



ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de

Chile

Chile

SOLARI, ENZO; VIERA, CHRISTIAN
JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES (A PROPÓSITO DE UNA
ARGUMENTACIÓN DE FERNANDO ATRIA)
Estudios Constitucionales, vol. 13, núm. 2, julio-diciembre, 2015, pp. 13-56
Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82043968002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES (A PROPÓSITO DE UNA ARGUMENTACIÓN DE FERNANDO ATRIA)*

JUSTICIABILITY OF SOCIAL RIGHTS
(ON THE OCCASION OF FERNANDO ATRIA'S ARGUMENTATION)

ENZO SOLARI**

Universidad de Valparaíso

enzo.solari@ucv.cl

CHRISTIAN VIERA***

Universidad de Valparaíso

christian.viera@uv.cl

*RESUMEN: Este artículo intenta enjuiciar la argumentación de Fernando Atria acerca de los derechos sociales, según la cual estos no deben ser institucionalizados como derechos subjetivos que protegen “*primo et per se*” un interés particular de sus titulares exigible en concreto judicialmente, sino de acuerdo con instituciones determinadas democráticamente que protegen una dimensión de la ciudadanía caracterizable no tanto por el interés de cada cual cuanto por el interés recíproco y general. Para ello, muestra la unilateralidad de esa argumentación: aunque el legislador y la Administración sean los protagonistas del desarrollo de derechos sociales, eso no obsta a que haya buenas razones para que la teoría jurídica y la jurisprudencia –comparadamente y en Chile– los hayan tratado como derechos justiciables, mas según una justiciabilidad limitada, no activista, sino basada en el potencial epistémico de la jurisdicción para mejorar dialógica y deliberativamente la política democrática.*

*ABSTRACT: This article attempts to probe Fernando Atria's argument about social rights, according to which they should not be institutionalized as subjective protecting rights “*primo et per se*” a particular interest of those entitled with them and thus judicially enforceable, but according to institutions democratically defined protecting a certain dimension of citizenship characterized not so much by each and everyone's interest as by the mutual and general interest. To this purpose, he shows the*

* Trabajo recibido el 30 de junio de 2015 y aprobado el 26 de agosto de 2015.

Este artículo forma parte de los proyectos “La tolerancia en Kant: supuestos epistémicos, políticos y religiosos”, de E. SOLARI, y “La Constitución económica chilena y algunos desafíos políticos y sociales”, de Ch. VIERA, financiados por becas C de ICALA-*Stipendienwerk Lateinamerika-Deutschland*. Además, sus autores agradecen las críticas y sugerencias de John Charney y de los evaluadores anónimos de *Estudios Constitucionales*.

** Profesor Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

*** Profesor Escuela de Derecho, Pontificia Universidad de Valparaíso.

one-sidedness of such argument: although the legislature and the administration are the protagonists of the development of social rights, that does not preclude that there are good reasons for legal theory and jurisprudence –comparatively and in Chile– to have treated them as justiciable rights, more under a limited justiciability, non-activist and instead based on the epistemic potential of jurisdiction to enhance deliberatively dialogically and deliberately democratic politics.

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales; ciudadanía; justiciabilidad; jurisprudencia dialógica.

KEY WORDS: Social rights; citizenship; justiciability; dialogic jurisdiction.

En Chile, los movimientos estudiantiles y sociales que desde el año 2011 promueven formas de concebir e institucionalizar el derecho a la educación distintas de las actualmente existentes, han sido tematizados diversamente. Uno de sus teóricos, Fernando Atria, ha alimentado con argumentos la discusión más amplia acerca de los derechos sociales. En su reciente libro, *Los derechos sociales y la educación*, retoma un artículo suyo del 2004, agregando algunas ideas que entonces no había elaborado¹. Atria adopta en su propia terminología la tesis de Marshall: las instituciones que se siguen de derechos sociales tienen un régimen (el de ‘lo público’) que las distingue de los bienes de consumo sometidos a las reglas mercantiles. Es por esto por lo que Atria puede lanzar un desafío al constitucionalismo chileno, particularmente al progresista que defiende la justiciabilidad de tales derechos:

“[...] esto es lo que pierden de vista los defensores ‘progresistas’ de los derechos sociales, que creen que pueden dejar todo (en particular el mercado) tal como está y añadirle acciones de protección para evitar los abusos más graves (como las decisiones de establecimientos educacionales que solían expulsar a estudiantes embarazadas). Los derechos sociales son ideas cuyo sentido profundo no está en la teoría normativa, sino en la configuración de instituciones de ciudadanía. Por eso, en lo que resta de este libro estaremos discutiendo sobre instituciones, no sobre teorías. Nuestro tema será no el contenido abstracto de los derechos sociales, sino las formas institucionales que realizan o niegan su dimensión de ciudadanía. Quizás este es el punto adecuado para notar cómo es que, pese a que los juristas que reflexionan sobre los derechos fundamentales han estado hablando y escribiendo intensamente sobre derechos sociales durante las últimas décadas, en la discusión actual sobre el paso de la educación como mercancía a la educación como derecho social ellos no tienen nada que decir. Es decir, precisamente cuando es necesario pensar en instituciones de derechos sociales, la reflexión jurídica sobre derechos sociales se muestra enteramente inútil”².

¹ Vid. ATRIA (2004), pp. 15-59, y ATRIA (2014).

² ATRIA (2014), pp. 83-84. Si bien Atria utiliza la expresión ‘progresista’ para aquellos constitucionalistas que defienden la exigibilidad judicial de los derechos sociales, existe cierta polémica sobre el calificativo pro-

Los derechos sociales, en este sentido, serían algo de lo que no debe hablarse con la categoría subjetiva de derechos concreta y particularmente exigibles mediante acciones de protección u otras por el estilo. ¿Qué decir de semejante desafío? Procedamos por pasos contados, exponiendo ante todo el argumento de Atria.

1. LOS DERECHOS SOCIALES, EL DERECHO LIBERAL Y LA ESCASEZ

Dice Atria que el progresismo malentiende a los derechos sociales cuando los pretende defender por la vía de volverlos justiciables, de asociarlos a los derechos subjetivos judicialmente exigibles. Derechos sociales y derechos subjetivos (como los civiles y políticos) son diferentes no solo por su contenido, sino también por su estructura o forma. Los derechos subjetivos son típicamente derechos subjetivos del ‘derecho liberal’, cuyo propósito es permitir la interacción de individuos autointeresados excluyendo solo ciertas conductas fraudulentas o amenazadoras (p. 36). Para perfilar mejor esta tesis, Atria critica la distinción que traza Höffe entre derechos individuales y derechos sociales:

a) Que los individuales sean negativos y los sociales positivos o de prestación es algo que solo puede decirse superficialmente. Es claro que “toda acción se puede describir como una omisión” (p. 39), y que entonces los derechos negativos son unos derechos respecto de los cuales no se puede

“fundar un deber capaz de transformar (‘meras’) omisiones en formas de comisión por omisión. Dicho de otro modo, no es mirando al aspecto activo de los derechos de libertad negativa (es decir, al interés que protegen) que encontraremos la explicación, sino atendiendo a la posición previa a la que se encuentran sus sujetos pasivos (libres de estos deberes antecedentes)” (p. 41).

b) Además, que los individuales no sean sensibles a la escasez como sí lo son los sociales tampoco es menos superficial. En rigor, todo derecho (individual

gresista, porque liga innecesariamente el progresismo con aquellos que defienden tal judicialización, como si se tratara de lo mismo. Como señala Chia, “es difícil definir analíticamente qué es el progresismo. Podrían considerarse adeptos al progresismo tanto liberales como algunos socialistas, quienes son democráticos y revolucionarios, los humanistas cristianos, o incluso, uno que otro militante de la Izquierda Autónoma. También pueden reputarse progresistas ciertos dogmáticos del ateísmo y algunos promotores del ecologismo, así como también quienes comulgan y sensibilizan con la liberalización del consumo de drogas, la ampliación de la libertad sexual y el compromiso con el igualitarismo de la discriminación positiva. En definitiva, a este discurso podrían adherir quienes se identifican con la derecha política, e igualmente, quienes dicen suscribir a los valores históricamente promovidos por la izquierda, englobados todos bajo la moralidad del humanismo liberal” (CHIA, 2015). Puede verse, también, MUÑOZ LEÓN (2015).

y social) es sensible a ciertas circunstancias en las que puede ser derrotado por imponer “al deudor una carga exagerada” (pp. 41-42). La dependencia no es sino respecto de estas circunstancias, lo que, tratándose de los derechos sociales, significa normalmente que las circunstancias que derrotan a tales derechos se configuran como “escasez material” (p. 42).

c) Y la dependencia de las condiciones culturales vale también para derechos individuales y sociales: por ej., la negligencia característica de la culpa no puede entenderse prescindiendo de estándares que son evidentemente dependientes de consideraciones culturales (p. 43).

La estructura de los derechos sociales, por ende, se difumina al interior del derecho liberal. Cuando tales derechos sociales están injertados en un cuerpo extraño de derecho liberal se vuelven inestables. Entonces, se asimilan a los derechos subjetivos normalizándose como ellos (derechos indiferentes a la cooperación), o bien se transforman al cuerpo receptor salvando así su dependencia de la cooperación y de la existencia de deberes recíprocos (p. 47). En el caso de los derechos individuales, dice Atria, la determinación de su sujeto activo permite determinar *eo ipso* su(s) sujeto(s) pasivo(s) y la acción debida por parte de este(os) (p. 48). Por el contrario, los derechos sociales determinan claramente su lado activo, pero no el pasivo. Esto hace necesario salvar la brecha entre uno y otro aspecto, es decir, entre (el titular de un) interés y (el titular de un) deber. Para fundar el deber de alguien no basta con decir que para otro sería beneficioso (iría en su interés) gozar de tal o cual cosa (p. 49). Se requiere algo más. Solo parecen haber dos formas típicas de salvar esa brecha. Una es la del contractualismo para el cual “la igualdad es políticamente irrelevante” (p. 52), y que conduce a políticas focalizadas para proteger a los individuos de la pobreza a través de prestaciones mínimas (p. 51). Rawls es contractualista, y por eso su segundo principio de justicia (el principio de diferencia) aboca a un mínimo para favorecer a los más pobres. El contractualismo, según Atria, es insanablemente individualista³.

Otra forma es la de la ciudadanía. Es precisamente la idea de Marshall, que ciertamente adopta y, convenientemente adaptada, defiende Atria. Los derechos sociales, en tanto que dan sustancia a la ciudadanía, son “ciertos aspectos del bienestar de cada uno que son responsabilidad de todos” (p. 51). Son derechos

³ Cuando se asevera que “el contractualismo es la negación de la igualdad como cuestión políticamente relevante” (p. 69), ¿no se peca de abstracción? ¿Se atienden como es debido los avatares del contractualismo —por ej., en Rousseau, en Hegel, en Rawls, en Habermas?

no naturales (prepolíticos) sino estrictamente políticos, pues descansan en la “idea de la realización recíproca” (pp. 51-52). Por eso yerra el progresista que pretende la exigibilidad judicial de los derechos sociales, porque tal pretensión es indisociable de la de reducir estos derechos a derechos individualistas que apuntan a un mínimo, unos derechos que en el fondo así se pliegan a la estructura profunda de los derechos subjetivos, los cuales no descansan en la idea de realización recíproca (p. 52). La idea de derecho social, según Atria, es realista no para el contractualismo (porque en un estado de naturaleza o posición original todos somos más bien autointeresados, y esto tanto para el hobbesiano como para el rawlsiano), sino para una versión histórica de la justicia, según la cual al vivir juntos se va aprendiendo, no sin retrocesos, que los intereses ajenos pueden ser parte de mi propio interés (p. 71). La acusación de utopismo (que hace un liberal) y la de lentitud (que hace un izquierdista) acechan siempre a una idea historizada de la justicia. Pero son contestables con la idea de ‘bien interno a una práctica’ de MacIntyre: el bien interno a la práctica política, en este caso, no es un contenido proposicional memorizable y repetible acerca de un punto futuro para llegar a él lo más rápido que sea posible y por cualquier vía que sea practicable, sino algo que solo se aprende viviendo con otros bajo ciertas instituciones en un movimiento constante e interminable, porque —como dice Marshall— “la meta está moviéndose perpetuamente hacia adelante” [es cita de *Citizenship and Social Class*, p. 35] (p. 76). Así, las instituciones van anticipando, todo lo imperfectamente que se quiera, la idea de comunidad que se pretende. Por ello, “la ley es la voluntad de una comunidad sin comunidad de voluntades”⁴. Hay algo muy real en instituciones que realizan, aunque sea parcialmente, alguna comunidad de intereses, como el NHS británico: he allí además una lenta pedagogía, la que no puede desacoplarse de los medios utilizados para ir anticipando el fin deseado ni puede apurarse más allá de lo que los individuos pueden ir aprendiendo cuando las diseñan y viven dentro de ellas (pp. 76-77).

Ahora bien, a esta pedagogía institucional, según la cual la justicia va tomando cuerpo en la historia, suele oponerse la evidencia económica de la escasez: ¿cómo habrían de ser derechos aquellas pretensiones que se refieren a la distribución de bienes tan escasos y costosos como la educación, la salud o la vivienda? Atria elabora la siguiente respuesta. Tanto el mercado como los derechos sociales son modos de distribuir bienes escasos. Muy ilustrativamente,

⁴ ATRIA (2014), p. 76. Para profundizar esta idea de la ley como expresión de la voluntad soberana, véase ATRIA (2009).

puede sacarse provecho del notable paralelo de la institucionalización de un derecho social con la quiebra:

“[...] esta es la dimensión especialmente instructiva del procedimiento de quiebra para nuestra discusión sobre derechos y escasez: el hecho de que sea fácticamente imposible satisfacer los créditos no debe llevarnos a decir que entonces los acreedores no tienen igual derecho a ser pagados; que, por ejemplo, aquellos cuyos créditos se hacen exigibles antes que otros tienen más derecho a ser pagados que los otros. El derecho a ser pagado implica que cuando se teme que no puedan ser pagados todos, es necesario un procedimiento que les garantice igualitariamente a todos la mayor posibilidad de pago de sus créditos. El procedimiento de quiebra muestra que el hecho de que los acreedores tengan derecho al pago de sus créditos tiene dos dimensiones, no una. En la primera dimensión, que tengan derecho a ser pagados significa que es ilícito que no lo sean [...] Pero del hecho de que los acreedores tengan derecho a ser pagados no se sigue que el deudor tendrá / siempre recursos disponibles para pagar todas sus deudas. Cuando no los tiene, entonces el hecho de que todos los acreedores tengan el mismo derecho a ser pagados muestra su segunda dimensión. Ahora el procedimiento de pago debe reconocer a cada acreedor el mismo derecho, y por eso debe producirse un concurso de acreedores: un procedimiento al que todos concurren de modo que todos puedan ser pagados a prorrata de sus créditos” (pp. 58-59).

El acreedor no puede pagar arbitrariamente al deudor que él decida privilegiar, sino, como los bienes del deudor son insuficientes para pagar todas sus deudas,

“lo que la ley busca es que el pago sea igualitario entre los acreedores, es decir, que todos sean pagados en la mayor medida posible [...] El derecho de todos los acreedores es igual, y eso exige un procedimiento de realización conjunta de los bienes y pago a todos los acreedores” (p. 59).

Entonces, cuando hay procedimiento de quiebra, los intereses de los acreedores dejan de oponerse, como antes, y se produce una comunidad de intereses (p. 60). La analogía es ostensible. Cuando se dice que los sociales no son verdaderos derechos porque su objeto son bienes escasos, se incurre en una confusión: “[...] del hecho de que dadas las restricciones materiales no pueda darse satisfacción plena a todos no se sigue que nadie entonces tenga derecho, sino que los recursos escasos han de distribuirse entre todos los que tienen derecho de modo que todos reciban la mayor satisfacción posible” (pp. 60-61).

En suma: la propuesta de Atria no despoja de valor a los derechos sociales. La justiciabilidad que Atria recusa es un problema de la estructura de los derechos sociales cuando son tratados como si tuvieran la misma estructura que los derechos

de matriz subjetiva (p. 49)⁵. Por ello, también tiene palabras críticas para aquellos que han querido ver en su propuesta un rechazo a la idea de derechos sociales:

“La tentación de entender los derechos sociales como derechos que pueden ser judicialmente protegidos (es decir, derechos a un mínimo) debe entonces ser constantemente rechazada, teniendo presente que será defendida por quienes se entienden a sí mismos como ‘defensores’ de los derechos sociales. Eso hace inevitable que ocasionalmente aparezcan quienes entienden que por objetar la ‘exigibilidad’ judicial de los derechos sociales uno es ‘contrario a ellos’” (pp. 81-82).

A este equívoco Atria responde así:

“Para mi sorpresa, algunos lectores de mi antiguo artículo ‘¿Existen derechos sociales?’ han entendido que la tesis sostenida en este libro sobre los derechos sociales es incompatible con la sostenida en ese artículo, porque mientras este libro afirma la existencia de los derechos sociales, ese artículo la habría negado. Eso no es así. La tesis del artículo era en lo relevante la misma que aquí, que los derechos judicialmente exigibles a un mínimo no son derechos sociales. Pero esto no es porque no haya derechos sociales, sino porque estos son derechos de ciudadanía” (p. 82, n. 49).

2. ¿DERECHOS SOCIALES NO JUSTICIABLES?

Lo menos que cabría decir de esta idea de los derechos sociales no susceptibles de ser justiciados es que ha sido desafiada práctica y teóricamente. Tal desafío, todo hay que decirlo, tiene el defecto de entreverar la judicialización ordinaria de tales derechos con su judicialización constitucional abstracta, algo que convendrá ir separando cuidadosamente. Es lo que hemos de ver a continuación.

2.1. *Los derechos sociales en Alemania*

Ha sido desafiada, primeramente, por otras teorías de los derechos fundamentales. La teoría de Alexy, elaborada no en un estado neoliberal como el chileno,

⁵ No es extraño someter a crítica el uso de la noción derecho subjetivo para los derechos fundamentales: “[...]por las dificultades intrínsecas que plantea (esa) terminología para describir adecuadamente la relación entre un individuo, titular de atributos que deben serle respetados, y facultado para actuar en su defensa, y un Estado que es al mismo tiempo amenaza y garante de su protección. Por otro lado, porque estas dificultades han dejado al descubierto, de manera cada vez más evidente, el rol que los derechos fundamentales juegan como derecho objetivo respecto del ejercicio del poder estatal, rol que su tratamiento como derechos subjetivos tiende a oscurecer”. ALDUNATE (2008), pp. 54-55.

sino en uno de bienestar de larga data como el alemán, postula la justiciabilidad (también constitucional) de los derechos sociales. Precisamente en un Estado en el que la educación, la salud, la vivienda y la seguridad social se han configurado institucionalmente no como bienes de mercado, sino como campos institucionales donde hay un interés común y donde ciertos ámbitos de la realización humana se entienden gobernados por una básica reciprocidad, Alexy, creemos, ayuda a clarificar el estatuto normativo de los derechos sociales. Respecto de derechos sociales fundamentales como el derecho a la educación, dice, habría que precisar, primero, si son vinculantes –de modo que su vulneración sea declarada por la jurisdicción constitucional– o si no son vinculantes, en ambos casos si son derechos subjetivos o si son normas que obligan al Estado solo objetivamente, y también en todos esos casos si pueden fundar derechos y deberes definitivos –reglas– o solamente *prima facie* –principios– (p. 444)⁶.

Segundo, Alexy agrega que los sociales son derechos prestacionales en sentido estricto: “[...] son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtener también de los particulares” (p. 443). Por lo mismo, su razón de ser radica en (a) que una libertad jurídica (de hacer u omitir algo) sin libertad fáctica (o material o real) de poder elegir no vale nada, y en (b) que en las condiciones contemporáneas esto requiere de la actividad estatal (pp. 446-447). Alexy, se diría, considera la vía sugerida por Atria de la no subjetivización liberal y judicializante de los derechos sociales. Y es que podría la Constitución pretender “crear la libertad fáctica, sin llegar por ello a admitir la existencia de derechos sociales fundamentales”, con lo que esta libertad fáctica quedaría en manos del proceso político (pp. 448-449). Entonces los derechos sociales no serían judicialmente exigibles. Siendo semántica y estructuralmente indeterminados, esa indeterminación cuya no podría ser resuelta con medios jurídicos: “[y] si el derecho carece de pautas suficientes, entonces la decisión acerca

⁶ Como se sabe, dice Alexy que las normas de derecho fundamental tienen el doble carácter de principios y de reglas (pp. 109-117). “Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas [...]. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado”. ALEXY (2008), pp. 67-68.

del contenido de los derechos sociales fundamentales es un asunto de la política” (p. 450), lo que es tanto como decir que “la decisión sobre el contenido de los derechos sociales fundamentales no cae dentro de la competencia de los tribunales de justicia sino dentro de la competencia del ‘legislador directamente legitimado por el pueblo’” (p. 451).

Empero, Alexy discrepa de dicha vía y explora esta otra: que en general los derechos sociales sean considerados fundamentales en el sentido de vinculantes derechos subjetivos (y, por lo mismo, judicialmente exigibles) que mandan definitivamente alguna prestación en favor de sus titulares, siempre en el entendido de que “son tan importantes que su atribución o denegación no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple” (p. 454). Entonces sería el caso que “la libertad que los derechos fundamentales deben asegurar incluye la libertad fáctica”, lo que equivaldría a afirmar que “la libertad fáctica es iusfundamentalmente relevante”, y no solo formal sino también materialmente (pp. 448-449). En otras palabras, “habrá que considerar que una posición jurídica prestacional está definitivamente garantizada por los derechos fundamentales si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales contrapuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) se afectan en una medida relativamente reducida a causa de la garantía iusfundamental de la posición jurídica prestacional y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta. En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos sociales fundamentales mínimos, es decir, por ejemplo, el derecho al mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica” (pp. 454-455).

¿Y la escasez? Por sí misma, no permite inferir que tales derechos sociales fundamentales no existan, pues estos son indispensables y, aunque haya “poco que distribuir” (p. 455), siempre hay ponderaciones que realizar para satisfacer estos mínimos flexiblemente, ponderaciones que conducen “a diferentes derechos definitivos” (p. 456). ¿Y la exigibilidad judicial? No es más problemática, piensa Alexy, que en el caso de los derechos fundamentales tradicionales, y en todo caso, cree, si bien la existencia de un derecho no puede depender solamente de la exigibilidad judicial, un derecho que existe tiene que ser también exigible judicialmente (p. 456). “En modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante”: puede no solo declarar una inconstitucionalidad, sino también fijar plazo al legislador para que produzca determinada

legislación coherente con la constitución y aun llegar a formular directamente cierto mandato constitucional (p. 456). Y aunque la ponderación que ha de ejecutar la justicia constitucional supone que lo debido en principio, *prima facie*, es más que lo que se debe definitivamente, ya como regla, esto no tiene por qué desembocar en ilusiones y frustraciones (p. 457). La ponderación de derechos *prima facie* es perfectamente racional, puesto que tal proceso de fundamentación jurídica consiste en sopesar razones favorables y contrarias a su determinación como derechos definitivos.

Así, los derechos sociales definitivos a una prestación dependen de que se le haya concedido en la ponderación mayor peso a la libertad fáctica que a la jurídica y que a principios como la competencia del legislador democrático. Estos derechos ya no son excesivos como los derechos *prima facie*. Lo mismo habría que decir de los deberes correlativos a estos derechos sociales: son siempre vinculantes —nunca meramente programáticos—, pero además son excesivos cuando son *prima facie*, perdiendo luego de la ponderación judicial ese rasgo y volviéndose, entonces, no solo vinculantes sino precisamente definitivos (p. 459). Por ello, “un deber *prima facie* puede, si no existe ninguna razón aceptable para su no satisfacción, conducir a un deber definitivo; pero un deber no vinculante nunca podría conducir a ello” (p. 460). El control judicial no recae, en suma, en el cumplimiento del deber *prima facie*, sino en el del deber definitivo; allende los límites de lo debido definitivamente aparecen exigencias dirigidas al legislador, quien si cumple con ellas “cumple normas de derecho fundamental, aun cuando para ello no esté obligado definitivamente” ni tampoco sometido a *judicial review*⁷.

Pensando también en el contexto alemán, en Chile E. Aldunate matiza ideas como las de Alexy y adopta las de Ernst-Wolfgang Böckenförde⁸ (aproximándose así a Atria, pero sin identificarse con él)⁹. Dice: el escenario menos deseable, aunque posible, es el de una consagración constitucional de derechos sociales (en el sentido de derechos de prestación que expanden “las posibilidades fácticas de acción de los individuos” y garantizan “posibilidades de actuación que no preexis-

⁷ ALEXY (2008), p. 460. Véase también TRILSCH (2012), un trabajo reciente muy exhaustivo, cuya raíz germánica no le impide prestar atención al derecho internacional (pp. 17-44), así como a derechos nacionales —no solo el alemán (pp. 73-144), sino también el de Québec (pp. 145-187) y el sudafricano (pp. 188-246), todos los cuales son aun sistemáticamente comparados (pp. 247-283 y 475-503)—, y sobre todo por realizar en su cap. 6 una extensa reconstrucción dogmática de tales derechos (pp. 284-433).

⁸ Vid. BÖCKENFÖRDE (1993), pp. 72-83.

⁹ Vid. ALDUNATE (2014), pp. 21-42.

ten a su consagración sino que son aportadas por la actividad estatal¹⁰), con un contenido constitucionalmente indeterminado y abierto, de cuya precisión queda encargado un órgano jurisdiccional¹¹. Preferible a esto –que parece desembocar en una forma gubernamental aristocrática (¡el gobierno de los jueces!)– es que haya, como en Alemania, una cláusula que asegure el carácter social del Estado (la del art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn, puesta en relación con los arts. 1º y 2º de la misma), cuya determinación en derechos precisos (desde el punto de vista de su contenido y de las prioridades de su aplicación) queda encomendada a la legislación y luego en el detalle a la Administración (siempre dentro del “límite de lo fácticamente posible”¹²), reservando la garantía de la jurisdicción únicamente para el final, cuando ya “se ha definido el modo, la extensión y la medida en que se dará ese acceso [y participación en una fracción de los bienes] vitales necesarios”¹³. Esto último no obsta a que los derechos sociales en Alemania, sea que (algunos) tengan rango constitucional, sea que (solo) resulten de la combinación de los arts. 1º, 2º y 20 de la Ley Fundamental, sí tengan eficacia normativa, pues tales derechos constitucionalmente fundamentados imponen

“cometidos legislativos para la configuración de las respectivas prestaciones, con un triple contenido normativo: en primer lugar, sustrae dichos objetivos del libre juego político que se desarrolla bajo la Constitución; en segundo lugar, sirve para enjuiciar la absoluta inactividad del legislador o los casos de grosera negligencia; y, por último, permite declarar inconstitucional la mera remoción del nivel de prestaciones garantizadas o su reemplazo por otras de menor entidad prestacional sin un fundamento gravitante”¹⁴.

He aquí el modelo alemán, en el que se combina unas instituciones de seguridad social muy anteriores a la constitución actualmente y precisadas legislativa y administrativamente vigente, con una justiciabilidad no solamente encargada a los tribunales ordinarios sino también a un tribunal constitucional tan poderoso que es capaz de emitir sendas declaraciones de inconstitucionalidad legal o administrativa.

¹⁰ ALDUNATE (2014), p. 41.

¹¹ Vid. ALDUNATE, *Derechos*, pp. 28-36.

¹² ALDUNATE, *Derechos*, p. 42.

¹³ ALDUNATE, *Derechos*, p. 39; vid. pp. 37-40.

¹⁴ ALDUNATE, *Derechos*, pp. 39-40.

2.2. Los derechos sociales en el Reino Unido

En cambio, donde al parecer encuentra mayor aceptación la tesis de derechos sociales no justiciables es en el Reino Unido. Como es fama, Marshall propuso en 1949 que en Gran Bretaña se habría producido en los últimos 250 años una triple profundización de la ciudadanía, la que comenzó con la consagración de derechos civiles en el s. XVIII, prosiguió con la de los derechos políticos en el s. XIX y culminó en el XX con la de los derechos sociales. Son, dice, tres elementos de la ciudadanía¹⁵. Estos derechos sociales abarcan “todo el espectro, desde el derecho a la seguridad y a un mínimo bienestar económico, al de compartir plenamente la herencia social y vivir la vida de un ser civilizado conforme a los estándares predominantes en la sociedad”¹⁶, por lo cual las instituciones más claramente asociables a estos derechos serían no los tribunales, ni el parlamento ni los gobiernos locales, sino “el sistema educativo y los servicios sociales”¹⁷. ¿Cabe generalizar, más allá de la experiencia británica, esta tesis acerca de los derechos sociales? Dice Marshall que la ciudadanía se ha ido enriqueciendo con cada nuevo tipo de derechos y que ella, aunque “supuso un principio de igualdad”, sin embargo, ha legitimado una cierta desigualdad social, si bien limitadamente en la medida en que limita el funcionamiento del mercado¹⁸. Marshall muestra avatares de los derechos sociales y la ciudadanía a propósito de la regulación de la legislación fabril, del sindicalismo, la tributación, la educación, la vivienda, los seguros sociales¹⁹. En particular, cree que los derechos sociales pueden no hacer desaparecer las clases sociales, pero sí disminuir la envergadura de las diferencias entre ellas: “[...] ya no basta con elevar el nivel más bajo del edificio social, dejando intacta la superestructura”, más bien habría que remodelar “todo el edificio, y podría ser que el rascacielos se convirtiera en un chalé”²⁰. Gracias a los derechos sociales, “la norma del bienestar social no es la compra del servicio, sino la provisión del mismo”²¹. Por lo tanto, estos derechos no siguen el tipo de los individuales judiciables, pues en un “Estado democrático socialista [...] la obligación del Estado es para con toda la sociedad, cuyos problemas

¹⁵ Vid. MARSHALL (1992), pp. 22-26.

¹⁶ MARSHALL (1992), p. 23

¹⁷ MARSHALL (1992), p. 23.

¹⁸ MARSHALL (1992), pp. 21-22 y 40.

¹⁹ MARSHALL (1992), pp. 31-36 y 51-74.

²⁰ MARSHALL (1992), p. 52.

²¹ MARSHALL (1992), pp. 60-61.

se reparan en el parlamento o en un consejo municipal, y no para los ciudadanos individuales, cuyas reparaciones están adscritas a un tribunal de justicia, o al menos en un casi tribunal de justicia”²². La igualdad de oportunidades no obsta a la existencia de desigualdades sociales, siempre que se eliminen “los privilegios de la herencia”: tal “es un derecho igual a ser reconocido como desiguales”²³. Entonces, si modernamente el contrato tiene un lugar primordial en los sistemas jurídicos, habría que decir que los derechos sociales suponen “una invasión del contrato por estatus” de ciudadanía²⁴. Mientras el incentivo típico del mercado es el beneficio personal, “el que corresponde a los derechos sociales es el deber público”²⁵. Así, pueden tolerarse las desigualdades si no son el mero fruto de “privilegios heredados”, vale decir, “en el seno de una sociedad fundamentalmente igualitaria”²⁶. Lo cual implica combinar la justicia social con la necesidad económica, en el entendido de que “la sociedad debe garantizar los aspectos esenciales de una vida segura y decente, sea cual fuere el dinero que se gane”²⁷.

Jiménez sigue solo en parte la estela de Marshall²⁸, puesto que admite cierta justiciabilidad de los derechos sociales en el caso del Reino Unido. Este caso, dice, puede verse como uno en que, sin haber constitucionalización de derechos sociales, hay un acentuado escepticismo acerca de su justiciabilidad (y de la posibilidad de activismo judicial) y un fuerte compromiso con el valor político de este tipo de derechos, el que se refleja “en la existencia de un Estado de bienestar razonablemente bien constituido”²⁹. Como se sabe, el británico es un modelo de *weak judicial review* en el que los jueces pueden declarar la incompatibilidad de una ley con los derechos de la *Human Rights Act* sin afectar la validez de la misma, pero conservando el parlamento la ‘última palabra’ respecto de derogar, modificar o aun mantener tal legislación y asumiendo en este último sentido el costo político y el deber de señalar explícita y públicamente tal afectación de derechos³⁰. Respecto de la consti-

²² MARSHALL (1992), p. 62.

²³ MARSHALL (1992), p. 67.

²⁴ MARSHALL (1992), pp. 41 y 69.

²⁵ MARSHALL (1992), p. 74.

²⁶ MARSHALL (1992), p. 75.

²⁷ MARSHALL (1992), p. 80.

²⁸ Vid. JIMÉNEZ (2014), pp. 43-64.

²⁹ JIMÉNEZ (2014), p. 45.

³⁰ JIMÉNEZ (2014), pp. 46-47.

tucionalización de derechos sociales, en el Reino Unido se ha debatido últimamente esta cuestión, y un informe del Comité Conjunto sobre Derechos Humanos del Parlamento de 2008 concluyó afirmando dicha constitucionalización recomendando aproximarse al modelo constitucional sudafricano de revisión judicial tenue de derechos, los que se han de desarrollar sobre todo a través del proceso democrático: “[...] los individuos no pueden exigir directamente a los jueces el cumplimiento de sus derechos sociales, pero los tribunales sí están habilitados para controlar las medidas legislativas y administrativas que se adopten para alcanzar la realización progresiva de esos derechos, bajo un estándar de razonabilidad”³¹. Jiménez cree que mientras la judicialización de los derechos sociales es controvertible, es casi pacífico que “la constitucionalización de los derechos sociales es una manera correcta para formalizar un compromiso político respecto de ellos”³². Conor Gearty, por ej., es un profesor progresista de la London School of Economics que critica no la idea de derechos sociales sino el olvido de la dimensión política de estos, que cree que hay que evitar la judicialización de los mismos y entregar su desarrollo a parlamentos y gobiernos, y que piensa que los jueces pueden conservar un poder secundario de fiscalización para que “las autoridades políticas cumplan sus responsabilidades en esta materia”³³. En el Reino Unido se aprecian casos en los que los jueces han intervenido razonablemente tomando algunas decisiones a propósito de derechos sociales, reconociendo su rango político de primera magnitud pero manteniendo un trato deferente y equilibrado para con el Parlamento y el gobierno³⁴. Esto puede ser útil para la discusión chilena, cree Jiménez, pues “salvo que se tenga una oposición política a los derechos sociales (lo que debería explicitarse, si fuera el caso), el esfuerzo debe concentrarse en refinar las tal vez humildes herramientas jurídicas que deben existir en un contexto de Estado social y democrático de derecho, como al que aspira la mayoría de la sociedad chilena”³⁵.

³¹ JIMÉNEZ (2014), p. 50.

³² JIMÉNEZ (2014), p. 52.

³³ JIMÉNEZ (2014), p. 54.

³⁴ JIMÉNEZ (2014), pp. 54-62. La conclusión de Jiménez es que los jueces cumplen un papel, si bien modesto, respecto de los derechos sociales, enfocándose “en el respeto de garantías procedimentales típicas del Derecho administrativo” y actuando de manera incremental y contenida (por los principios de legitimidad democrática, policentrismo, experticia y flexibilidad), por ende, siendo respetuosos “de la manera en que la legislación ha encomendado tareas a la Administración pública para satisfacer derechos sociales”, p. 62.

³⁵ JIMÉNEZ (2014), p. 64.

2.3. *Jurisprudencia comparada*

Pero, además, la tesis según la cual los derechos sociales no son justiciables ha sido intensamente desafiada por otras instituciones y prácticas nacionales e internacionales que sí los protegen con algunos mecanismos de justiciabilidad tanto constitucional como ordinaria. El derecho comparado es claro al respecto³⁶. Examinar algunos ejemplos puede ser ilustrativo.

Así, la experiencia sudafricana –con los casos Grootboom³⁷ y TAC³⁸– ofrece lecciones³⁹. Como que la revisión judicial puede ayudar a detectar y corregir puntos ciegos o cargas inerciales que afectan al proceso legislativo. Y que, tratándose de la cara positiva de los derechos socioeconómicos, parece preferible una forma de intervención judicial que combine una afirmación débil de derechos con una dictación de medidas disciplinarias más bien fuertes de seguimiento de decisiones. El caso Mendoza⁴⁰, en Argentina, proporciona otras tantas pistas, mostrando *in actu exercito* a un tribunal realizando actividad no de adjudicación sino con contornos también institucionales y que permite al propio proceso democrático corregir sus falencias, en el que es un buen ejemplo de litigio de corte experimental con énfasis en medidas de seguimiento del cumplimiento de

³⁶ Por todos, vid. LANGFORD (2007a), con artículos sobre Sudáfrica, India, Colombia, Argentina, Brasil, Venezuela, Canadá, EE.UU., Hungría, Francia, Reino Unido e Irlanda (pp. 75-319), así como *approaches* panorámicos, regionales, internacionales y algunos tópicos especiales (pp. 3-71 y 323-640); LANGFORD (2007b); LANGFORD (2009), pp. 99-133, y SINDING (2014).

³⁷ Irene Grootboom y más de 900 personas que vivían en condiciones degradantes pretendieron un reconocimiento al derecho a la vivienda previsto en la Constitución sudafricana. El poder público había prometido mejorar las condiciones de vida de los vecinos del barrio Wallecedene con un programa de financiamiento de bajo costo. Sin embargo, transcurrieron siete años sin que el programa fuese adoptado. Los vecinos de ese barrio abandonaron el lugar y ocuparon un predio particular, ante lo cual el propietario obtuvo una orden de desalojo que hizo que los ocupantes fueran reubicados en el campo deportivo de Wallecedene. Por ello, Irene Grootboom y otros recurrieron a la Corte Suprema para exigir el cumplimiento de la Constitución. Véase PEDROSA (2012), p. 155.

³⁸ La Asociación *Treatment Action Campaign* (TAC), que solicitó al poder público que la proveyera de la droga Nevirapina para el tratamiento de mujeres embarazadas portadoras de VIH, pues tal droga previene la transmisión del virus al bebé, tuvo que recurrir a la Corte Suprema invocando el derecho a la protección de la salud. Véase PEDROSA (2012), p. 157.

³⁹ Respecto de estos casos, seguimos a DIXON (2014), pp. 51-61.

⁴⁰ El caso Mendoza refiere a la responsabilidad internacional del Estado por imposición de la prisión y reclusión perpetuas a menores de 18 años, y a los recursos interpuestos contra las sentencias condenatorias. Asimismo, por la falta de tratamiento médico a un interno, y por la falta de investigación y sanción de los responsables de un acto de tortura. Sobre el punto, véase BERGALLO (2014), pp. 284-285.

la sentencia más bien fuertes e inusualmente (al menos desde la perspectiva de la adjudicación tradicional) cooperativas y dialógicas:

“[...] en este caso, la Corte [Suprema de Argentina] ha puesto de manifiesto una forma de acercamiento a las obligaciones jurídicas más informal y menos categórica que la desplegada en otras experiencias de judicialización de la salud. Al hacerlo, ha puesto a prueba su capacidad de abordar las dimensiones institucionales de los derechos, una capacidad que contrasta con una visión que entiende el mandato de proteger, respetar y garantizar los derechos o bien como meros compromisos rituales imposibles de cumplir o bien con un estilo de intervención en el que los tribunales deben garantizar la ‘curación’ o el ‘tratamiento’ necesarios para restituir la salud del paciente. En ‘Mendoza’, por el contrario, la Corte ha revelado una comprensión del escenario político e institucional nacional en el que se ejercen y vulneran los derechos que implica un espectro de obligaciones que va desde la necesidad de contribuir a montar marcos regulatorios inexistentes hasta la de fortalecer instituciones endebles, a veces bloqueadas y otras acosadas por las incapacidades organizacionales, presupuestarias y de gestión de las estructuras gubernamentales y los actores a su cargo. Este abordaje no esencialista, centrado en aspectos institucionales de los derechos, ha evidenciado una capacidad creciente para facilitar interacciones entre mecanismos de *accountability* horizontal y vertical [...]”⁴¹.

Estos y otros casos (indios, sudafricanos, indonesios, nigerianos y brasileños) sobre el derecho a la salud muestran que el modelo clásico de adjudicación de derechos humanos puede ser insuficiente de cara a los derechos sociales⁴², los cuales, por ende, no anularían toda justiciabilidad, sino que requerirían formas diferentes de la misma:

“[...] cuando los tribunales intentan velar por el cumplimiento de los derechos económico-sociales, a menudo emplean un modelo de racionalidad comunicativa que se puede caracterizar de la siguiente manera: en primer lugar, tratan de desplazar a las partes del modo adversarial hacia uno investigativo, en un esfuerzo por encontrar una nueva definición del problema y sus soluciones. En segundo lugar, exigen que las partes argumenten de buena fe, amenazando con aplicar amonestaciones y sanciones severas si la comunicación no es ‘seria’ o la información brindada es incorrecta. En tercer lugar

⁴¹ BERGALLO (2014), p. 281. Sobre este mismo caso, Bergallo remite a STAVELAND-SAETER (2011).

⁴² Brinks y Gauri dicen que la adjudicación tradicional se compone al menos de “1) un juez independiente, 2) aplicando normas legales preexistentes en 3) un proceso contradictorio (adversarial) que tiene como finalidad obtener 4) una decisión de tipo dicotómica, en la que a una de las partes se le adjudica un derecho y la otra se considera que está equivocada”: BRINKS y GAURI (2014), p. 294.

[...], estructuran un foro público de comunicación a través del empoderamiento de nuevos actores, facilitando o requiriendo el flujo de información en la esfera pública e imponiendo la obligación de ofrecer información. Las obligaciones de reformar las instituciones y responder a los derechos no están asignadas de antemano con precisión, sino que se van creando de forma conjunta durante el proceso”⁴³.

Ahora bien, se ha tratado de medir el impacto de los fallos judiciales que deciden, aun novedosamente (sin adjudicación tradicional), derechos sociales⁴⁴. En este sentido, la actividad judicial de cara a los derechos sociales ha sido encarada con enfoques tanto empiristas como constructivistas. Los enfoques empíricos, al estilo de los neorrealistas, miden los efectos directos y materiales de las decisiones judiciales, creen que es vana o hueca la esperanza en una importante contribución de los tribunales al cambio social, llegando a sostener, por ejemplo, que los efectos del celeberrimo caso estadounidense *Brown v. Board of Education* de 1954 habrían sido magros: “[...] la movilización política de la década de los sesenta y la legislación contra la discriminación que originó fueron las que consiguieron poner fin a la segregación racial y no la decisión judicial estructural”⁴⁵. Por otra parte, hay enfoques que combinan a la investigación empírica con la cualitativa, de corte constructivista, que en este sentido miden también los efectos directos simbólicos de las decisiones judiciales, e incluso los efectos indirectos, tanto materiales como simbólicos, de las mismas, todo lo cual conduce a evaluar muy distintamente la relación de las judicaturas con los procesos de cambio social: “[...] las decisiones judiciales y el derecho producen transformaciones sociales no solo cuando provocan cambios en la conducta de los grupos y los individuos directamente afectados por

⁴³ BRINKS y GAURI (2014), pp. 304-305, que es cita de GAURI y BRINKS (2012), pp. 425-426. BRINKS y GAURI (2014), en síntesis, creen que cuando están en juego derechos sociales, los tribunales toman medidas protectoras que “caen fuera de los paradigmas tradicionales de los derechos humanos y del comportamiento judicial y los jueces han adoptado un estilo diferente y poco tradicional: formas más dialógicas de llegar a la decisión final y el monitoreo del cumplimiento en vez de monólogos imperiales, y la creación y protección de espacios de discusión y deliberación en el litigio en vez de actitudes combativas. Y lo mismo han hecho en sus decisiones: lejos de limitarse a remediar una violación particular en beneficio de un actor particular, han optado por modificar el conjunto de derechos y libertades que estructura situaciones concretas entre los portadores de derechos y aquellos que están en posición de mejorar su efectividad. En ocasiones inclusive modifican las relaciones de poder más enquistadas entre el Estado, los prestadores y los destinatarios. Al trascender esos paradigmas, han logrado mejorar la vida y reforzar las capacidades de miles de personas, sin autodenominarse reyes-filósofos ni desplazar a los representantes democráticos de su lugar central en la formulación e implementación de políticas públicas” (pp. 317-318).

⁴⁴ Vid. RODRÍGUEZ (2014), pp. 211-244.

⁴⁵ Vid. RODRÍGUEZ (2014), p. 218. Para el neorrealismo, vid. ROSENBERG (2008).

el caso, sino también cuando generan transformaciones indirectas en las relaciones sociales, o cuando modifican las percepciones de los actores sociales y legitiman la visión del mundo que tienen los afectados por el proceso judicial⁴⁶. Otro ejemplo es la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-025 de 2004, sobre la población internamente desplazada por la violencia política y el conflicto armado, de la que se ha dicho que combina una afirmación fuerte de derechos (al entenderlos como judicialmente exigibles), unas medidas judiciales débiles (que no se entrometen con las funciones propias de los otros poderes del Estado, aunque son capaces de establecer unos parámetros que permiten a la Corte medir progreso, estancamiento o retroceso al respecto) y una actividad de seguimiento fuerte (mediante mecanismos participativos constantes, inclusivos de actores tanto estatales como no gubernamentales y aun internacionales). Sería, pues, un buen ejemplo de cierto activismo judicial, mas en un sentido eminentemente dialógico, uno que no se reduce a la autorrestricción pura y dura, ni se empina a las alturas del gobierno de los jueces⁴⁷.

2.4. *El caso chileno*

En Chile mismo, tanto jurisprudencialmente como en las discusiones teóricas, parece haberse ido afirmando consistentemente y con nitidez la justiciabilidad de

⁴⁶ RODRÍGUEZ (2014), p. 218. Así, dice el mismo, un estudio como el de McCann “sobre los efectos de las estrategias jurídicas usadas por el movimiento feminista en su lucha por la igualdad salarial en los EE.UU. [...] muestra] que los efectos indirectos de los procesos judiciales y el activismo judicial pueden ser más importantes que los directos en los que se concentran los neorrealistas. Por consiguiente, ‘aunque muchas veces las victorias judiciales no se traducen automáticamente en el cambio social deseado, pueden ayudar a redefinir los términos de las luchas inmediatas y de largo plazo que se dan entre grupos sociales’” (es cita de MCCANN (1994), pp. 218-219, obra ejemplar de una aproximación cualitativa y constructivista a la adjudicación de derechos sociales). En idéntico sentido, vid. KLARMAN (2013), pp. 127-160, una evaluación de Brown y de otros casos sobre la constitucionalidad de una ley federal y de una ley californiana de matrimonio homosexual –por su alineamiento con incipientes procesos sociales previos y por su apertura de futuros desarrollos políticos, que hacen que algo que se vio como imposible luego se volviera aun obvio e indiscutible–: “*Brown is not the only Supreme Court decision that has evolved from deeply controversial to canonical and untouchable [...] A constitutional right to marriage equality is likely to experience a similar history – and rather quickly*” (p. 160). Incluso más, manifestación de esta perspectiva es el caso *Obergefell v. Hodges*, en virtud del cual la Corte Suprema señala que el matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser prohibido por las leyes estatales, estableciendo que tales matrimonios son válidos en todos los Estados de acuerdo a la Constitución de EE.UU. (véase *Obergefell et al. v. Hodges*, director, Ohio Department of Health, et al., N° 14-556. Argued April 28, 2015-Decided June 26, 2015. Disponible en internet: http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf).

⁴⁷ Vid. RODRÍGUEZ (2014), pp. 222-229.

derechos sociales y, otra vez, en sede tanto de jurisdicción constitucional como de justicia ordinaria⁴⁸.

2.4.1. Algunas decisiones judiciales

En el Derecho chileno hay fallos del Tribunal Constitucional (=TC) y de la Corte Suprema (=CS) que han reconocido justiciabilidad a los derechos sociales. Veamos algunos de ellos.

2.4.1.1. Sentencia rol N° 976-2008 del TC⁴⁹

Sin perjuicio que podemos encontrar algunas sentencias previas a 2008 que reconocen la existencia derechos sociales⁵⁰, la sentencia rol N° 976-2008, por primera vez, justifica la existencia de los derechos sociales considerando algunos aspectos de la moderna teoría de los derechos fundamentales. Conviene recordar que el 26 de junio de 2008, el TC acogió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Sra. Silvia Peña Wasaff, declarando que acoge el requerimiento “solo en cuanto a la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la ley N° 18.933, incorporada al contrato de salud de la requirente celebrado por ella y una Isapre”. El requerimiento tiene como antecedente el recurso de protección interpuesto por la señora Peña. El reclamo se funda en el aumento de 7,4 UF mensual a 9,4 UF en el plan de salud contratado con su Isapre. La justificación del alza se funda en el aumento del costo promedio de las acciones de protección de la salud de los afiliados al sistema, pero, sobre todo, en la variación de la edad de la requirente, pues al cumplir 60 años se eleva el factor de riesgo; de ahí la aplicación del artículo 38 ter de la ley N° 18.933.

⁴⁸ En este punto, cobra importancia el problema de la vinculatoriedad directa de la Constitución, cuestión que no deja de ser relevante por las eventuales contradicciones que se pueden producir al momento de resolver un conflicto. Un acercamiento a este fenómeno se puede encontrar en ALDUNATE (2008), pp. 192-193 y 203-204.

⁴⁹ Disponible en internet: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>.

⁵⁰ V. gr. SCA (Valdivia), rol N° 954-2005 (a propósito del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, considerandos 7° y 8°. Disponible en internet: http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=55&CRR_IdTramite=2588712&CRR_IdDocumento=2203589); SCA (Santiago), rol 3421/2002 (en un caso sobre negociación colectiva, considerandos 5, 11 y 22 disponible en internet http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=1631927&CRR_IdDocumento=1465942).

En esta sentencia, cabe destacar la apertura a nuevos paradigmas en los que descansa el constitucionalismo moderno, como son el reconocimiento de los “derechos de segunda generación o sociales”, y la consideración de criterios de justicia material. También, todo hay que decirlo, asoma una cierta racionalidad metafísica (considerandos 23 y 24), e incluso se recurre a la Comisión Ortúzar como legítima depositaria de la historia fidedigna de la Constitución (considerando 48).

Con todo, esta sentencia declara expresamente que los derechos sociales son derechos (y no meras declaraciones programáticas o puras expectativas). Señala “que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando que poner en duda su practicabilidad de realización es una idea confusa, porque esa reserva de lo posible lleva a sostener que la Constitución ha de ser desactivada, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización” (considerando 27). Esa afirmación del TC colisiona con la idea según la cual los derechos sociales habrían de ser entendidos como meras expectativas, y que tanta influencia ha tenido en Chile para su precaria protección.

Por su parte, señala el considerando 29 del mismo fallo que el derecho a la protección de la salud es un derecho social y que, cuando la Constitución establece en relación a los derechos un núcleo esencial, este es indisponible para el legislador (considerando 30). Por su parte, siendo abierto el contenido de los derechos sociales, plantéase con ellos siempre un problema de interpretación. Entonces, “aplicando dicho criterio de hermenéutica constitucional (que la interpretación de la Constitución debe orientarse en garantizar y proteger la dignidad y libertad de las personas), cabe insistir en que no solo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares” (considerando 34)⁵¹. Siendo el derecho a la protección de la salud la base constitucional de todo contrato de salud, en tal clase de contrato no se puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren los derechos. Estipulaciones de esa índole devendrían en inválidas, porque pueden significar que una de las partes quede impedida de ejercer la plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados por la Constitución (considerando 43)⁵².

Así las cosas, el 27 de abril de 2010, el TC, de oficio, decidió iniciar proceso para decidir sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres,

⁵¹ Este reconocimiento supone una apertura a la conocida idea de la “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”.

⁵² Para profundizar un análisis de esta sentencia, véase JORDÁN (2008), pp. 263-274.

previamente declarado inaplicable por las sentencias roles N°s. 976, 1218, 1273 y 1287, en atención a que su aplicación en las gestiones judiciales allí pendientes resultaba contraria a algunas disposiciones de la Constitución.

2.4.1.2. Sentencia rol N° 1710-2010 del TC⁵³

La sentencia del TC rol N° 1710-2010 es novedosa en el contexto de las resoluciones constitucionales chilenas. Por de pronto, es larga y detallada (consta de 215 páginas). Al mismo tiempo, se hace cargo de la argumentación contemporánea en materia de derechos fundamentales, y lo hace deteniéndose, por ej., en la diferencia que existe entre reglas y principios, entendidos estos últimos como mandatos de optimización –ideas recogidas de Alexy (considerandos 90 y 91). Por lo mismo, hechas las distinciones, la sentencia se encamina a declarar la inconstitucionalidad de la tabla de factores de riesgo por atentar contra la igualdad, lo que se fundamenta desde la perspectiva de los derechos sociales: “[...] que la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud y, específicamente, en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud [...]” (considerando 106). Incluso, en considerandos posteriores, conecta la protección de la salud con el derecho a la seguridad social (considerandos 124-139), para declarar que “como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran” (considerando 144), dado que “la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la ley N° 18.933, establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son: i) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la Constitución), ii) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), iii) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y iv) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9° del

⁵³ Disponible en internet: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=1710-CEwsdefrtg>.

artículo 19 de la Constitución)” (considerando 148). Y la disconformidad del art. 38 ter no se manifiesta solo frente a la igualdad sino también en la protección de la salud (considerando 152) y el derecho a la seguridad social (considerando 159).

Sin embargo, los efectos de la sentencia son paradójicos, ya que junto con declarar que la tabla de factores es inconstitucional por afectar al menos tres derechos, concluye el TC que “esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo” (considerando 163). Es decir, se detectan serios vicios, pero hay deferencia y reenvío al legislador, lo que, *prima facie*, parece contradecir el efecto derogatorio que debería producir esta declaración de inconstitucionalidad.

Con todo, no podemos desconocer los efectos que producen ambas sentencias en la valoración de los derechos sociales. Tras un proceso de naturalización del sistema privado de salud, construido en base a un sistema de seguros privados (que eso son las Isapres), desde 2008 se inaugura un cuestionamiento, no del sistema, sino de la razonabilidad de la existencia de factores de discriminación, y no porque la elevación del riesgo sea inexistente en esos casos, sino porque hacer más oneroso un plan de salud por criterios de distinción como los señalados en el art. 38 ter supone un atentado a la igualdad, a la protección de la salud y a la seguridad, todos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución chilena.

2.4.1.3. Sentencia rol N° 12938-2013 de la CS⁵⁴

En un reciente asunto que ha causado alto impacto en la opinión pública, la CS acoge un recurso de casación en el fondo que ordena restituir los cauces naturales de agua de un estero cerca de la localidad de Caimanes. La minera Los Pelambres había obtenido las autorizaciones para implementar un tranque de relave de residuos mineros (tranque El Mauro). Sin embargo, ese tranque ocasionó un grave problema de abastecimiento hídrico a la localidad de Caimanes, por lo que la sentencia de reemplazo resuelve:

“[...] se ordena a la sociedad minera ‘Los Pelambres S.A.’, que debe permitir el escurrimiento natural de las aguas del estero Pupío a la comunidad de Caimanes, libre de contaminación de desechos provenientes del tranque de relaves El Mauro. II.- Para

⁵⁴ Disponible en internet: <http://www.terram.cl/wp-content/uploads/2015/03/fallo-Caimanes-octubre-2014.pdf>.

el cumplimiento perentorio de dicha medida, es decir, para los efectos de reponer el libre escurrimiento de las aguas del estero Pupío a la aludida comunidad, la sociedad minera demandada ‘Los Pelambres S.A.’ deberá proponer al Tribunal de primera instancia, dentro del plazo de un mes, el plan de ejecución de la obras necesarias para llevar a cabo ese cometido, las que podrán ejecutarse por medio de la demolición o remoción, total o parcial, de la obra nueva singularizada en el proceso —el muro de contención del referido tranque— que embaraza y turba el goce del recurso hídrico a los habitantes del pueblo de Caimanes, o bien, a través de otras obras principales o complementarias de las indicadas, que sean idóneas para la consecución del propósito perseguido con la acción intentada” (considerando 29, sentencia de reemplazo).

En este caso, gran parte del voto de mayoría realiza un análisis dogmático acerca del contenido de las servidumbres naturales, como también en la determinación del significado de lo que constituye una obra nueva. Esto último, porque las sentencias recurridas señalaban que los recurrentes no contaban con legitimación activa y que se había extinguido el plazo para reclamar de una obra nueva. La sentencia señala que hay

“acción popular del artículo 948 del citado compendio, con relación a los sitios de uso público, lo cual conduce a concluir que la legitimación activa en este interdicto posesorio es bastante amplia. Inclusive algunos autores sostienen que esta acción es plausible, no solo cuando se está frente a la turbación de una servidumbre, sino también respecto de otros derechos reales, dentro de los cuales se mencionan el usufructo y el uso y habitación. Además, esta Corte ha sustentado en diversos fallos que la enunciación de hipótesis que se consagran en las normas que permiten la denuncia de obra nueva no es *numerus clausus*” (considerando 16).

Agrega la Corte que, tratándose de una obra nueva, esta lo es cada vez que su produce una modificación sustantiva del entorno. Es el caso del muro de contención del tranque, que se sigue construyendo día a día con los sedimentos, pues si bien hay un muro original de 75 metros, este llegará a tener una altura cercana a los 300 metros.

Sin embargo, a pesar de los tecnicismos civiles, llamamos la atención que el último considerando de la sentencia se hace cargo del problema de fondo, es decir, el problema medioambiental que se provoca a una comunidad por carecer de agua⁵⁵:

⁵⁵ Aunque el derecho al agua no está reconocido expresamente como un derecho humano independiente en los tratados internacionales, el derecho internacional de los derechos humanos comprende obligaciones relativas al acceso al agua potable. Esas obligaciones reclaman a los Estados garantizar a las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para uso personal y doméstico, que comprende el consumo,

“[...] independiente de los razonamientos principales que se han expuesto y que conducen al acogimiento del recurso de casación en el fondo deducido, *obiter dictum*, se hace imperativo consignar, además, que existe un interés público en proteger el medio ambiente y este resguardo puede hacerse de diversas maneras. Desde una posición reactiva, es decir, respecto del daño ya producido, o bien, por una acción preventiva frente a riesgos conocidos para evitar que estos se produzcan, o a través de la utilización de un conjunto de preceptos que eviten la materialización de daños provenientes de factores desconocidos o inciertos. De todos modos, es deber ineludible de la autoridad, la puesta en práctica de los principios de cautela o de precaución y de prevención ambiental que constituyen algunos de los basamentos cardinales rectores en materia medioambiental [...]. Así, en este proceso la obligación de impedir cualquier amenaza de daño medioambiental está directamente concatenada con la probabilidad de que las faenas cuestionadas originen un riesgo efectivo en el lugar, y de conformidad con el principio de cautela, tal contingencia surge desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicha actividad afecte de forma apreciable a la comunidad local. En la especie, también debe aplicarse el principio de prevención ambiental, pues la intervención de la cuenca por parte de la demandada produjo alteraciones en la oscilación natural o estacional de los caudales de agua y la reducción notable de su flujo normal, que provocaron cambios en las condiciones ambientales del ecosistema, los que impactarán de manera negativa a toda la comunidad, situación que compele a la adopción de medidas adecuadas, oportunas y atingentes” (considerando 24).

2.4.1.4. *Sentencia rol N° 2797-2013 del TC*⁵⁶

Finalmente, vale la pena detenerse en un caso reciente: el 12 de marzo de 2015, un grupo de senadores solicita al TC la declaración de inconstitucionalidad de todo o parte de algunas normas del proyecto que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado⁵⁷.

Este requerimiento es rechazado en votación muy estrecha, que dirime el presidente del TC. Entre las razones que se tuvieron a la vista para desestimarlo

saneamiento, preparación de alimentos e higiene personal y doméstica. Es un tema de reciente desarrollo, en el que la ONU ha puesto especial atención atendido los efectos que genera en la población, principalmente en los más pobres, la ausencia de agua potable (ONU, 2010, 3; este folleto contiene abundante información sobre tratados y documentos relacionados con el acceso al agua). En Chile, véase AGUILAR (2012).

⁵⁶ Disponible en internet: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=2787/wsdefrtg>.

⁵⁷ Véase Boletín 9366-04 del Congreso Nacional y STC. Rol 2787-15 de 1 de abril de 2015.

destacan algunas que consideran el contexto en que se desenvuelve el sistema educativo chileno, poniendo especial énfasis en los problemas de desigualdad (material) que el actual modelo ha provocado. Es por ello que el TC hace suyo el anhelo descrito en el Mensaje del proyecto de ley:

“[...] el Mensaje consigna ciertas evidencias sobre la relevancia de la proscripción del fenómeno de selección. Es así como ‘la experiencia internacional muestra que la existencia de lucro, selección y copago, tal como hoy existen en nuestro sistema, es una singularidad ausente de los sistemas educativos de los países desarrollados’ (OCDE 2004, 2013) (p. 9). La evidencia muestra que los sistemas actuales de selección se han convertido en uno de los principales mecanismos para que los establecimientos escojan a los estudiantes con mayor capital cultural, económico o social (Elacqua y Santos, 2013). En efecto, los mejores resultados de los establecimientos que seleccionan se deben primordialmente a la composición socioeconómica de los alumnos y no a la efectividad de sus procesos educacionales (Carrasco et al., 2014; Valenzuela y Allende, 2012; MacLeod y Urquiola, 2009; Contreras et al., 2011) (p. 15). Por el contrario, la evidencia muestra que promover la integración tiene efectos positivos para la calidad de la educación, aumentando la motivación y el rendimiento de estudiantes de menor nivel socioeconómico, sin afectar el rendimiento de aquellos de mayor ingreso (Kahlenberg, 2012; Bellei, 2011) (p. 16). En efecto, en los países en donde se aplica la selección temprana se amplían las brechas de desempeño educativo entre niveles socioeconómicos (OCDE, 2010), por lo que al permitirla se promueve la desigualdad y la segregación escolar (p. 16)”⁵⁸.

Por lo mismo, agrega el TC que

“esta evidencia se corresponde con análisis comparados de la educación chilena en relación a países de la OCDE midiendo calidad y equidad en la educación. ‘La competencia entre las escuelas no necesariamente es del tipo que incrementa la productividad, porque es más fácil para las escuelas competir seleccionando a los estudiantes que son buenos para iniciar con ellos. A las escuelas privadas en Chile se les permitió seleccionar a sus estudiantes hasta hace poco tiempo, mientras que a las escuelas municipales no. Como consecuencia, en lugar de esforzarse por aumentar los resultados de aprendizaje de sus alumnos, las escuelas privadas podían competir simplemente tratando de atraer a los niños que son más fáciles de enseñar. De hecho, evidencia de encuestas de la década de 1990 sugiere que las escuelas privadas utilizaron entrevistas de padres, pruebas de acceso y otras herramientas que ayudan

⁵⁸ Véase punto IV, 1 (voto por rechazar), I (El contexto de la reforma escolar: selección y segregación), consideración 1.

a seleccionar a los estudiantes con características que influyen positivamente en el rendimiento, tales como el entorno socioeconómico (Parry, 1996; Gauri, 1998). Datos del SIMCE de 2002 sugieren que las escuelas privadas también eran más propensas que las escuelas municipales para expulsar a los estudiantes que repiten un grado (Bellei, 2005). Además, existe evidencia de que los padres eligen las escuelas a que asisten niños con antecedentes similares a los suyos, reforzando así los efectos de la selección (Elacqua et al., 2006; Gallego y Hernando, 2009). [...] Cuando las escuelas son capaces de obtener mejores resultados simplemente mediante la atracción y retención de estudiantes con mayor capacidad, esto debilitará la presión por agregar valor, no importando si la clasificación se produce a través del activo descreme de las escuelas o por medio de la auto-selección en el lado de la demanda”⁵⁹.

Sin perjuicio que la sentencia, en consideraciones posteriores, continúa profundizando la relación entre selección y desigualdad, nos interesa destacar que el TC tutela el derecho a la educación, pero no solo en la idea que el Estado deba proveer a todos y todas un servicio educativo (con las características de formalidad, sistematización, infraestructura, etc.), sino que esta provisión debe ser entregada en un proyecto de calidad y que no redunde en desigualdad para los ciudadanos, desigualdad que está asociada a los procesos de selección y al carácter lucrativo de los establecimientos educacionales. Por lo mismo, esta sentencia confirma el carácter social del derecho a la educación.

Y cuando la sentencia analiza la constitucionalidad de la norma que proscribe las sociedades como agentes encargados de provisión de servicios educativos, el TC realiza un interesante diagnóstico en relación al estado actual de la interpretación de la Constitución, argumentaciones que lo encaminan a reflexionar más allá de los viejos paradigmas de la interpretación clásica que encontramos en las reglas del Código Civil. Señala al respecto:

“[...] el problema de la interpretación constitucional parece estar en el centro de la teoría jurídica. Una de las razones de aquello es el carácter de supralegalidad que se reconoce a las constituciones contemporáneas: la interpretación constitucional es, así, una interpretación superior a la de las otras normas; o, si se quiere decir de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de posibilidades para la interpretación de todas las otras normas; establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en inconformidad) con la Constitución”⁶⁰.

⁵⁹ *Ibíd.*, consideración 2.

⁶⁰ Véase punto IV, 1 (voto por rechazar), II (obligación de constituirse como personas jurídicas), consideración 34.

¿Por qué? Porque el cambio que promueve la ley es paradigmático y supone un quiebre con el actual sistema educativo que rige en el país:

“[...] casi nunca las grandes ideas nacen de la erudición, sino de la fricción, de la ruptura de lo que pensábamos, de la subversión. En el derecho constitucional esta fricción se ha producido muy particularmente con la resistencia al poder, de la clase que sea. El problema reside en que la implantación de las nuevas ideas necesita que no languidezca la fricción y eso no es posible. Por esta razón, se debaten por algún tiempo entre dos lógicas”⁶¹.

Desde esa perspectiva hermenéutica, la sentencia se enfrenta al tema de la desigualdad en la educación, porque el lucro en el sistema escolar no ha mejorado la calidad en la educación:

“[...] Que el fin de la normativa contenida en el proyecto es evitar el lucro en la actividad educacional para dar un marco sustentable que permita asegurar el derecho a una educación de calidad, reducir las desigualdades y garantizar, de manera efectiva, la libertad de los padres para elegir la educación de sus hijos. No es posible entender el fin al lucro sin el mejoramiento de calidad”⁶².

Y la afirmación de que el lucro no mejora la calidad en la educación ni mejora los problemas de desigualdad cuenta con evidencia que permite respaldarla:

“[...]en el ámbito de la experiencia internacional, se evidencia que Chile es uno de los pocos países que permite a los sostenedores de los establecimientos educacionales utilizar recursos públicos para satisfacer sus intereses particulares; y por ello, la supresión del lucro constituye una medida concreta de progresión en el aseguramiento de la garantía de gratuidad del sistema”⁶³.

2.4.2. Constitucionalismo chileno

Los constitucionalistas chilenos han reaccionado diversamente ante fallos como los recién mencionados. Así, para los de la derecha jurídica –agrupados últimamente en el “grupo de los 25”– resulta preocupante que las respuestas a los derechos sociales vengan mucho más desde los órganos jurisdiccionales que desde

⁶¹ Ibíd., consideración 35.

⁶² Ibíd., consideración 39.

⁶³ Ibíd., consideración 43.

la política (principalmente, del órgano legislativo). Precisamente esta judicialización de una serie de problemas socioeconómicos revelaría carencias del sistema político, las cuales los llevan a sostener –aunque por razones exactamente opuestas a las de Atria– que los jueces constitucionales y ordinarios pueden promover un activismo judicial inconveniente para el sistema democrático⁶⁴. En este sentido se ha manifestado A. Fermandois, diciendo, por ej., que “el derecho a la protección de la salud ha sido [...] el corazón de una interpretación intensamente social de la Constitución –equivocada a nuestro juicio [...]– pero apta para acreditar nuestra tesis sobre escasez de fallos neoliberales en la jurisprudencia del TC”⁶⁵. Y no solo eso, sobre el pronunciamiento del TC en relación a la ley que modifica las reglas del copago, selección y fin al lucro, Fermandois ha señalado que:

“[si bien] creemos que la Constitución de 1980 admite en su interior múltiples variantes de política pública legislativa, con mayor o menor presencia del Estado en la vida social [...] esta afirmación tiene un límite; hay algunos proyectos de ley que desbordan objetivamente los contornos de la Constitución. Es imposible no pensar aquí en lo ocurrido con la reforma educacional y su debate constitucional. Un proyecto de ley que salvó el Tribunal Constitucional y que sin embargo prohíbe la apertura de nuevos establecimientos subvencionados (sin permiso del Estado), cuando la Constitución asegura exactamente lo contrario, el derecho a ‘abrir’ esas escuelas. Un proyecto que impone la filantropía forzada de los sostenedores, cuando la Constitución garantiza exactamente lo contrario (derecho a desarrollar actividades económicas)”⁶⁶.

También S. Soto –siguiendo al ya mencionado Rosenberg y a Glendon– ha criticado la tendencia a constitucionalizar de modo justiciable el derecho a la educación y a la protección de la salud, lamentando especialmente la judicialización por lo que respecta al subsistema privado de salud. Aunque a renglón seguido, paradójicamente, critica una versión igualitarista de los derechos basada en la

⁶⁴ Es algo que notan (y lamentan) GARCÍA y VERDUGO (2013). Como se ha señalado, García y Verdugo no solo son llamativamente unilaterales, sino que, además y sobre todo, no reparan en que los riesgos ciertos de despenarse por el activismo judicial se relacionan estrechamente tanto con los traumas heredados de la dictadura pinochetista (“el poder judicial es un órgano traumatizado por su pasado reciente y [...] la acusación de formalismo forma parte central de ese trauma”) como con el desprestigio, la falta de credibilidad y el desgaste institucional de los órganos representativos de la institucionalidad política chilena y aun de sus mismas bases constitucionales (“las debilidades estructurales de la política”). CORREA (2014), pp. 628 y 630-632. En un sentido similar, que califica de activistas a las sentencias del TC sobre los proyectos en educación, se ha pronunciado LEÓN (2015).

⁶⁵ FERMANDOIS (2014), p. 239.

⁶⁶ FERMANDOIS (2015).

noción de ciudadanía, quizá sin darse cuenta de que esta asume la misma crítica en tanto en cuanto también puede decir que “son las leyes y las políticas públicas (*sic*) configuradas en ellas las que, de modo más o menos preciso, permiten avanzar en el fortalecimiento de los derechos”⁶⁷. Más aún, la versión igualitarista también pudiera compartir algunas de las propuestas de Soto: “[...] debe evaluarse para algunos de los derechos sociales vías de garantía más novedosas distintas de las judiciales [como] recursos administrativos *ad hoc*, vías más simbólicas de reclamos a autoridades sin imperio o incluso ‘vías rápidas’ legislativas”⁶⁸.

Por supuesto, no todos están de acuerdo con esta objeción, y muy probablemente no si el que habla es alguien que participa del progresismo jurídico. No lo están, por ej., J. Bassa y B. Aste cuando exponen las transformaciones de la jurisprudencia constitucional respecto a los derechos al trabajo y a la protección de la salud⁶⁹. Ni lo está R. Figueroa, quien ha escrito un par de artículos fuertemente influidos por la literatura anglosajona y de especial interés aquí, pues sostiene tanto la capacidad como la legitimidad de los jueces para adjudicar derechos sociales —especialmente, en dichos textos, el derecho a la protección de la salud⁷⁰. Significativamente, Figueroa parece elaborar una argumentación que desmentiría el severo juicio de Atria según el cual los juristas chilenos que reflexionan sobre derechos sociales no han tenido nada que decir en la discusión actual sobre la educación. Figueroa discute, de la mano de la literatura de habla inglesa, la distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales, por el otro, como si aquellos fuesen negativos y sin costo para el Estado, y estos, en cambio, positivos y sumamente costosos:

“[...] los derechos sociales son vistos como positivos y, por ello, involucran acción de parte del gobierno; son intensos en cuanto al uso de recursos y, por ello, son caros de proteger; son progresivos y, por ello, requieren tiempo para ser implementados; son vagos en términos de las obligaciones que imponen, y finalmente, implican complejos, policéntricos y difusos intereses en los bienes colectivos”⁷¹.

Ante este lugar común, Figueroa reacciona, de la mano de autores como Shue y Eide, diciendo que la realización íntegra de cualquier derecho supone tres tipos de deberes estatales: 1º la obligación primaria (negativa, de abstención) del Estado de

⁶⁷ SOTO (2014), p. 260.

⁶⁸ SOTO (2014), p. 269.

⁶⁹ BASSA y ASTE (2015), pp. 215-244.

⁷⁰ Vid. FIGUEROA (2009a), pp. 313-342.

⁷¹ FIGUEROA (2009a), p. 314; es cita de SCOTT y MACKLEM (1992), p. 24.

evitar privar de un derecho, vale decir, el básico deber de respetarlo; 2º la obligación secundaria del Estado de proteger de la privación, vale decir, el deber de prevenir, y 3º la obligación terciaria del Estado de auxiliar al privado de su derecho, vale decir, el deber ahora sí de satisfacerlo⁷². Así, los derechos sociales, como los demás derechos clásicos, serían en parte negativos y en parte positivos, lo cual a la vez –y en una medida importante– supone que todos los derechos acarreen costos para el Estado⁷³. Luego, Figueroa se plantea las objeciones típicas contra la justiciabilidad de los derechos sociales basadas en la incapacidad y en la ilegitimidad de las cortes para adjudicar a su respecto, como cuando se dice que “esos derechos [los sociales] pueden ser realizados o implementados de muchas maneras y los jueces carecen del expertizaje y la responsabilidad política que los cualificaría para poder elegir entre las diferentes alternativas para realizar esos derechos”⁷⁴. Para responder, Figueroa recurre, entre otros, a Mureinik, quien, poniendo como ejemplo el derecho a la alimentación en el contexto del compromiso constitucional (en Sudáfrica) de erradicar el hambre, dice que la pregunta que la corte debería hacerse es esta:

“[...] esta ley, o este programa administrativo, o incluso este presupuesto anual, ¿está justificado? Para responder esa pregunta, ciertamente las cortes deberían estar conscientes de que existen muchas teorías acerca de cómo erradicar la pobreza, y que es prerrogativa del gobierno elegir entre ellas, precisamente porque tiene responsabilidad política y la experticia necesaria. Una corte nunca está investida de titularidad para interferir con un programa honesto y racional destinado a erradicar la pobreza solo porque desaprueba la teoría política o económica que subyace a él. Una corte debe estar obligada a respetar todas las opciones del gobierno, sea que estén inspiradas en el marxismo o en el monetarismo, sean socialdemócratas o liberales. Pero una corte sí tendrá titularidad para requerir del gobierno que explique cómo ha pensado erradicar la pobreza. Solo eso ya serviría para mejorar la calidad del gobierno porque todo funcionario que adopte decisiones, que esté consciente del riesgo de ser llamado a justificarlas, siempre va a considerar el asunto más de cerca que si ese riesgo no existiera. Y si ante la corte el gobierno no es capaz de ofrecer una justificación plausible del programa que ha diseñado; si no es capaz de mostrar un esfuerzo sincero y racional para erradicar la pobreza, entonces el programa del gobierno deberá ser invalidado. La corte, entonces, estará revisando las decisiones políticas, no adoptándolas”⁷⁵.

⁷² FIGUEROA (2009a), pp. 321-322.

⁷³ Sobre el carácter económico de todos los derechos fundamentales, véase HOLMES y SUNSTEIN (2011).

⁷⁴ FIGUEROA (2009b), p. 589. En este mismo sentido, véase TRILSCH (2012), pp. 64-71.

⁷⁵ FIGUEROA (2009b), pp. 601-602, que es cita de MUREINIK (1992), pp. 471-472.

En el mismo sentido, anteponiendo el papel dialógico de los jueces en tanto que facilitadores de los procesos de deliberación pública y de toma de decisiones colectivas, se ha dicho que,

“si bien las cortes no pueden asegurar que la sociedad disponga de recursos suficientes para satisfacer las necesidades de salud de sus miembros, al menos puede asegurar que la sociedad tome conciencia de las consecuencias de las decisiones políticas en esta materia y que el sacrificio de los intereses individuales que entrañan las decisiones de racionamiento sea deliberado en público y justificado”⁷⁶.

Figueroa termina entonces diciendo:

“[...] la revisión judicial del derecho a la salud, incluyendo el complejo asunto de las decisiones de racionamiento de recursos escasos, es posible en la práctica y no solo contribuye al principio democrático de hacer al gobierno *accountable* por sus decisiones en esta área, sino que además contribuye a mejorar el proceso de toma de decisiones políticas por la vía de hacer que los criterios que aparecen concernidos sean explícitos y públicos. En suma, me parece que las objeciones de incapacidad e ilegitimidad, en el mejor de los casos, constituyen un llamado a la cautela, a la autorrestricción, a la flexibilidad, pero no a la inmovilidad ni a la abdicación de parte de los jueces respecto de su rol como tales”⁷⁷.

Esta argumentación de Figueroa (en la que, dicho sea de paso, campea una excesiva confianza en las posibilidades de la jurisdicción constitucional⁷⁸) converge con la teoría y la práctica que hemos examinado en Alemania, en el Reino Unido, en otros estados y regiones, incluido Chile. Los derechos sociales han de ser desarrollados primariamente por las instituciones democráticas, tanto legislativas

⁷⁶ FIGUEROA (2009b), p. 611, que es cita de PIETERSE (2007), p. 536. En otras palabras: “[...] el racionamiento y la priorización son partes integrales de las funciones de las autoridades de salud. Pero la calidad de las decisiones puede ser mejorada por la vía de realzar la naturaleza esencialmente moral de las decisiones que se adoptan en buena parte de la administración pública. Las cortes tienen un rol que jugar en la estructuración del proceso de decisión y asegurando que la elección de la política, aunque razonable, sea explicada y justificada [...]. Este no es un argumento destinado a defender que los jueces interfieran con las decisiones, sino a que contribuyan a refinar el proceso de adopción de decisiones y, consecuentemente, reducir la sensación de injusticia y, finalmente, el recurso a la litigación. Las dificultades inherentes en la determinación de aquellos principios que permitan realizar este tipo de función y ejecutar esta tarea son enormes, pero no deben ser consideradas un obstáculo irremontable por parte de las cortes. La tarea de las cortes aquí apunta directamente a nuestras nociones de democracia y control del poder estatal”. FIGUEROA (2009b), p. 612, que es cita de RHODA y LONGLEY (1995), p. 373.

⁷⁷ FIGUEROA (2009b), p. 618.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, FIGUEROA (2009b), p. 615.

como administrativas. Pero, además, en tal desarrollo los jueces pueden y deben jugar un papel peculiar en ciertos litigios que, referidos a algunos aspectos básicos del bienestar humano y, por lo mismo, apartándose del paradigma individualista, lleguen a asumir forma dialógica, estructural y colectiva, una forma que posibilita a los juzgadores (constitucionales o no) tanto que hagan de contralores racionales de las políticas diseñadas y llevadas a cabo estatalmente, como que desempeñen el papel de promotores de la deliberación dentro de tales órganos representativos y entre dichos órganos y la sociedad civil que ellos pretenden representar.

Por último, y en conexión con el artículo 5º inciso segundo de la Constitución vigente, conviene recordar que es deber del Estado respetar y promover los derechos fundamentales, tanto los garantizados en dicho texto constitucional, como los que se encuentran en los tratados internacionales ratificados por Chile. Derechos sin tutela efectiva pueden devenir en letra muerta. De ahí la necesaria conexión entre catálogos normativos y tutela efectiva. En este sentido, es conocida la pregunta de Bobbio en torno a la necesidad de respetar los derechos humanos. Para este autor se trata de una pregunta inofensiva, entre otras cosas, porque ya se habría llegado a un acuerdo práctico sobre el que se ha construido un catálogo de derechos humanos. Para Bobbio, la tarea, el problema crucial, radica en perfeccionar las garantías de manera de asegurar la efectividad de los derechos⁷⁹.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Conviene recordar que el mencionado *Brown v. Board of Education of Topeka* (cf. 347 U.S. 483)⁸⁰, uno de los casos inaugurales de justiciabilidad de derechos sociales como el derecho a la educación, sigue siendo paradigmático en esta materia. Contra su decisión de *Plessy v. Ferguson* (*separate, but equal*) de fines del siglo XIX (cf. 163 U.S. 537)⁸¹, en *Brown* la Corte norteamericana acusó, a partir de la 14ª enmienda, no la inequidad en particular de algunos casos de escuelas segregadoras, sino la del entero sistema de educación estatal estadounidense, decidiendo que la separación —la generalizada segregación de niños blancos y niños negros en las escuelas públicas— volvía imposible la igualdad. Aunque las escuelas para negros y para blancos se aproximaran, incluso se

⁷⁹ BOBBIO (1991), p. 61. En cuanto a la relación entre promoción y garantía, que se identifica con los verbos respetar y conocer de la Constitución, véase NOGUEIRA (2003), puntos 3.2.5-3.2.7.

⁸⁰ Disponible en internet: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>.

⁸¹ Disponible en internet: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/163/537.html>.

igualaran en infraestructura, personal docente, etc., sin embargo la segregación racial de la educación pública seguiría desplegando tangible e intangiblemente sus perniciosos efectos sobre los niños. He aquí, pues, un litigio con carácter estructural que denunció la carencia de universabilidad moral y política de las reglas legales y administrativas, así como de las decisiones judiciales y las prácticas educativas, de todo un país: “[...] segregar a los niños en las escuelas con el único criterio de la raza, incluso cuando los medios materiales y otros factores tangibles son equivalentes, ¿priva a los niños pertenecientes al grupo minoritario de la igualdad de oportunidades en materia educativa? Creemos que sí [...]. Concluimos que en el campo de la enseñanza pública no tiene cabida la doctrina ‘separados pero iguales’. Un sistema con escuelas separadas es intrínsecamente desigualitario. Por lo cual afirmamos que a los demandantes, y a todos aquellos que se encuentran en una situación similar, la segregación de la que se quejan les ha privado de la protección equitativa de las leyes garantizadas por la 14ª enmienda”⁸². Comentando *Brown*, Dworkin ha dicho que los jueces (diríamos: por la especial justificabilidad epistémica de su labor) pueden identificar problemas políticos aun sin estar provistos de la legitimación que otorga la igualdad política. Por lo mismo, y con toda la falibilidad del caso, los jueces podrían anticipar decisiones políticas razonables que la propia comunidad política, a través de sus representantes, no es capaz de detectar en determinadas épocas y bajo ciertas circunstancias⁸³.

Entonces, la tesis de Atria —no el desconocimiento de los derechos sociales sino de su justiciabilidad en un proceso adversarial concreto— resulta centralmente acertada. Las razones para sostener su argumento no se encuentran ni en la escasez económica, ni en la falta de legitimación democrática de los órganos jurisdiccionales, ni en la falta de competencia técnica de los jueces, sino en la estructura individualista de los derechos construidos subjetivamente, a la que su justiciabilidad *in concreto* transforma o acuña como derechos que protegen el interés individual. Por el contrario, los derechos sociales están construidos diver-

⁸² 347 U.S. 493 y 495, en BELTRÁN y GONZÁLEZ (2006), pp. 301-303.

⁸³ DWORKIN (2007), pp. 279-282. Para un comentario más amplio, vid. DWORKIN (1986), pp. 379-393 y 397-399. Incluso Waldron, que tanto y tan perspicazmente ha combatido la defensa dworkiniana de la *judicial review*, admite casos (como el mismo *Brown*) que revelan fallas de ciertas condiciones democráticas (“*peculiar pathologies, dysfunctional legislative institutions, corrupt political cultures, legacies of racism and other forms of endemic prejudice*”), las cuales, sin invalidar el argumento nuclear contra el control judicial, sí pueden apoyar, en cambio, ciertas formas de control judicial (lo que permitiría justificar, de paso, alguna justiciabilidad de derechos sociales). WALDRON (2006), p. 1406.

samente, ya que expresan la dimensión de reciprocidad de la ciudadanía, siendo, por ende, su sentido primordialmente político-institucional: el de los mecanismos que ejecutan esa tendencial ‘descomodificación’ de aspectos cruciales del bienestar personal que está en el núcleo de la educación, la salud, etc.

Empero, y aun compartiendo ese diagnóstico, hay ciertas dificultades en la operativa de estas premisas, principalmente por la constitutiva falibilidad y aun la frecuente inoperancia de los órganos políticos parlamentarios y administrativos. Cuando tal es el caso, ¿basta solamente con defender el valor de la igualdad política que está en el corazón del ideal democrático y, por ende, con depositar la confianza en la responsabilidad –y en el control– de la ciudadanía? Pues si esto fuera en ocasiones insuficiente, como parece serlo, ¿no sería razonable admitir una actuación jurisdiccional que al menos pueda declarar argumentativamente la inconstitucionalidad de una política pública y que provoque, incluso fuerce, una nueva deliberación democrática? Pisarello, por ej., entiende que,

“frente a vulneraciones graves o sistemáticas de derechos originadas en una falta persistente de los poderes públicos, los tribunales hayan impulsado sentencias no meramente declarativas sino de *reforma estructural* que, además de principios generales, estipulan medidas concretas a adoptar, fijan un cronograma de cumplimiento y disponen actuaciones de seguimiento que aseguren su efectividad. En estos casos, la gravedad y complejidad de la situación justifica que la bilateralidad y el diálogo integre a tribunales, responsables públicos y privados y sujetos afectados”⁸⁴.

Resultaría, así, relevante establecer mecanismos de comunicación y diálogo por medio de los cuales los poderes públicos puedan reconocer los compromisos que asumen, siendo el Poder Judicial un órgano que incluso puede ser capaz de comunicar “a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones”⁸⁵, dando por descontado además que hay ocasiones en que lo que reclama la justiciabilidad de los derechos sociales es su propia estructura, pues “no existe derecho económico, social o cultural que no presente *al menos alguna* característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación”⁸⁶. Lo que es tanto como decir que Atria acertaría si hablara *affirmative* y no *exclusive* respecto de la justiciabilidad de los derechos sociales: sus peligros democráticos, su filiación hobbesiana y su frecuente nulidad institucional.

⁸⁴ PISARELLO (2007), pp. 99-100.

⁸⁵ ABRAMOVICH y COURTIS (2004), p. 45.

⁸⁶ ABRAMOVICH y COURTIS (2004), p. 47. La cursiva en el original.

Puede concluirse, por ello, que la justiciabilidad de derechos sociales es limitada pero posible, pero que lo es sobre todo si –como decía Alexy– el legislador (y, agregamos, el administrador) es inoperante, pudiendo así declarar reflexivamente una inconstitucionalidad, aun cuando en tal caso la última palabra institucionalmente hablando habría de seguir siendo del órgano democrático y no del juzgador⁸⁷. Nos parecen exorbitantes, en cambio, posibilidades como las contempladas por Alexy y Pisarello: la de una directa formulación judicial de cierto mandato constitucional y la de fijar plazos al legislador para que enmiende una legislación constitucionalmente deficitaria. En vez de ellas, tanto algunos rasgos de *Brown* como la más actual adjudicación de derechos sociales sugerirían la superioridad de combinar, como ya vimos, una fuerte afirmación de derechos con medidas judiciales más bien débiles y una actividad de seguimiento fuerte de ellas (en el sentido de provocar epistémicamente a los poderes representativos promoviendo un diálogo con estos que alimente y aun fuerce el ejercicio de sus deberes deliberativos)⁸⁸.

Con todo, aún resta algo por decir. Y es que las ideas de Atria, allende el derecho estrictamente adjudicable en juicios adversariales según el esquema tradicional, lo conducen a la política, a la pedagogía y... *a la teología*. Atria cree que el sentido profundo de los movimientos sociales desencadenados a partir del año 2011 se resume así: los derechos sociales (que, como antes los civiles y políticos, son parte del contenido, de la definición misma de ciudadanía) estarían arraigando políticamente, de un modo desafiante para algunos, debido a –y precisamente contra– los arreglos institucionales que heredamos del pi-

⁸⁷ En este sentido, para una defensa del constitucionalismo débil en Chile, vid. SOLARI (2015).

⁸⁸ Hay, por cierto, otras alternativas intermedias que no parecen tan deseables como la que aquí se propone, pero que sí tienen el mérito de no contentarse con conceder o rechazar sin mayores matices la justiciabilidad de los derechos sociales, sino que creen que la legítima protección de estos derechos supone, en un primer nivel, el más básico, su atrincheramiento constitucional y su consiguiente defensa judicial (generalmente robusta, aunque “los casos problemáticos tendrían habilitada la vía del control débil de constitucionalidad”), lo que se diría homenajea a las exigencias de justicia y compendia algunas de las precondiciones materiales del proceso democrático (“puede pensarse en la exigencia de atender a la educación primaria, a la vivienda básica, a un sustento mínimo o al cuidado médico primario de quienes carecen de recursos materiales”), mas en un segundo nivel, allende la justicia constitucional (y, agregamos, ordinaria) y en beneficio de la autonomía para resolver los desacuerdos sociales sustantivos y el derecho que de allí deriva de igualitaria participación política, deja en manos del proceso democrático la determinación de los detalles y alcances de cada derecho social (lo que “debe ser resguardado mediante un modelo de tutela legislativa que permita la superioridad de la decisión mayoritaria adoptada por el órgano legislativo sobre cómo ha de desarrollarse una sociedad para ser justa”). MORALES (2015), pp. 304, 331 y 353; vid., en gral., pp. 33-44, 301-353 y 355-357.

nochetismo. Tal proceso en desarrollo supondría un tránsito desde el mercado hacia los derechos sociales, o sea, una –intensa, si bien no unánime– demanda colectiva por la desmercantilización en variados campos de la comunidad política cuyas instituciones han estado configuradas hasta ahora según los criterios contractualistas del mercado –con el añadido de políticas focalizadas en paliar las condiciones de pobreza (‘neoliberalismo con rostro humano’, en la feliz frase del propio Atria)⁸⁹. Sea de esta constatación (y de las predicciones que de allí puedan hacerse) lo que fuere, interesa destacar finalmente que esta defensa de la ciudadanía social (*à la* Marshall) por sobre el contractualismo en lo que puede tener de individualista (¿será correcto hablar aquí *à la* Rawls?) reposa en presupuestos filosóficos y teológicos por definición discutibles y mejorables. ¿Cuáles?

Por un lado, Atria pone en obra (brevemente) una teoría de los paradigmas políticos. Es una idea del cambio político construida a partir de la teoría de las revoluciones científicas de Kuhn, particularmente a partir de la famosa tesis de la inconmensurabilidad de los paradigmas: la gravitación universal puede entenderse desde la relatividad, pero no a la inversa, y así análogamente ocurriría con el cambio político en tanto que explicable como una colisión de paradigmas irreconciliables⁹⁰. Todo lo cual olvida que la inconmensurabilidad depende de una mensura común, de una medida compartida en cuya virtud expresan, revolucionariamente diferentes, sin embargo se refieren en un sentido básico a los mismos fenómenos⁹¹.

Además, se halla en Atria una teología de la pedagogía lenta. Esta teología envuelve una serie de ideas. Primeramente, dice, en la historia (y no en unos presuntos derechos naturales prepolíticos –como sugiere el contractualismo–) se puede aprender a convivir y a asumir que hay aspectos del bienestar de cada

⁸⁹ Atria plantea tres tesis acerca del mercado (M1-M2-M3) y otras tres acerca de los derechos sociales (DS1-DS2-DS3) (ATRIA (2014), pp. 87-123). En este sentido, desarrolla morosamente la idea de que la educación es un derecho social (ATRIA (2014), pp. 125-166), con una ajustada alusión a la diferencia entre seguros privados y seguros sociales ATRIA (2014), pp. 173-177). Y, en polémica con lo que se ha dicho y en todo caso con una muy frágil justificación, Atria ha llegado a sugerir que la primera cuestión a abordar en Chile bien podría ser la reforma del sistema de educación superior, aun cuando no sea tan importante como la reforma del sistema preescolar y escolar. ATRIA (2014), pp. 205-210.

⁹⁰ Vid. ATRIA (2014), p. 97.

⁹¹ Es el mundo de la vida (Husserl) o la realidad (Zubiri) o la experiencia, el sentido común y el trasfondo compartido de la vida humana (Strawson), sobre lo cual no es el momento de hablar aquí. Respecto de la idea de Kuhn, conviene –sin renunciar a su brillantez ni desaprovechar su fecundidad– considerar con calma algunos de los matices críticos de los que es pasible. Por todos, vid. Díez y MOULINES (2008), pp. 325-334 y 461-488.

cual que son de interés de todos y cuya realización es, por tanto, recíproca. Atria lo ejemplifica con el protagonista de la película *Gran Torino* (p. 70, n. 39). Pero añade: hay que abandonar una idea puramente biológica de la humanidad para pasar a una política⁹². Esto, por supuesto, merece reparos. Ya que puede y debe subrayarse la posibilidad de constatar biológicamente en los seres humanos (comparando, como se ha hecho, a niños con grandes simios) la espontaneidad irreflexiva de las conductas cooperativas o altruistas versus el carácter posterior, reflexivo y deliberado de las conductas racionales egoístas⁹³.

En segundo término, Atria asegura que la idea política de lo humano sitúa a los principios de justicia no ahistóricamente (*“once and for all”*), sino históricamente, es decir, como producto de una ‘lenta pedagogía’. Aquí Atria parafrasea a Taylor:

“Dios educa a la humanidad lentamente, la modifica lentamente transformándola desde dentro [...]. Pero al mismo tiempo, la pedagogía es secuestrada, usurpada y mal aplicada; la educación ocurre en este campo de resistencia”⁹⁴.

Con o sin conciencia, Atria remite a una categoría teológica de la que famosamente el N° 13 de la *Dei Verbum* da testimonio:

“[...] sin mengua de la verdad y de la santidad de Dios, la Sagrada Escritura nos muestra la admirable condescendencia [*condescensio*] de la Sabiduría eterna, ‘para que aprendamos su amor inefable y cómo adapta [*attemperatione*] su lenguaje a nuestra naturaleza con providencia solícita’. La palabra de Dios, expresada en lenguas humanas, se hace semejante [*assimilia*] al lenguaje humano, como la Palabra del Padre eterno, asumiendo la carne de la debilidad humana, se hizo semejante a los hombres” (DH 4220).

Este texto, que a su vez se funda en una idea de Juan Crisóstomo⁹⁵, permite decir que la pedagogía divina se da en el ancho mundo —que es lo que subraya Atria—, pero no solo en él, sino también —y de una manera peculiar!— en las iglesias, que están inmersas en el mundo pero contrastando aguda, alternativamente con este. Lo que abriría una posibilidad no explorada por Atria, y sin embargo,

⁹² Vid. ATRIA (2014), p. 74.

⁹³ Vid. RAND (2012), pp. 427-430; GONZÁLEZ (2013), pp. 9-38; TOMASELLO y HERRMANN (2010), pp. 3-8, y TOMASELLO (2014), pp. 187-194.

⁹⁴ ATRIA (2014), p. 70.

⁹⁵ Vid. Cf. *In Gen* 3,8 (hom. 17,1): la *synkatábasis* (συγκαταβασις), de Dios en su Palabra encarnada. Un comentario sobre este asunto en SILVA (2010), pp. 236-237.

políticamente relevante: la de una pequeña comunidad, el ‘resto de Israel’, que se constituye como una sociedad alternativa y a la vez atractiva para toda sociedad estatalmente organizada, por cuanto en aquella la gracia va posibilitando unas relaciones humanas en las cuales paulatina aunque solo asintóticamente se va superando la pobreza, la desigualdad, la dominación, la violencia.

Dios, dice en fin Atria, puede desaparecer para dar una lectura política de este mismo párrafo: “[...] como ocurre con los términos teológicos, siempre es posible volverlos sobre ellos mismos” (p. 70). Esta frase, deliberadamente ambigua, es remachada hegelianamente:

“[...] el pueblo se educa lentamente, a través de la convivencia política, y aprende progresivamente qué significa vivir reconociendo al otro. Así, el pueblo se transforma a sí mismo, aunque, al mismo tiempo, esta pedagogía siempre puede ser usurpada y mal aplicada: la educación política ocurre en este campo de resistencia” (p. 70).

Todo esto requeriría, claro, una justificación más detallada y precisa. Ante todo una corrección fenomenológica. Y, luego, aun cuando la socialdemocracia realmente existente y un socialismo no capitalista puramente postulado fueran más humanos que el neoliberalismo, habría que hacerse cargo de la cuestión de si acaso no está capturada toda pretensión política y democrática –también la más progresista, ilustrada y cuidadosamente pedagógica– por la lógica de la retribución que, amparada en los poderes de este mundo, tarde o temprano termina por promover la condena de los pobres y pecadores de la tierra⁹⁶.

⁹⁶ “Lo decisivo de la acción de Dios está en otra parte: en aquellas comunidades que permiten que Dios reine y sea Señor sobre ellas, desterrando a los ídolos y comenzando ya una nueva sociedad. Esta es la verdadera ‘política’: la formación de asambleas (*ekklesiai*) de personas libres en las que desaparecen las diferencias económicas y sociales. En la iglesia cristiana, como nueva convocación de Israel (*qahal*), y a diferencia de las asambleas de la *pólis* griega, participaban las mujeres y los esclavos, mostrando la posibilidad de una sociedad nueva. Lamentablemente, muchos líderes religiosos prefieren hoy dedicar sus energías a la *pólis* establecida, y no al servicio de las comunidades alternativas. En el extremo, se llega a predicar a los poderosos que tienen que organizar sus sociedades de forma distinta sin que existan comunidades cristianas que puedan mostrar que, por la gracia de Dios, es posible vivir de otra manera. El agotamiento de muchas comunidades de base tiene su causa última en este desequilibrio fatal. En cierto modo, para los líderes religiosos puede resultar más cómodo denunciar las responsabilidades de los poderosos en lugar de ver cuántos panes uno mismo tiene en la propia bolsa, no para repartirlos paternalmente, sino para ponerlos a disposición de todos en un banquete de iguales. En el Evangelio, mucho más importante y radical que el ‘anuncio y la denuncia’, es la primaria y decisiva *renuncia* a los bienes. Sin ella, no hay sociedad alternativa. Por eso mismo, la renuncia a los bienes no se predica primeramente a Herodes o a César Augusto, sino que se exige simple y llanamente del discípulo que quiere seguir a Cristo y formar parte de su comunidad. La gran cuestión de la justicia se juega en la disponibilidad que los cristianos tengan en el presente de permitir que el Espíritu forme comunidades mesiánicas donde se muestre la

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid, Trotta), 431 pp.
- AGUILAR, Gonzalo (2012): “El derecho humano al agua y al saneamiento”, en AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (Coord.): *Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden jurídico chileno* (Santiago, Librotecnia), pp. 369-404.
- ALDUNATE, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales* (Santiago, LegalPublishing) 439 pp.
- ALDUNATE, Eduardo (2014): “De los derechos sociales de prestación al gobierno aristocrático: una discusión sobre el concepto de derechos sociales y su exigibilidad ante los tribunales”, en *Anuario de Derecho Público* (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 21-42.
- ALEX, Robert (2008): *Teoría de los derechos fundamentales*, (trad. C. Bernal Pulido, Madrid, CEPC).
- ATRIA, Fernando (2004): “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones* (4, 2004), pp. 15-59.

posibilidad de una alternativa al sistema. De hecho, siempre que el Espíritu actúa en las iglesias aparecen comunidades de este tipo, más o menos logradas, y por más que las estridencias de la cultura religiosa popular no siempre agraden a los teólogos. Siempre ha sido así en la historia de la iglesia cristiana, en todas sus confesiones. Sin embargo, un pertinaz constantinismo sigue haciendo pensar a muchos que el lugar por excelencia del cambio social no es otro que la sociedad en su conjunto. Desde el siglo IV, muchos tienen la idea de que toda la sociedad es o debe ser, de algún modo y casi por naturaleza, cristiana. En América Latina la conquista significó una brutal continuación de este constantinismo, de modo que muchos, todavía en el siglo XX siguen hablando de un ‘continente cristiano’, a pesar de las flagrantes injusticias, de la evangelización muchas veces solo impuesta y aparente, de la progresiva secularización, y de las profundas divisiones religiosas. Pero los continentes no son cristianos, solamente las personas y las comunidades. En la mentalidad constantiniana, como todos son presuntamente cristianos, todos forman parte del pueblo de Dios, y todos están llamados a transformarse en una sociedad según el modelo del Éxodo y del Evangelio. Este modo de pensar, aunque puede inspirar algunas mejoras cosméticas en el sistema, está incapacitado para presentar alternativas verdaderamente radicales a la civilización imperante del capital. La sociedad en su conjunto no puede regirse por ideales que exigen la salida del sistema y que solamente son posibles, por tanto, desde la libertad de la fe. Cuando se pretende falsamente que todos son cristianos, no queda más remedio que rebajar las exigencias radicales del cristianismo, para convertirlo en una ética social aplicable a todos. Finalmente solo se pide que los poderosos, como Hammurabi, se acuerden del huérfano y de la viuda. En este esquema, caben fases de enfrentamiento entre el trono y el altar, pero estos episodios serán necesariamente breves, porque tanto el trono como el altar seguirán siendo parte de un sistema social donde no se ha introducido novedad alguna. Los intereses comunes, desde la educación hasta las ceremonias públicas, los volverán a sentar en la misma mesa”. GONZÁLEZ (2000), pp. 189-190.

- ATRIA Fernando (2009): “Viviendo bajo ideas muertas”, en *IV Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional*. Disponible en internet: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Atria_CV_Sp_20110520.pdf.
- ATRIA, Fernando (2014): *Los derechos sociales y la educación* (Santiago, LOM). 329 pp.
- BASSA, Jaime y ASTE, Bruno (2015): “Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho* (42/1), pp. 215-244.
- BELTRÁN, Miguel y GONZÁLEZ, Jesús [eds. y trads. (2006)], *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (Madrid, CEPC), 716 pp.
- BERGALLO, Paola (2014): “La causa ‘Mendoza’: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (trad. H. Salas, B. Aires, Siglo XXI Editores), pp. 245-291.
- BOBBIO, Norberto (1991): *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 257 pp.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1995): “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en *Escritos sobre derechos fundamentales* (trad. J. L. Requejo, Baden-Baden, Nomos), pp. 72-83.
- BRINKS, Daniel y GAURI, Varun (2012): “Human rights as demands for communicative action”, en *Journal of Political Philosophy* (20/4), pp. 407-431.
- BRINKS, Daniel y GAURI, Varun (2014): “Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (trad. H. Salas, B. Aires, Siglo XXI Editores), pp. 293-320.
- CHIA, Eduardo (2015): “Progresismo o cómo el moralismo políticamente correcto ha empobrecido el discurso de izquierda”, en *Red seca*. Disponible en internet: <http://www.redseca.cl/?p=5533>.
- CORREA, Jorge (2014): “Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces? De J.F. García y S. Verdugo (Ediciones LyD)”, en *Anuario de Derecho Público* (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 626-633.
- DÍEZ, José y MOULINES, Carlos (2008): *Fundamentos de filosofía de la ciencia*, (Barcelona, Ariel), 350 pp.
- DIXON, Rosalind (2014): “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales

- fuertes y débiles”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (trad. H. Salas, B. Aires, Siglo XXI Editores), pp. 51-103.
- DWORKIN, Ronald (1996): *Law's Empire* (Cambridge/London, Harvard University Press), 488 pp.
- DWORKIN, Ronald (2007): *La justicia con toga* (trad. M. Iglesias y Í. Ortiz, Madrid, Marcial Pons), 300 pp.
- FERMANDOIS, Arturo (2014): “El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en GARCÍA, José Francisco (coord.), *¿Nueva Constitución o reforma? Muestra propuesta: evolución constitucional* (Santiago, LegalPublishing/Thomson Reuters, pp. 213-242.
- FERMANDOIS, Arturo (2015): “¿Tercera cámara o tribunal constituyente?”, en *El Mercurio*, 7 de abril de 2015. Disponible en internet: <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/07/30789/Tercera-camara-o-tribunal-constituyente.aspx>.
- FIGUEROA, Rodolfo (2009a): “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud”, en *Revista Chilena de Derecho* (36/2), pp. 313-342.
- FIGUEROA, Rodolfo (2009b): “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica”, en *Revista Chilena de Derecho* (36/3), pp. 587-620.
- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2013): *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, (Santiago, Libertad y Desarrollo) 301 pp.
- GONZÁLEZ, Antonio (2000): “El evangelio de la fe y de la justicia”, en *Revista Latinoamericana de Teología* (50), pp. 167-190.
- GONZÁLEZ, Antonio (2013): “La diferencia específica”, en *Revista Lógos*, (6), pp. 9-38.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass (2011): *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos* (Buenos Aires, Siglo XXI Editores), 264 pp.
- JAMES, Rhoda y LONGLEY, Diane (1995): “Judicial review and tragic choices. Ex Parte B”, en *Public Law* (3), pp. 367-373.
- JIMÉNEZ, Guillermo (2014): “Constitucionalización de los derechos sociales: lecciones desde el Reino Unido”, en *Anuario de Derecho Público* (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 43-64.

- JORDÁN, Tomás (2008): “Algunos comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional N° 976/2008”, en *Nomos* (N° 2), pp. 263-274.
- JUAN CRISÓSTOMO, *In Gen* 3,8 (hom. 17,1).
- KLARMAN, Michael (2013): “*Windsor and Brown: marriage equality and racial equality*”, en *Harvard Law Review* (127/1), pp. 127-160.
- LANGFORD, Malcolm (2007a), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, (Cambridge, Cambridge University Press), XV+687 pp.
- LANGFORD, Malcolm (2007b): “The justiciability of social and economic rights: an updated appraisal”, en *Center of Human Rights and Global Justice* (Working Paper 15), 34 pp.
- LANGFORD, Malcolm (2009): “Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico”, en *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos* (6/11), pp. 99-133.
- LEÓN, José Luis (2015): “El Tribunal Constitucional y el lucro en educación: decisiones contradictorias”, en *Diario Constitucional*, 29 de mayo de 2015. Disponible en internet: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-tribunal-constitucional-y-el-lucro-en-educacion-decisiones-contradictorias/>
- MARSHALL, T.H. (1992): “*Ciudadanía y clase social*”, en MARSHALL, T. H. y BOTTO-MORE, Tom (1992), *Ciudadanía y clase social* (trad. P. Linares, Madrid, Alianza, 1992), pp. 15-82.
- MCCANN, Michael (1994): *Rights at work: pay equity reform and the politics of legal mobilization* (Chicago, Chicago University Press), 372 pp.
- MORALES, Leticia (2015), *Derechos sociales constitucionales y democracia* (Barcelona, M. Pons), 383 pp.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2015): “Constitucionalismo democrático: una respuesta al enfrentamiento entre constitucionalismo de las élites y constitucionalismo popular”, en *Red seca*. Disponible en internet: <http://www.redseca.cl/?p=5573>.
- MUREINIK, Etienne (1992): “Beyond a charter of luxuries: economic rights in the Constitution”, en *South African Journal of Human Rights* (vol. 8), pp. 464-474.
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto (2003): “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis* (vol. 9 n. 1). Disponible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100020&script=sci_arttext.

- ONU (2010): “El derecho al agua”, en *Folleto Informativo*, N° 35, Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- PEDROSA, Michele (2012): “Constitucionalismo transformador: o caso sud-africano”, en *Revista de SJRS*, (vol. 19, N° 34), pp. 147-161.
- PIETERSE, Marius (2007): “Health care rights, resources and rationing”, en *South African Law Journal* (vol. 124), pp. 514-563.
- PISARELLO, Gerardo (2007): *Los derechos sociales y sus garantías* (Madrid, Trotta), 140 pp.
- RAND, David *et al.* (2012): “Spontaneous giving and calculated greed”, en *Nature* (489), pp. 427-430.
- RODRÍGUEZ, César (2014): “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (trad. H. Salas, B. Aires, Siglo XXI Editores), pp. 211-244.
- ROSENBERG, Gerald (2008): *The hollow hope: can courts bring about social change?* (Chicago, Chicago University Press), 534 pp.
- SCOTT, Craig y MACKLEM, Patrick (1992): “Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African Constitution”, en *University of Pennsylvania Law Review* (vol. 141), pp. 1-148.
- SILVA, Joaquín (2010): “Pedagogía de la enseñanza teológica. La *condescendencia* de Dios como clave hermenéutica fundamental para la enseñanza teológica”, en *Teología y vida*, (51, 1-2), pp. 233-255.
- SINDING AASEN, H. *et al.* (2014): *Juridification and social citizenship in the welfare state* (Glos, Edward Elgar), 328 pp.
- SOLARI, Enzo (2015): “Una alternativa contra la hipertrofia de la justicia constitucional chilena” (inédito).
- SOTO, Sebastián (2014): “Derechos sociales y la eficacia de su constitucionalización: un análisis aplicado”, en GARCÍA, José Francisco (coord.), *¿Nueva Constitución o reforma? Muestra propuesta: evolución constitucional* (Santiago, LegalPublishing/Thomson Reuters), pp. 243-272.
- STAVELAND-SAETER, Kristi (2011): *Litigating the right to a healthy environment: assessing the policy impact of ‘The Mendoza Case’* (Bergen, CMI Report, 6), VIII+54 pp.
- TOMASELLO, Michael y HERRMANN, Esther (2010): “Ape and human cognition: What’s the difference?”, en *Current Directions in Psychological Research* (19), pp. 3-8.

- TOMASELLO, Michael (2014): "The ultra-social animal", en *European Journal of Social Psychology* (44), pp. 187-194.
- TRILSCH, Mirja (2012): *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht* (Berlin/Heidelberg, Springer), XIX+559 pp.
- WALDRON, Jeremy (2006): "The core of the case against the judicial review", en *The Yale Law Journal* (115), pp. 1346-1406.