamentales que le corresponden a los individuos, es una pregunta que debe responderse teniendo a la vista ciertos criterios, criterios que vienen determinados por la conjugación de los siguientes principios: el principio de libertad fáctica, los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de división de poderes, así como algunos principios materiales que se refieren, especialmente, a la libertad jurídica de los demás, otros derechos sociales fundamentales y bienes colectivos.

Si bien es cierto, el modelo no dice qué derechos sociales fundamentales definitivos tiene el individuo, sí señala cuáles puede tener y qué es lo que interesa respecto de su existencia y su contenido. Con todo, es posible dar una respuesta general. Se considerará que una posición jurídica prestacional está garantizada por los derechos fundamentales si la exige muy urgentemente el principio de libertad fáctica, principio de la división de los poderes y de la democracia, al igual que principios materiales contrapuestos se afectan en una medida relativamente reducida a causa de la garantía iusfundamental de la posición jurídica prestacional y las decisiones de la jurisprudencia constitucional que la tomen en cuenta.

Frente a un modelo de estas características garantistas, es ilusorio pensar que no se alzarán posiciones liberales conservadoras en contra; sin embargo, al igual que Pisarello, Alexy se hace cargo de algunas objeciones típicas que se proponen al respecto:

a) Sostener que los derechos sociales fundamentales así garantizados tienen considerables efectos financieros cuando son muchos los que los hacen valer, en ningún caso importa o justifica inferir la no

¹²⁷ PISARELLO (2007), p. 87.

existencia de los mismos. Además, el principio de la competencia presupuestaria del legislador no es absoluto.

b) No sólo los derechos sociales fundamentales limitan la competencia del legislador, sino que todos lo hacen. A menudo lo hacen de una forma incómoda para este y, a veces, también afectan su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos sociales fundamentales más gravosos.

c) Algunos sostienen que en periodos de crisis económicas se vuelve imposible la existencia de derechos sociales fundamentales, sobre todo respecto de su efectiva tutela, dado que de lo contrario, podría acarrear, también, una crisis institucional. Sin embargo, no todo derecho social está ordenado como derecho fundamental mínimo; segundo, las ponderaciones propuestas según este modelo, pueden bajo diferentes circunstancias, conducir a diferentes derechos definitivos y; tercero, justamente en periodos de crisis parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por mínimas que ellas sean.

d) El tema de la exigibilidad judicial deficiente de los derechos iusfundamentales sociales, no es diferente, en esencia, a lo que ocurre con los derechos políticos y civiles o tradicionales. No pocas veces, este tipo de derechos, se presentan problemas de ponderación muy complejos cuya solución puede tener consecuencias de largo alcance para la vida de la comunidad. Por lo demás, la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la exigibilidad judicial¹²⁸.

CONCLUSIONES.

1. Para una tutela constitucional efectiva de los derechos sociales se vuelve menester, en primer lugar, entenderlos como derechos fundamentales propiamente tales. Es el propio principio de dignidad, entendido en el doble sentido expuesto en este trabajo, el que exige dicho reconocimiento, puesto que al tutelarse efectivamente los derechos sociales, las condiciones para la maximización de la autonomía se reconocen y se protegen.
2. En Chile, a partir del año 2008, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a los derechos sociales con un criterio de hermenéutica constitucional que contribuye a una tutela más efectiva. Según el criterio expuesto por el Tribunal, los derechos sociales poseen el mismo grado

¹²⁸ ALEXY (2008), p. 456.

de exigibilidad que los derechos civiles y políticos, con un mismo nivel jurídico, por lo cual no, existe un nivel superior de derechos (derechos de libertad) y otro inferior (derechos sociales), puesto que serían derechos fundamentales propiamente tales.

3. El que no exista protección jurisdiccional para los derechos sociales sólo da cuenta que existe una laguna jurídica, dado que el carácter de fundamentalidad de un derecho no se determina por la existencia o ausencia de garantías concretas, sino es su consagración positiva en aquellas normas consideradas fundamentales lo que obliga a los operadores jurídicos a maximizar, bien por vía interpretativa, o por medios de reformas, los mecanismos que permitan su protección.
4. En segundo lugar, en favor de una tutela efectiva, es necesario ampliar el espectro de protección de los derechos fundamentales, dado que sujetos distintos al Estado pueden tener conductas que generen efectos lesivos para posiciones iusfundamentalmente garantizadas, ya que el poder social y económico en las actuales sociedades se encuentra no sólo en el Estado sino también en los particulares. Al reconocerse el efecto *Drittwirkung* se contribuye a la verificación de la protección de la dignidad de la persona humana, puesto que de esta forma se evita que los particulares, como potenciales lesionadores de derechos fundamentales, impongan condiciones opresivas o humillantes de vida, y en consecuencia que no pueda verificarse la libertad jurídica como una libertad real.
5. El Tribunal Constitucional chileno también se ha pronunciado sobre el efecto *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, adhiriendo a la teoría de la eficacia horizontal mediata, al declarar que la Carta Fundamental *es un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella*. De esta forma los derechos fundamentales irradian sus efectos en todo el ordenamiento jurídico al poseer fuerza vinculante, por lo cual el Derecho Privado, que regula las relaciones entre particulares, queda supeditado a la interpretación acorde a los derechos fundamentales y en general a la Constitución.
6. Es necesario revisar la vigencia del principio de subsidiariedad del Estado, sobre todo en lo relativo a las consecuencias prácticas que aquél pueda tener y, en especial, el rol que juega el Estado en la garantía y promoción de los derechos iusfundamentales. Todo lo anterior cobra vital importancia en el sentido de que al Estado, en virtud de éste principio, no le cabe un mero rol de espectador, ni tampoco le basta con contentarse con el establecimiento de igualdades relativas entre particulares. Al Estado le cabe un rol positivo o de acción en aquellos casos en que la

realidad fáctica lo insta a superar desigualdades básicas que se verifican entre las personas, como consecuencia necesaria para el real goce de los derechos fundamentales que la Carta Fundamental le ordena garantizar y promover y que son básicos para una existencia digna.

7. Los derechos sociales son fundamentales en tanto se encuentran positivados en la norma de más alto rango jerárquico de nuestro ordenamiento jurídico, no así por la existencia o no de garantías prácticas de exigibilidad. Si bien es importante el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales para su progresivo perfeccionamiento, el contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales no está subordinado a ninguna mayoría parlamentaria. En este sentido, es importante aprender de la historia reciente, específicamente, de lo ocurrido tras la crisis de los Estados sociales, ya que esto explicaría el carácter ideológico en el cual se sustenta la idea de que los derechos sociales son de libre configuración legislativa, careciendo de justificación dogmática y jurídica que avale la tutela debilitada de estos derechos iusfundamentales frente a los derechos fundamentales civiles y políticos.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALEXY, Robert (2008): “*Teoría de los derechos fundamentales*”, Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido”, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
2. ALEXY, Robert (2009): “*Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*”, En: *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed. Miguel Carbonell, 4° ed., Madrid: Trotta.
3. BASSA MERCADO, Jaime (2009): “*El Estado Constitucional de Derecho: efectos sobre la constitución vigente y los derechos sociales*”, Santiago: Legal Publishing Chile, Segunda edición.
4. BERNAL PULIDO, Carlos (2008): “Estudio Introductorio”, En: “*Teoría de los derechos fundamentales*”, Robert Alexy, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
5. CARBONELL, Miguel (2008): “*Eficacia de la constitución y derechos sociales: Esbozo del algunos problemas*”, [en línea, formato PDF], En: Estudios Constitucionales Año 6 N°2, pp. 43-71, [Fecha de consulta 30/7/2012], Disponible en: <http://vlex.com/vid/eficacia-sociales-esbozo-problemas-51184898>.
6. CONTRERAS, Pablo (2009): “*Poder privado y derechos: eficacia horizontal y ponderación de los derechos fundamentales*”, Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
7. DE DOMINGO PÉREZ, Tomás (2006): “*El problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales desde una perspectiva histórica*”, [en línea, formato PDF], [Fecha de consulta 12/6/2012], Disponible en: http://vlex.com/vid/eficaciahorizontalperspectivahistorica217311685?ix_resultado=2.0&query%5Bbuscable_id%5D=ES&query%5Bbuscable_type%5D=Pais&query%5Bq%5D=eficacia+horizontal+de+los+derechos+fundamentales.
8. FERRAJOLI, Luigi (2009a): “*Los fundamentos de los derechos fundamentales: Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*”, Madrid: Editorial Trotta.
9. FERRAJOLI, Luigi (2009b): “*Derechos y Garantías: La ley del más débil*”, Madrid: Editorial Trotta.
10. JORDÁN, Tomás (2007): “*La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución Chilena*”, [en línea, formato PDF], En: Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 5 N° 2, pp. 185-204, [Fecha de consulta 12/6/2012], Disponible en: http://www.cecococh.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n_2_5_2007/10_La_posicion.pdf.
11. KELSEN, Hans (1979): “*Teoría Pura del Derecho*”, traducción de R.J. Vernengo, México: UNAM.
12. LOCKE, John (2000): “*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*”, traducción y prólogo de Carlos Mellizo, Madrid: Alianza Editorial.
13. LOO GUTIÉRREZ, Martín. (2009): “*La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile*”, [en línea, formato PDF], En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de

- Valparaíso XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009) [pp. 391 - 426], [Fecha de consulta 18/6/2012], Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a11.pdf>.
14. MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2010): “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia Chilena”, [en línea, formato PDF], En: Estudios Constitucionales Año 8 N°2, pp. 125-166, [Fecha de consulta 12/4/2012], Disponible en: http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano8_2_2010/articulo5.pdf.
 15. MARSHALL BARBERAN, Pablo (2010): “*El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la constitución*”, [en línea, formato PDF], En: Estudios Constitucionales Año 8 N°1, pp. 43-78, [Fecha de consulta 28/4/2012], Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art03.pdf>, ISSN 0718-0195.
 16. NASH ROJAS, Claudio (2011): “*Los Derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: Tendencias jurisprudenciales*”, [en línea, formato PDF], En: Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 9 N° 1, pp. 65-118, [Fecha de consulta 20/07/2012], Disponible en: http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_9_1_2011/06.%20LOS%20DERECHOS_NASH.pdf.
 17. 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 1710-2010-INC, del 6 de agosto del 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la ley de isapres*”, [en línea, formato PDF], En: Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 8 n° 2, pp. 763-798, [Fecha de consulta 15/06/2012], Disponible en: <http://vlex.com/vid/fundamentales-justiciables-isapres-300418726>.
 18. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009): “*Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*”, [en línea, formato PDF], En: Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año n°2, pp. 143-205, [Fecha de consulta 01/6/2012], Disponible en internet: <http://vlex.com/vid/micos-culturales-efectivos-latinoamericano-73780088>.
 19. PISARELLO, Gerardo (2007): “*Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*”, Madrid: Editorial Trotta.
 20. PAPA PÍO XI (1931), “*Quadragesimo anno*”. [Fecha de consulta 18/6/2012], Disponible en: <http://www.vatican.va>.
 21. VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002): “*Derecho Constitucional Tomo I*”, segunda edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

1. Sentencias del Tribunal Constitucional de Chile Roles, 976-2008, 1218-2009, 1273-2010, 1287-2009, 1710-2010.
2. Corte Suprema, Rojas Vera y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud (2001).