



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Derecho Público**

**LOS DERECHOS SOCIALES DESDE LA LIBERTAD**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Integrante:  
Juan Esteban Cavieres Silva

**Profesor guía:** Enrique Navarro Beltrán

Santiago, Chile  
2012



## **TABLA DE CONTENIDO**

TABLA DE CONTENIDO .....	iii
RESUMEN.....	v
I.- Introducción .....	1
II.- Distinciones preliminares .....	4
II.1.    Los Derechos Humanos.....	4
II.2.    Los Derechos Naturales.....	5
II.3.    Los Derechos Públicos Subjetivos .....	6
II.4.    Las Libertades Públicas .....	6
II.5.    Los Derechos Morales .....	7
II.6.    Los Derechos Fundamentales.....	7
III.- Aproximación terminológica de los derechos sociales.....	9
III.1.    Los derechos sociales y los derechos económicos, sociales y culturales.....	9
III.2.    Los derechos a prestaciones .....	10
III.3.    Los derechos de primera, segunda y tercera generación .....	11
IV.- Aproximación histórica de los derechos sociales.....	13
IV.1.    Los derechos sociales como disposiciones programáticas.....	22
IV.2.    Los derechos sociales como normas de fines del Estado. ....	23
IV.3.    Los derechos sociales como deberes estatales objetivos .....	24
IV.4.    Los derechos sociales como derechos definitivos.....	25
IV.5.    Los derechos sociales como derecho <i>prima facie</i> . ....	26
i)    Idoneidad.....	27
ii)   Necesidad .....	30
iii)  El principio de proporcionalidad en sentido estricto.....	32
V.- Estructura de los derechos sociales, y sus implicancias.....	38
V.1.    No hay diferencias estructurales entre los derechos sociales y los derechos de primera generación. ....	38
V.2.    ¿El problema es uno de indeterminación? .....	41
V.3.    Tesis de Fernando Atria. ....	43
V.4.    ¿Cuál es la estructura de los derechos sociales?.....	47

VI.- ¿Cuáles derechos son sociales? .....	51
VII.- La libertad como fundamento de los derechos sociales .....	54
VIII.- Conclusiones .....	68
BIBLIOGRAFÍA.....	70

## **RESUMEN**

El presente trabajo analiza los derechos sociales y buscará fundarlos ya no en los principios de igualdad o solidaridad, sino que desde un concepto de libertad. El argumento central del trabajo es que el no aseguramiento de los derechos sociales, lo que vendría a equivaler a falta de dinero, es una interferencia en contra de la libertad de las personas. Por lo tanto, si dentro de los objetivos primarios de los Estados Sociales de Derecho consiste en asegurar la libertad, por ende, se deben asegurar los derechos sociales.

Para esto, el camino a seguir será contextualizar los derechos sociales como una rama de los derecho fundamentales, se tratara de precisar qué es lo que se ha querido expresar cuando hablamos de derechos sociales, por lo que veremos la terminología que se ha usado para nominarlos, y luego haremos una pequeña aproximación histórica donde mostraremos las diferentes tradiciones comparándolos con los derechos de primera generación. Posteriormente, entraremos de lleno en el concepto y la estructura de los derechos sociales, donde veremos el problema sobre su exigibilidad jurisdiccional.

Terminando analizaremos la discusión sobre el concepto de libertad que enfrasco a dos grandes profesores de Oxford, en la cual uno de ellos (Cohen) le reprocha a otro (Berlin) que la falta de dinero provoca falta de libertad.

Por último, y a modo de conclusión, dejaremos una propuesta, que considere a los derechos sociales como importantes desde el concepto de libertad, porque permiten que las relaciones entre las personas se funden en que el otro nos importa porque la comunidad tiene un valor en sí mismo, y que nos permitirá crear una comunidad mejor, donde todos podamos tener las mayores libertades.

## **I.- Introducción**

El tratamiento de los derechos sociales en Chile no se ha vinculado particularmente a que el Estado asuma una obligación para con la comunidad a asegurar la prestación de derechos sociales, sino en casos muy especialísimos y quizás, en estos últimos años se ha visto un pequeño avance<sup>1</sup>. No obstante, que en las Actas Constitucionales de la nueva Constitución chilena elaborada luego de la interrupción Constitucional de 1973 en adelante, y que concluyen en la dictación de la Constitución de 1980 se señalo expresamente: “La gran falla de la consagración de los derechos sociales en los textos constitucionales radica en que ellos no pueden reducirse a meras declaraciones de principios”<sup>2</sup>. Sin Embargo, posteriormente, en la Constitución se excluyeron deliberadamente del catalogo de los derechos y garantías constitucionales.

Los derechos sociales garantizados por la Constitución (en su inicio) solo fueron el derecho a la libertad de elección del sistema educativo, la libertad de elección del sistema de salud, la libertad en la elección del trabajo, etc. Que como puede verse no constituyen en ningún sentido derechos sociales, sino que derivaciones de el derecho más genérico a la libertad.

Esta exclusión se tradujo en excluir una visión de la sociedad: la visión socialista de los derechos, dejando sólo la visión liberal. Esto no fue extraño, tanto por el proceso histórico en el que nos encontrábamos, y además, en consideración a que el mundo estaba dividido entre las dos grandes potencias que intentaban influir o imponer su visión del mundo.

Pero ese contexto ya no existe, y si la Constitución tiene como pretensión ser la expresión de toda la sociedad, y permitir todas las más amplias libertades a sus

---

<sup>1</sup> Un ejemplo de ello se ha dado en la nueva legislación sobre la pensión básica solidaria, mediante la cual se asegura a los adultos mayores que no pudieron cotizar o cotizaron muy poco a una pensión pequeña que les permita subsistir, ver ley 20.255 publicada con fecha 17 de marzo de 2008. Otro importante ejemplo es el plan Auge que asegura prestaciones de salud en caso de enfermedades que aparecen en un listado.

<sup>2</sup> Actas constitucionales de la nueva Constitución chilena, Tomo I, sesión 24ª, de 19 de marzo de 1974.

ciudadanos, no basta con que exprese una sola de las visiones (la liberal o socialista) sino que debe ser capaz de expresar ambas.

Según lo que trataremos de mostrar, y que por lo demás no es nada nuevo, ésta exclusión se debía a una concepción del Estado que descansa en el individualismo imperante en esa época, individualismo heredero del liberalismo político y económico.

Una de las herramientas intelectuales que usó el liberalismo para sostener este tipo de Estado y de paso excluir los derechos sociales (como una meta de las sociedades) era el concepto de libertad negativa esgrimido por Isaiah Berlín, que se expreso políticamente en el concepto de derecho subjetivo.

Por lo que, la presente memoria pretende analizar la estructura de los derechos sociales en relación con los derechos de primera generación y la noción de derecho subjetivo, relacionadas con un concepto de libertad. La tesis que se pretende defender es que debido a una falta de una teoría bien estructurada sobre los derechos sociales es que se producen dificultades en relación con su exigibilidad y fundamentación; creemos que, una teoría fundada en un concepto de libertad que no considere los derechos sociales como medios para el ejercicio de aquella, sino como una forma de ampliar nuestras libertades, o dicho de otra forma, el no establecimiento de los derechos sociales acarrearán una interferencia en la libertad en sí misma, por lo que se hace imperativo su obligatoriedad si es que queremos promover la libertad.

Para defender nuestra tesis afirmaremos y mostraremos que existe una vinculación entre los derechos de primera generación con el concepto de libertad negativa de Berlin, en el sentido que los derechos se aseguran o promueven si se evita la interferencia de terceros en el goce de estos derechos. Por esta razón es que se relaciona los derechos de primera generación con obligaciones negativas, de no hacer, sin embargo, como lo demuestra Abramovich y Courtis, identificar derechos de primera generación sólo con obligaciones negativas es un error, ya que este tipo de derechos también implican obligaciones positivas, de hacer. Desde otra perspectiva, Atria, dice

que realizar esta relación es una errónea identificación, ya que las obligaciones negativas o positivas dependen de la forma en que se describan tales obligaciones.

No obstante lo anterior, los derechos sociales no calzan con aquel concepto de libertad, ya que la interferencia de falta de medios para el goce de los derechos sociales no implica falta de libertad. Para los que siguen esta tesis, los derechos sociales son presupuestos o medios para el ejercicio de la libertad y no una restricción a ella, en sí misma.

De acuerdo a lo anterior es que creemos y mostraremos que el concepto de libertad negativa solo sirve para argumentar derechos de primera generación, y que las personas que siguen este concepto no hacen razón a otra concepción que se ha encontrado latente dentro del discurso sobre la libertad. Nos referimos a que la libertad también se ve restringida por de falta de dinero. Siguiendo la argumentación desde la visión de G. A. Cohen, en que el dinero es una interferencia al igual que la acción directa de una persona; esto claramente vinculado con los derechos sociales como una forma de asegurar el desarrollo de la libertad.

Entendido de esta forma puede desarrollarse una obligación por parte del Estado del aseguramiento de los derechos sociales pero ya no necesariamente, y solo, como un derecho subjetivo a un derecho social, sino como una obligación que consolide el Estado Social de Derecho.



## **II.- Distinciones preliminares**

Los derechos sociales son parte de una categoría más general de los derechos, ésta es los derechos fundamentales.

El derecho como ciencia tiene como condición la precisión y clasificación de los conceptos, de modo que el discurso en el cual se encuadren sea un discurso racional. Para estos efectos es que se explicará por qué hemos utilizado la nomenclatura de derechos fundamentales. Además esto tiene como fin determinar el camino de esta memoria, pues como expondremos, el concepto de derecho fundamentales (sociales) es uno que se encuentra circunscrito dentro del ordenamiento jurídico vigente, y no como sería el concepto de derecho natural que sería un concepto extrajurídico, por lo que cuando hablemos de derecho sociales nos estaremos refiriendo a los derecho fundamentales sociales.

El concepto, que a nuestro entender, se debe usar para referirse a los derechos y/o garantías que contienen las Constituciones es el de derechos fundamentales. Pero han existido diversos usos para referirse a garantías básicas de las personas, y todas tienen como raíz común la modernidad, es decir, tienen una visión subjetiva e individual, referida a la titularidad de los derechos, que como veremos más adelante será la piedra de choque para entender los derechos sociales.

Los términos que veremos son<sup>3</sup>: Derechos Humanos, Derechos Naturales, Derechos Públicos Subjetivos, Libertades Públicas, Derechos Morales y por último el de Derechos Fundamentales.

### **II.1. Los Derechos Humanos**

Este término ha sido asociado a una función reguladora de la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos, es decir, han sido el barómetro de

---

<sup>3</sup>Peces-Barba G: Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General. Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, reimpresión 1999, pag. 21 a 38. Acá seguiremos al profesor Peces Barba, y hay que hacer notar que el capítulo que explicaremos se intitula: "Aproximación Lingüística".

la legitimidad del poder, y además, comprendería una garantía para la dignidad de las personas, protectora de la libertad y la igualdad.

Pero el problema es que no ha habido claridad de lo que se quiere decir cuando apelamos a los derechos humanos, y más problemático aún, es que hay dos concepciones dentro de ellos que chocan, esto porque en un análisis más depurado podemos decir que expresan a lo menos dos cosas: por una parte, se refieren a una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna, por lo que es un uso que estaría fuera del ordenamiento positivo, es una pretensión sobre lo que se quiere sea derecho. Por otra parte, se usa este término para identificar un sistema de derecho positivo: como ejemplo Peces-Barba señala que cuando decimos que los derechos humanos están reconocidos en el Título Primero de la Constitución Española y están protegidos, en su caso, por el recurso de amparo, es expresión que sería un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica.

Las dos ideas que expresa este concepto, se pueden reducir al enfrentamiento entre el iusnaturalismo y el positivismo, doctrinas que serían incompatibles. Sabemos que el iusnaturalismo descubre al derecho a través de la razón y que el derecho del soberano se debe subordinar a aquel, por su lado el positivismo respondería que el derecho es el derecho del soberano en cuanto soberano. Esta ambigüedad y choque de las ideas que subyacen a este concepto desaconsejaría su uso.

## II.2. Los Derechos Naturales

También relacionados con el iusnaturalismo, los derechos naturales, sería un término que tiene su origen histórico en las primeras declaraciones liberales del siglo XVIII, que se acuña en esos tiempos, pero que no trasciende de ellos.

Quizás lo importante de esta expresión es que supone derechos previos al poder, que se descubren por la razón, y se imponen a todas las normas creadas por el soberano siendo un límite a su acción.

Este concepto tampoco sería el adecuado por las mismas críticas hechas al iusnaturalismo, además que se encontraría en franco desuso. Aunque también, este

tipo de concepciones entiende al derecho desde un carácter abstracto no respondiendo a la realidad social e histórica.

### II.3. Los Derechos Públicos Subjetivos

Este uso es más técnico que los otros, con arraigo dentro del foro jurídico, no en el común de las personas, por lo tanto, no logrando extrapolarse al lenguaje común, ésta sería una primera dificultad, porque la expresión y significado de los derechos humanos debe tener la pretensión de un uso de carácter Universal, expresivo y entendible para todos.

El término derechos públicos subjetivos proviene de la escuela del derecho público alemán del siglo XIX, como especificación del concepto más genérico de derecho subjetivo, y es expresión del individualismo en el pensamiento positivista.

Dos críticas desaconsejan su uso: la primera es, que los derechos públicos subjetivos como límites al poder, para ser ejercido en contra del poder, no permitirían ejercerse en contra de los particulares, relación que hoy en día es más que necesaria en consideración a que ahora no es solo el Estado sino los particulares quienes pueden vulnerar las garantías básicas; y la segunda es, que el concepto estaría ligado a un tipo de Estado, el liberal, y que no respondería a derechos como los sociales que son entendidos como promocionales exigiendo comportamientos positivos de los poderes públicos.

### II.4. Las Libertades Públicas

Concepto nacido de la doctrina francesa, viene a expresar un espíritu, una moralidad apoyada por la fuerza del derecho positivo. También sería un término técnico pero con mayor arraigo en el lenguaje natural, y nace en reacción a la ambigüedad del término derechos del hombre. El concepto de libertades públicas hay que leerlo desde una perspectiva historicista, no abstracto, sino ligado a las franquicias o derechos de carácter positivo.

Al igual que el término anterior no abarca todas las facetas de los derechos humanos, porque por una parte el término refleja el área de autonomía que se dejaría a

las personas y por ende la protección que ello implicaría, pero por otro lado no abarcaría los derechos que el tiempo de hoy se requieren en la sociedad como los derechos de participación política y los derechos sociales.

#### II.5. Los Derechos Morales

Este término nace de la cultura anglosajona, se los caracteriza por ser derechos previos al Estado y a su derecho, son triunfos frente al Estado como lo señala su más importante exponente Ronald Dworkin.

Los derechos morales se entienden como poseídos por o como pertenecientes a los individuos, por lo que no solo se limitarían a prescribir conductas sino que constituirían un tipo de propiedad moral de los sujetos que los tienen en cuanto individuos.

Tampoco creemos que sería el término adecuado ya que es difícil diferenciarlo del concepto de derechos naturales. Esto se debe a que el término en inglés no tiene una traducción -y por lo tanto de significado- equivalente al castellano. Si es difícil practicar la diferenciación, los derechos morales serían un concepto fuera del derecho positivo, pero esto no quiere decir, y en esto nos referimos a todos los demás usos, que el término que elijamos no tenga connotaciones morales, pues cualquier explicación de los derechos que no contemple la moral es una explicación o teoría sobre los derechos que no responde a la realidad y es sólo un constructo intelectual que no sirve en la práctica. Además, y más relacionado con nuestro trabajo, la idea de derechos morales que son anteriores al poder también vendrían a excluir derechos como los de participación y los derechos sociales, por lo tanto, no es un término adecuado para nuestros efectos.

#### II.6. Los Derechos Fundamentales

Las razones por las que creemos que el término más adecuado para abarcar los derechos contenidos en la constitución es el de derechos fundamentales, serían las siguientes:

El término derechos fundamentales es más preciso que el de derechos humanos porque este nos hace incurrir en la ambigüedad que mencionamos anteriormente, donde hay dos posturas que chocan: el iusnaturalismo y el positivismo.

Los derechos fundamentales abarcan tanto los presupuestos éticos como los jurídicos, reconociendo que los derechos fundamentales requieren de cierta moralidad básica, pero a su vez contienen el elemento diferenciador del derecho moderno, esto es, lo jurídico-positivo.

Por otro lado los términos derechos naturales o derechos morales tampoco son adecuados y sigue siendo preferible el que nosotros proponemos, ya que disminuyen el elemento positivo del derecho, en el entendido que el derecho es el que dicta el soberano.

Pero por el otro lado, los términos libertades públicas y el de derechos públicos subjetivos dejan de lado la dimensión moral necesaria para entender y aprehender los derechos fundamentales.

Por último, y no menos importante, el término derechos fundamentales se aleja un poco de las concepciones anteriores en el sentido que ya no sólo se refieren a derechos preexistentes a los Estados, anteriores a estos, sino que también comprende los derechos que nacen producto de la convivencia y después de formado el Estado, estos son los derechos sociales.

### **III.- Aproximación terminológica de los derechos sociales**

Para poder acercarnos a entender los derechos sociales necesitamos entender las diversas formulas que se usan y cuál es el significado que pretenden tener; desde una perspectiva de este tipo podemos entender qué es lo que se quiere decir cuando se habla de derechos sociales, y en este camino encontraremos significados diferentes que veremos a continuación.

#### **III.1. Los derechos sociales y los derechos económicos, sociales y culturales**

Los derechos que nosotros llamamos sociales tienen varias acepciones, en el contexto nacional y Latinoamericano toman ese nombre, pero en el plano del derecho internacional de los derechos humanos se les llama derechos económicos, sociales y culturales, como ejemplo de esto está el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>4</sup>. Aunque, debemos reconocer que hay contextos locales en que se los llama igualmente de esta última forma como ocurre en España, pero en términos generales ese uso es del ámbito internacional.

La diferencia entre estos dos usos no es solo de nombre, como lo hacen notar Abramovich y Courtis<sup>5</sup>, al señalarnos que los derechos económicos, sociales y culturales al provenir del derecho internacional de los derechos humanos generan obligaciones para los Estados, obligaciones de conceder a sus ciudadanos ciertos y determinados derechos, y de generar condiciones de prestación de estos derechos; a diferencia de los derechos sociales que están garantizados en las Constituciones de cada país, en que los sujetos obligados pueden ser tanto el Estado como también pueden ser los particulares, cuando estos últimos, producto de la estructura de cada país prestan servicios de carácter público<sup>6</sup>, como sería el caso de Chile con las Instituciones de Salud Previsional (en adelante Isapres) que son empresas privadas

---

<sup>4</sup> Este pacto fue suscrito por resolución 2.200 (XX), del 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 3 de Enero de 1976, promulgado en Chile por el decreto n° 326 de fecha 28 de abril de 1989 y publicado en el diario oficial el 27 de mayo de 1989.

<sup>5</sup> Amramovich, V y Courtis Ch: Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Madrid, Trota, S.A., 2002, pag. 120 y 121.

<sup>6</sup> *Infra*, véase nota al pie N° 70.

que funcionan como empresas de seguro de salud, mediante las cuales las personas se pueden afiliar pagando su cotización de salud obligatoria a estas entidades, y estas, están obligadas a responder por las atenciones médicas, de esta forma cumplirían con una función pública que la legislación les encomendó, esto sería la protección de la salud.

### III.2. Los derechos a prestaciones

Una acepción relacionada con los derechos sociales, pero ahora desde la dogmática alemana, es el de derechos a prestaciones, resaltando con ese nombre lo que vendría a ser la característica principal de esos derechos, esto es, que su objeto o como dice Robert Alexy, es: “todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado”, señalando luego que los derechos de prestación “son la contrapartida exacta del concepto de derecho a defensa, bajo el que cae todo derecho a una acción negativa, es decir a una omisión por parte del Estado”<sup>7</sup>. Así, el concepto de derecho a prestación se construye a partir del concepto del derecho a defensa, siendo dos caras de la misma moneda. Por otro lado, Alexy reconoce que los derechos a prestación serían más amplios que el concepto de derecho social, por eso señalábamos en un principio que el concepto de derecho a prestación es un concepto relacionado con el de los derechos sociales pero que no se identifican.

El concepto de derecho a prestación es claramente un concepto más amplio que el de derecho social, abarcando a este, pero abarcando otros derechos que podrían no ser considerados como derechos sociales<sup>8</sup>, no obstante lo anterior, Alexy señala que cuando se habla de derechos sociales se hace referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto, esto es, derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares<sup>9</sup>. La relación entre derecho a prestaciones en sentido amplio y sentido estricto sería una de genero

---

<sup>7</sup> Alexy R: Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pag. 427. Téngase presente que hoy el derecho a defensa desde la perspectiva de los derechos fundamentales también puede ser atacado por particulares y no sólo por el Estado.

<sup>8</sup> *Ibid.* pag. 420, 427 y 428.

<sup>9</sup> *Ibid.* pag. 482.

a especie, en que la primera sería el genero y la segunda la especie, y se diferenciarían en que la primera abarcaría derechos a prestaciones fácticas y normativas, y las segundas sólo se referirían a derechos a prestaciones fácticas.

Sobre esto último Alexy explica las prestaciones fácticas con tres ejemplos, como cuando se supone un derecho de un propietario de una escuela privada a recibir ayuda estatal a través de subvenciones o se fundamenta un derecho a un mínimo vital o se considera una pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio, lo que importa no sería la forma jurídica que revista estas prestaciones sino que la prestación se realice, o dicho de otra forma que el resultado se logre: el subsidio estatal, la ayuda vital o que se conceda la plaza de estudio.

Respecto a las prestaciones jurídicas Alexy dice que son derechos a actos estatales de imposición de normas, el ejemplo con que grafica a este tipo de prestaciones es el de, si se admite que el *nasciturus* es titular de derechos fundamentales, el derecho del *nasciturus* a la protección a través de normas del derecho penal sería un derecho de ese tipo<sup>10</sup>.

Un término derivado de este es el de derechos a acciones positivas del Estado, pero en realidad no habría ninguna diferencia importante con el de derecho a prestación, por lo que podemos decir que es un término sinónimo y equivalente.

### III.3. Los derechos de primera, segunda y tercera generación

Otra forma que se ha hecho común nombrar a los derechos civiles y políticos y los derechos sociales es derechos de primera o segunda generación respectivamente<sup>11</sup>, esto al parecer principalmente se ha hecho para hacer notar el orden de su aparición histórica.

Los derechos de primera generación nacerían de las revoluciones Europeas del siglo XVIII instituyéndose en los derechos civiles y políticos; por el lado de los derechos

---

<sup>10</sup> *Ibid.* pag. 194 y 195. Sobre la distinción de prestaciones fácticas y normativas.

<sup>11</sup> Al parecer el primero en proponer la distinción entre derechos de primera, segunda y tercera generación fue Karel Vasak en una conferencia (1979) ante el Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo, quien fue director de dicho Instituto.



de segunda generación, que serían en equivalencia a los derechos sociales, nacen como respuesta a la revolución industrial y las graves injusticias generadas de la exacerbación del capitalismo y liberalismo.

Esta nomenclatura o uso tiene una ventaja, pues permite tener un lenguaje más abarcador y neutro que las menciones de derechos sociales y civiles y políticos, y por lo tanto menos peyorativo, sobre todo en lo que respecta a los derechos sociales.

Pero la desventaja es que no es un término preciso, ni acabado de lo que se quiere expresar, algunos han dicho que los derechos de segunda generación pretenden expresar el principio de igualdad a diferencia de los derechos de primera generación que expresarían el principio de libertad, y a su vez, los derechos de tercera generación que se referirían al principio de solidaridad. Pero todo esto es aún más genérico, y no hay un tratamiento sistemático de estas diferencias, por lo que sólo podemos decir que habría una tendencia en considerar esa vinculación de los derechos con cada principio.

#### **IV.- Aproximación histórica de los derechos sociales**

Difícil es hacer una aproximación histórica de los derechos sociales, primero porque se ha escrito poco al respecto, y segundo, porque lo que se ha escrito, generalmente está vinculado con el principio de solidaridad, buscando en él, los orígenes de los derechos sociales<sup>12</sup>. Esto porque efectivamente los derechos sociales tienen como veta principal la solidaridad, principio según el cual el otro nos importa no porque sea un beneficio para mi mismo sino que nos importa porque el otro también tiene un valor en sí mismo, y nosotros nos definimos en razón de los otros.

Pero, más difícil es hacer una aproximación histórica de los derechos sociales vinculados con la libertad, que al parecer aún no se ha hecho, y que creemos puede desarrollarse, pero desafortunadamente este trabajo no pueda seguirlo, porque escaparía a los objetivos de esta memoria, y además, creemos requiere de una teoría historiográfica que la apoye. Por lo demás esta decir, que un trabajo de este tipo sería el tema de una memoria completa. Por lo que nosotros solo esbozaremos lo que vendría a ser una interpretación libre de los hechos, claramente apoyados en lo que se ha escrito, e intentando en lo posible acercarnos lo más que podamos a la realidad.

Anteriormente dijimos que los derechos sociales tendrían su origen luego de la revolución industrial, producto de la migración campo-ciudad, donde grandes masas de personas, que veían una esperanza de mejorar su situación económica, viajaron a las ciudades y se emplearon en dichas industrias, pero se encontraron con circunstancias completamente diferentes: remuneraciones ínfimas y condiciones tanto de vida como laborales inhumanas, estas circunstancias conllevaron a que comenzarán a solicitar ciertas reivindicaciones sociales de mejora en su calidad de vida, estas reivindicaciones eran necesidades de diverso tipo, tanto sanitario como de carácter laboral, salud, y condiciones dignas en las viviendas. Tan solo un ejemplo de ellos es la naciente legislación laboral que aparece en Chile, como la conocida ley de la silla

---

<sup>12</sup> Para ver el fundamento de los derechos sociales desde la solidaridad véase Peces-Barba Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General, *op. cit.* pag. 261 a 282, quien distingue entre la solidaridad de los antiguos y los modernos, desde los antiguos parte en la Grecia clásica hasta la edad media, y luego hasta el siglo XVIII.

(1914), que obligaba a los patrones o empresarios de mantener un número igual de sillas como empleados tengan.

Sin embargo, hay que ser cauteloso en lo señalado, ya que los derechos sociales nacidos de esa época no se parecen en nada a los derechos sociales que conocemos hoy. Lo que debemos intentar es rescatar el sentido de los derechos sociales de esa época para entender los de hoy.

Nosotros hemos situado el nacimiento de los derechos sociales después de la revolución industrial, porque es a partir de ese momento en que se comienza regular situaciones, que escuchan la voz de las reivindicaciones sociales, que tienen como significado la responsabilidad que le caben a todos los ciudadanos en favor de todos los demás, o que por lo menos ese era su sentido primario.

Además, hay que dejar presente que el origen de los derechos sociales en cada cultura se da de manera, tiempos y formas diferentes, a este respecto, Marshall, quien realiza un análisis sobre la ciudadanía, señala al momento de dividir la ciudadanía en tres partes: civil, político y social, en que cada parte o elemento se identificaría con los derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales, respectivamente, que: “Antaño estos tres hilos formaban una sola hebra. Los derechos se entremezclaban porque las instituciones estaban amalgamadas<sup>13</sup>.” Queriendo decir con esto que los derechos sociales tienen origen anterior a la revolución industrial, pero que no se podían diferenciar claramente de los otros derechos, debido a la acumulación de funciones que tenían las instituciones anteriores a la revolución burguesa del siglo XVIII. Luego señala: “Tras separarse, los tres elementos de la ciudadanía en seguida perdieron el contacto, por decirlo coloquialmente. El divorcio entre ellos se consumó hasta tal punto que, sin forzar demasiado la precisión histórica, es posible asignar el periodo formativo en la vida de cada uno de ellos a un siglo diferente -los derechos civiles al siglo XVIII, los políticos al siglo XIX y los sociales al siglo XX<sup>14</sup>-.”

---

<sup>13</sup> Marshall T H: Ciudadanía y Clase Social, en Revista Española de Investigaciones Sociológicas, N° 79, 1997, pag. 303, [en línea], < [http://www.reis.cis.es/REISWeb/PDF/REIS\\_079\\_13.pdf](http://www.reis.cis.es/REISWeb/PDF/REIS_079_13.pdf)>. [consulta: 12 de diciembre de 2011]

<sup>14</sup> *Ibid.* pag. 304.

Aun cuando el análisis de Marshall es uno hecho desde la historia de Inglaterra, creemos que en parte se adecua a nuestra historia, pero con la misma prevención hecha por el autor, esta es que la división tripartita entre los siglos XVIII, XIX y XX no puede desconocer que respecto de cada derecho hay que ser flexible para poder abarcar derechos que nacen de otros periodos, esto ocurre con el caso del derecho a la educación, que tiene sus orígenes en el siglo XVIII y XIX<sup>15</sup>.

En el contexto chileno podemos decir que el fenómeno de reivindicaciones sociales se produce desde finales del siglo XIX y principio de siglo XX con el auge económico, producto de las salitreras inglesas que se establecieron en el norte del país, a este fenómeno se le llamó “la cuestión social”, que venía a reclamar las deplorables condiciones en que se encontraban los trabajadores. Pero lo que estaba en el fondo, o el conflicto subyacente en cuanto a las ideas era el que señalan Cristi y Ruiz-Tagle, que nuestra historia constitucional: “...puede explicarse como una continua tensión entre diversos derechos fundamentales”. Después de señalar las varias tensiones ocurridas en etapas nacientes de nuestra historia, dicen: “Pero la tensión más característica se da principalmente durante la vigencia de la Constitución de 1925 y está centrada en la discusión sobre las prerrogativas que reconocen los derechos clásicos frente a las necesidades económicas y sociales. En particular la tensión se produce en torno a la propiedad y las sucesivas experiencias de reforma agraria, de intervención de la economía, la banca y la industria, y de la nacionalización de la gran minería del cobre”<sup>1617</sup>.

---

<sup>15</sup> *Infra* ver nota al pie 17.

<sup>16</sup> Cristi, R y Ruiz-Tagle, P: La República en Chile; Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano. Santiago, Lom, 2006, pag 257.

<sup>17</sup> Como se puede notar a grandes rasgos nos estamos refiriendo en cierta medida a los reclamos laborales que surgieron con la llamada cuestión social, eso sí omitimos uno de los derechos sociales típicos: el derecho a la educación, sobre esto debemos aclarar lo siguiente: el derecho a la educación fue reconocido en la mayoría de las Constituciones Liberales del siglo XIX, pero este reconocimiento se debió a que la educación o formación fue considerada después de las revoluciones burguesas del siglo XVII y XVIII como una forma de crear “buenos ciudadanos” que pudieran ejercer realmente los derechos políticos y civiles, por lo tanto la educación era un prerequisite o condición para la formación de los ciudadanos; y para poder asegurar al Estado, este debía tomar un rol activo, el conocido “Estado Docente”. Pero el derecho a la educación formulado por las nacientes naciones no podía ser considerado un derecho social desde la perspectiva socialista, ya que no obstante como señalaba la disposición del artículo 153 de la Constitución chilena de 1833 que “La educación pública es una atención preferente del Gobierno” su sentido era crear condiciones mínimas de aseguramiento del Estado. Queda más claro, con el sentido de la Ley de Instrucción Primaria, que buscaba educar a el general de la población pero sólo hasta la instrucción primaria pues la

Como queda claramente de manifiesto en la nota anterior, la tensión se produce entre las prerrogativas de los derechos clásicos frente a las *necesidades económicas y sociales*. Los autores toman en cuenta un punto muy importante de la tensión, pues por un lado están los derechos (clásicos) y por el otro *necesidades* que no se encontraban expresadas en derechos, por lo que las reclamaciones se expresaron en el sentido que esas necesidades se elevaran a la categoría de derechos.

Una pregunta interesante que se formula al respecto es por qué el discurso de reclamación solicitaba que las necesidades se elevaran a la categoría de derechos, qué es lo que tenían de importante los derechos para que las necesidades pasaran a tener esa configuración<sup>18</sup>. Una explicación a esto se puede encontrar en Atria, quien sostiene que “los derechos en principio sólo conocen como límites otros derechos” por lo tanto, señala: “las demandas socialistas sólo podían reverberar en el discurso liberal si eran manifestadas como derechos”, y no como utilidad general o aspiración comunitaria. Lo que quiere decir, es que si competían las necesidades económicas y sociales y los derechos, los derechos funcionarían como razones excluyentes, por ende había que reclamar la elevación de las necesidades a la categoría de derechos, de esta forma el choque sería entre derecho y derecho.

Por otra parte, como esbozo, porque no es tema principal de esta memoria, de la evolución histórica de los derechos sociales desde el ordenamiento constitucional chileno, podemos decir que éste en general responde en gran medida a una de corte liberal, tanto desde sus comienzos como hasta el día de hoy; lo que se ha expresado en a lo menos dos características principales: una es que los textos constitucionales parten con un casi no reconocimiento de la existencia de derechos sociales (salvo el derecho a la educación, con la prevención ya dicha), y otra, es que luego de un proceso que les concede reconocimiento en el texto constitucional, no se les concede tutela jurisdiccional, por lo que la práctica de los propios abogados y jurisprudencia a

---

secundaría y por sobre todo la Universitaria era solo propiedad de la élite. Es decir, el derecho a la educación aún cuando en las Constituciones del siglo XIX no eran considerados derechos sino más una declaración de principios, su fin era crear una masa un poco ilustrada para sustentar la república.

<sup>18</sup> Atria F, ¿Existen Derechos Sociales?, en Revista <[www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com)>, [en línea] <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>>, [consulta: 9 de diciembre de 2011]. pag. 27.

suplido esa falencia a través de otros derechos, lo que viene a llamarse la “tutela indirecta”.

Navarro afirma que desde sus orígenes en el Reglamento de Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818 se alude más bien a libertades públicas, a la igualdad ante la ley, al derecho de honra, al derecho de propiedad y a garantías fundamentales del proceso penal, y en lo que respecta a los derechos sociales afirma que estos serían reconocidos como disposiciones programáticas<sup>19</sup>, concepto que veremos más adelante. Este tratamiento se mantendría casi intacto durante todo el siglo XIX, salvo quizás el derecho a la educación que ya vimos tiene antecedentes incluso en el siglo XVIII.

Durante la vigencia de la Constitución de 1925 en un principio habría un reconocimiento a ciertos derechos sociales, proceso que culminaría con las reformas de 1971 donde “se profundiza el Estado Social de Derecho en nuestro país<sup>20</sup>”, en este periodo vuelve a aparecer el derecho a la educación ampliándose su cobertura, pero ahora también se reconocen el derecho al trabajo, a la salubridad pública, por primera vez se regula la seguridad social y se practican limitaciones a la propiedad reconociendo la función social que ella cumple<sup>21</sup>.

La Constitución vigente, no obstante completar el catalogo de derechos sociales, ampliándolo, contiene una restricción jurídica, ya que, se les excluye del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales (o como se conoce a nivel comparado: Recurso de Amparo).

Lo que protege o ampara este recurso respecto de los derechos sociales no son efectivamente derechos sociales sino principalmente derivaciones del principio general de libertad, ejemplo de ello es el derecho a la educación, que lo que viene a ser accionable es el derecho de los padres de la elección del establecimiento educativo, y

---

<sup>19</sup> Navarro Beltrán E: Protección Constitucional de los Derechos Sociales en Chile, en Jornadas Argentino-Chileno-Peruano-Uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional, Montevideo, Uruguay, 17 y 18 de Junio de 2011, pag 1 y 2.

<sup>20</sup> *Ibid.* pag. 4.

<sup>21</sup> *Ibid.* pag. 3 y 4.

el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. Lo mismo ocurre con el derecho al trabajo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social<sup>22</sup>.

Debido a esta restricción es que por la vía jurisprudencial se ha intentado darle tutela a los derechos sociales, pero, por la vía indirecta, usando otros derechos. Los otros derechos para dar tutela a los derechos sociales son principalmente el derecho de propiedad y la igualdad ante la ley<sup>23</sup>.

La Corte Suprema como tanto el Tribunal Constitucional se han pronunciado en diversos casos dando protección a los derechos sociales a través de otros derechos. Dos ejemplos mostraremos para graficar la tutela indirecta, uno relacionado con la igualdad ante la ley y otro sobre el derecho de propiedad.

Respecto del uso de la igualdad ante la ley en relación con el derecho a la protección de la salud tenemos el siguiente caso: hace un tiempo, debido a las alzas en el costo del precio de los planes de salud que cobraban las Isapres a sus afiliados, es que estos últimos comenzaron a recurrir de protección (o amparo) de garantías constitucionales ante las Cortes de Apelaciones del país, argumentando que las alzas eran desproporcionadas, siendo una actuación arbitraria e ilegal de parte de las Isapres.

La razón que esgrimían las Isapres para practicar los aumentos del precio, era la aplicación de tablas de factores<sup>24</sup> que diferenciaban por sexo, edad y condición de

---

<sup>22</sup> Sobre el derecho a la educación el artículo 20 de la Constitución, que concede el recurso de Protección, excluye de la acción al numeral 10 del artículo 19, sobre el derecho a la educación. Sobre el derecho a al trabajo el artículo 20 de la Constitución señala expresamente que el numeral 16 del artículo 19 solo es accionable en lo relativo a la libertad del trabajo, al derecho a su libre elección y libre contratación. Respecto del derecho a la salud garantizado en el numeral 9 del artículo 19, el artículo 20 sólo concede la acción respecto de su inciso final sobre el derecho a elegir el sistema de salud (público o privado) al cual acogerse. El derecho a la seguridad social consagrado en el numeral 18 del artículo 19 no se encuentra en ningún sentido protegido por la acción de protección.

<sup>23</sup> Navarro Beltrán E: Protección Constitucional de los Derechos Sociales en Chile, *op. cit.* pag. 8.

<sup>24</sup> Esto se encuentra definido por la ley en la letra n) del artículo 2 de la ley 18.933, que dice expresamente que se entenderá: "La expresión "tabla de factores" por aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de

cotizante o carga. Esta tabla fue incluida y regulada por ley<sup>25</sup> para los contratos de planes de salud a partir del año 2005 en adelante. El precio final que debían pagar los afiliados, en resumen, se calculaba de la siguiente manera: un precio base, más los beneficios de Garantías Explícitas en Salud (en adelante Ges), más la tabla de factores, este último, es un mecanismo de variación de precio, por lo tanto variable. Los afiliados por consiguiente recurrieron ante el Tribunal Constitucional porque consideraban que la aplicación de la tabla de factores en cuanto discriminaba entre sexo y edad era inconstitucional.

Se discutía que la mencionada tabla de factores vulneraría principalmente los números 2, 9 y 18 del artículo 19 de la Constitución Política, esto es, la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social. Sobre la igualdad ante la ley, que es la que nos interesa, se vería vulnerada porque la ley facultaría a las Isapres a discriminar en el cobro del plan de salud en relación al sexo del cotizante y a su edad, y ésta sería una discriminación arbitraria. No era coincidencia que las personas que recurrieron de protección hayan sido en general mujeres mayores de 60 años, cuyos planes de salud incrementarían un alza en aplicación de la tabla de factores. El derecho a la protección de la salud se vería vulnerado de dos maneras: por un lado se atentaría con el derecho a la libre elección del sistema de salud consagrado a nivel constitucional, esto porque el alza en el plan de salud obligaría a los afiliados a migrar al sistema público ya que no podrían costearlo; y, por otro lado, se vulneraría la garantía a la protección de la salud, en el sentido de que lo que consagra la Constitución no es el derecho a la salud sino el derecho a la protección de la salud, deber del Estado, y, teniendo en consideración que es deber preferente del Estado brindar aquella protección, por consiguiente el principio de subsidiariedad se invierte en esta materia, pues en principio es el Estado el ente que debe proteger la salud, y en su defecto lo pueden hacer los privados. El derecho a la seguridad social hay que entenderlo vulnerado en que es deber del Estado asegurar

---

suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan.”.

<sup>25</sup> Ver art. 38 ter de la Ley 18.933, actual artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes 18.933 y 18.469.



el acceso de todos sus habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de ese derecho, en este sentido, el derecho a la seguridad social se ve vinculado con el derecho a la protección de la salud.

No obstante los argumentos de fondo de la cuestión debatida, hay que mencionar que antes de haber sido instituida por ley la tabla de factores (antes del 2005), los afiliados a Isapres al firmar el contrato del plan de salud debían aceptar – en virtud del principio de la autonomía de la voluntad – la tabla de factores que les imponía la Isapre, decimos imponía porque sencillamente si no se aceptaba la tabla de factores - pues este es un contrato de adhesión - no se podía afiliarse a aquella Isapre y se debía buscar otra que acomodará presupuestariamente al bolsillo del afiliado o afiliarse al sistema público de salud Fondo Nacional de Salud (en adelante Fonasa), dejando presente que antes de la regulación legal de 2005 existían una infinidad de tabla de factores.

Por lo que la mencionada ley lo que vino a regular era establecer límites a la fijación de la tabla de factores, tanto respecto de los límites máximos de los factores, como el número máximo de tablas (dos por cada Isapre y no como antes que eran más de dos mil).

Por otro lado, para efectos de respetar los contratos celebrados con anterioridad y que se encontraban en curso se agregó el inciso final del artículo 2 de la ley 20.015 que dice expresamente: “Tratándose de contratos en curso a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, las tablas de factores que ellos contengan se mantendrán en vigor hasta que el afiliado opte por aceptar un plan alternativo que se le ofrezca en alguna adecuación o hasta que contrate un plan de salud distinto.”.

Toda la discusión en Tribunales se dio aparentemente por terminada con el fallo<sup>26</sup> del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 *ter* de la ley de Isapres, eliminando de la ley los tramos de los factores de edad y la facultad de la Superintendencia de Salud de fijar la

---

<sup>26</sup> Ver fallo del Tribunal Constitucional sobre inconstitucionalidad de la ley, procedimiento de oficio, Rol N° 1710-2010.

estructura de las tablas de factores diferenciada por sexo. Este procedimiento se llevo a efecto de oficio por el Tribunal Constitucional luego de haber dado lugar a cuatro causas que solicitó la declaración de inaplicabilidad del referido artículo<sup>27 28</sup>.

En lo que respecta al derecho de propiedad como una forma de proteger los derechos sociales tenemos que se ha fallado respecto del derecho a la educación que los alumnos tendrían un derecho de propiedad sobre la matrícula<sup>29</sup>, derecho de carácter incorporal, protegido por el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución.

Navarro señala que la Corte Suprema ha fallado que la calidad de estudiante universitario faculta al interesado para acceder al título, lo que configura una especie de propiedad e igualmente que la negativa de un establecimiento educacional de entregar certificado de notas y estudio vulnera el derecho de propiedad sobre “los logros académicos”<sup>30</sup>.

En otro caso se analizó la constitucionalidad del arresto que permite artículo 12 y 14 de la ley 17.322 en caso que el empleador no entere las sumas descontadas a sus trabajadores para efectos de cotizaciones previsionales. En este caso se consideró que el arresto era constitucional pues “en definitiva el empleador sufre el apremio como consecuencia de haber vulnerado un derecho básico de sus trabajadores, respecto de dineros que *son de propiedad de estos últimos* y que tienen por finalidad social el cubrir sus necesidades de previsión, que dicen relación, ni más ni menos, con su sobrevivencia y vejez”<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Ver sentencias de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley del Tribunal Constitucional, roles 976-2008, 1218-2009, 1273-2010 y 1287-2009.

<sup>28</sup> Hasta la fecha se encuentra en el Congreso un proyecto de ley presentado por el Gobierno que pretende regular el vacío legal que provocó la dictación del fallo del Tribunal Constitucional Rol 1710-2010 que derogó la tabla de factores. Cabe hacer presente que luego del fallo el Gobierno presentó un proyecto de ley conocido como la Ley Corta, que venía a solucionar el problema momentáneamente, para luego presentar el proyecto definitivo (Ley Larga), pero fue rechazado en el Congreso, por lo que sólo se encuentra en discusión el proyecto definitivo que vendría a zanjar el problema.

<sup>29</sup> Navarro Beltrán E: Protección Constitucional de los Derechos Sociales en Chile, *op. cit.* pag. 10

<sup>30</sup> *Ibid.* pag. 11, señala las siguientes sentencias: Corte Suprema, 06.04.1989, Gaceta Jurídica 106, p. 27; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1.182-2001; y, Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 60.845.

<sup>31</sup> *Ibid.* pag 17 citando el considerando 20 de la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 576; las cursivas son nuestras.

## V.- Concepto y estructura de los derechos sociales.

Desde la dogmática alemana se ha generado una discusión sobre el concepto y la estructura de los derechos sociales que vale la pena reproducir para efectos de entender de lo que estamos hablando<sup>32</sup>.

Lo que tienen en común estas teorías es que su transitar está relacionado con la exigibilidad judicial, partiendo en una teoría que entiende los derechos como programáticos, es decir, no reconociendo exigibilidad judicial, hasta una postura que sí se la reconocería plenamente.

Esta última característica es particularmente interesante, pues lo que en definitiva viene a significar es lo importante que es para los juristas y abogados que los derechos puedan de alguna forma exigirse judicialmente.

### IV.1. Los derechos sociales como disposiciones programáticas

La primera postura que se explicará es la que señala que los derechos sociales son disposiciones programáticas, esto quiere decir que niega cualquier tipo de carácter vinculante frente al Legislador, no pudiendo exigirse judicialmente. No habría deberes para el Legislador, sino serían sólo programas que este podría desarrollar a su arbitrio. Los derechos sociales significarían solo fuente de inspiración del contenido de las leyes.

Los que sustentan esta postura generalmente se basan en que las normas que señalan derechos sociales son normas indeterminadas. El sentido de indeterminado, se da en que las normas de derechos sociales prescriben la consecución de ciertos fines, pero no señalan los medios para llevarla a cabo, existiendo una diversidad de medios; la indeterminación de estas normas alcanzaría también al cómo deben ser prestados y el grado de desarrollo de satisfacción de las necesidades.

---

<sup>32</sup> En este apartado seguiremos el ilustrativo trabajo de Carlos Bernal Pulido quien hace un resumen de las posturas sobre el concepto y estructura de los derechos sociales, Bernal Pulido C: Fundamento, Concepto y Estructura de los Derechos Sociales. Una Crítica a “¿Existen Derechos Sociales? De Fernando Atria, [en línea], < <http://www.cervantesvirtual.com/obra/fundamento-concepto-y-estructura-de-los-derechos-sociales-una-crtica-a-existen-derechos-sociales-de-fernando-atria-0/>>, [consulta: 9 de diciembre de 2011], pag 117 a 144.

Y cuando hablamos de la elección de los medios éste les correspondería a los órganos con legitimidad política (Parlamento y Administración), ya que la decisión de este tipo de cosas requiere deliberación en cuanto a los intereses en conflicto y resolver sobre los costes involucrados lo que deviene en decidir sobre el presupuesto, decisiones que serían de carácter político, por lo tanto, dejar la puerta abierta para que los Tribunales resuelvan sobre los derechos sociales implicaría que ellos estarían resolviendo una cuestión política.

La crítica que se hace a esta postura es la imposibilidad de exigir judicialmente los derechos sociales. Estos derechos se encuentran en las Constituciones y ha costado ganar la batalla para que sean reconocidos, pero como sería una facultad del Legislador, que además, esta a su arbitrio decidir sobre ellos, en definitiva no sería un gran avance. Lo que ha llevado a algunos autores como Rosenkrantz a decir que se eliminen los derechos sociales de los catálogos de derechos fundamentales, pues generaría falsas expectativas, sería una promesa incumplida que devaluaría las otras promesas que contienen las Constituciones, esto es, los derechos de primera generación.

#### IV.2. Los derechos sociales como normas de fines del Estado.

La segunda postura señala que los derechos sociales son normas de fines del Estado. Aquí las normas de derechos sociales tendrían la estructura de normas de programación final y se caracterizan porque prescriben al Estado el deber de perseguir o alcanzar un determinado fin, pero no el camino o los medios, su estructura sería: el efecto A debe ser conseguido, ergo, deben ser adoptados B1 o B2 o B3 etc. como causas (medios) idóneos.

Esta concepción señala que si es vinculante el fin entonces sería lógico el deber de adoptar los medios para alcanzar ese fin, se sabe que algún medio debe ser adoptado pero no se sabe con certeza cuál es el indicado.

Lo que agregaría esta teoría a diferencia de la anterior es que ahora sería obligatorio el fin, y que si existe un sólo medio para llevar a cabo ese fin, ese medio sería obligatorio.

El criterio para identificar estos medios es la noción de núcleo esencial, de manera de determinar si el medio es vinculante para el Legislador, pues una vez identificados uno o varios medios que sean indispensables para que el fin pueda realizarse en su contenido esencial, estos medios son vinculantes para el Legislador.

El problema relacionado con esta teoría es que trasladaría el problema de determinar cuáles son los medios que serían indispensables para realizar el fin a cuál es el contenido o la identificación del núcleo esencial del fin, por lo que el problema vendría a ser el mismo: intentar clarificar algo con otro problema que no tiene una solución clara.

#### IV.3. Los derechos sociales como deberes estatales objetivos

La tercera postura señala que los derechos sociales son deberes estatales objetivos. Es decir, son mandatos jurídicos objetivos, dirigidos al Legislador y a la Administración. Se basa en que las normas sobre derechos sociales son normas indeterminadas, en que el órgano por excelencia para determinarlos es el Legislador y no los Tribunales, por lo que en la estructura de estos derechos se debe prescindir del sujeto activo, o sea, no se atribuye a un titular un derecho subjetivo a una prestación, por lo tanto su estructura tiene dos elementos: un sujeto pasivo (el Legislador y la Administración) y un objeto.

No obstante lo anterior, las normas sobre derechos sociales no son programáticas sino que tienen fuerza vinculante teniendo una vertiente subjetiva, es decir, existen criterios para determinar los medios que serían obligatorios para el Legislador y la Administración, estos serían: uno, en cuanto al fin, pues de los derechos sociales se deriva un deber jurídico (mandato objetivo) de realizar el fin fijado en la disposición; dos, se puede fundamentar un mandato jurídico objetivo que prohíbe la inactividad y la desatención evidente y grosera del fin; y tres, los derechos sociales contienen un mandato (objetivo) que prohíbe la supresión definitiva de las medidas legislativas una vez que han sido adoptadas, o una prohibición que impida una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera.

Estos criterios funcionarían como pretensiones de defensa de los individuos cuando se les afecta por una inactividad, una desatención grosera o una supresión definitiva de las medidas adoptadas, y no se articularían como una prestación sino que como un efectivo derecho a defensa (derecho subjetivo), dicho de manera categórica: son pretensiones de defensa frente a la discrecionalidad.

#### IV.4. Los derechos sociales como derechos definitivos

La cuarta postura dice que los derechos sociales son derechos definitivos, o dan lugar a posiciones jurídicas definitivas, queriendo decir con esto que dichas posiciones no son susceptibles de restricción, que no ceden ante ninguna otra razón que se invoque en su contra, además que agrega a diferencia de la teoría anterior un sujeto activo quien tendría un derecho subjetivo.

Desde esta óptica los derechos sociales implican deber estatales de abstención, son posiciones de defensa que imponen al legislador el deber de no restringir los derechos de los particulares, pero este derecho a defensa se expresa en que el Legislador no puede restringir el mínimo existencial. Generando en los particulares dos derechos subjetivos: el derecho a obtener del legislador al menos un grado mínimo de actividad legislativa y el derecho a un mínimo existencial. Estando prohibida la inactividad legislativa y la desatención del mínimo existencial, en este sentido son definitivos, ya que ese mínimo existencial no podría ser tocado por el Legislador.

Los derechos definitivos contendrían un mínimo esencial en la configuración de los derechos sociales, es decir: un mínimo de actividad legislativa, la satisfacción del mínimo existencial y el derecho al no retroceso en las prestaciones correspondientes al núcleo esencial de los derechos sociales.

La pregunta que se plantea es a qué se refiere el mínimo esencial, ¿es mínimo esencial mantener un sistema público de salud deprimido en que para intervenciones de mediana gravedad se debe esperar meses incluso años para ser atendidos, o, es mínimo esencial tener un sistema de educación que efectivamente permite cubrir el 100% de los alumnos de la educación básica y secundaria, pero que impide o deja

fuera del sistema educativo superior a una gran mayoría, y que además los deja muy poco calificados para el mundo laboral?.

#### IV.5. Los derechos sociales como derecho *prima facie*.

En esta teoría sobre los derechos sociales nos detendremos un momento ya que ha sido quizás la teoría sobre los derechos, o más bien sobre los principios y los derechos fundamentales, de las más influyentes en el último tiempo.

Esta postura señala que los derechos sociales son derechos *prima facie*, y vendría a solucionar los problemas de la teoría anterior en el sentido que los derechos definitivos no serían susceptible a restricciones, los derechos *prima facie*, por su parte, admitirían restricciones legislativas pero siempre y cuando sean proporcionadas, tanto económicas como de otros derechos fundamentales.

Aquí es donde entra en el juego el principio de proporcionalidad identificado por Robert Alexy. Pero desde la perspectiva de los derechos sociales el análisis de proporcionalidad toma el nombre de prohibición de protección deficiente, adquiriendo algunas particularidades especiales, pero en el fondo el análisis del principio de proporcionalidad es el mismo.

Bajo este sentido los individuos tienen *prima facie* un derecho no a un mínimo sino a todos los medios materiales necesarios para el ejercicio de sus libertades, derechos y necesidades. Pero ese máximo no es exigible de manera definitiva, si existen otros principios constitucionales o limitaciones materiales que lo impidan a través de la aplicación del principio de proporcionalidad en su versión de la prohibición de protección deficiente.

Para esta teoría los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y los principios son mandatos de optimización<sup>33</sup>, esto significa o quiere decir que, los

---

<sup>33</sup> Alexy, R, Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales, Revista Española de Derecho Constitucional, año 22. Número 66. Septiembre-Diciembre 2002, texto traducido por Carlos Bernal Pulido, [en línea] < <http://revistas.cepc.es/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjU2MzImaWRlPTlwMzcmaXJsPTlYmbmFtZTlSRURDXzA2Nl8wMTEucGRmJmZpbGU9UkVEQ18wNjZlMDExLnBkZiZ0YWJsYTlBcnRpY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg==>>, pag 13.

principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas<sup>34</sup>.

a) El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad<sup>35</sup> a su vez contiene tres subprincipios que son: el subprincipio de necesidad, el de idoneidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, los dos primeros expresan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas, en cambio, el último subprincipio se refiere a que ese algo sea realizado en la mayor medida posible pero en atención a las posibilidades jurídicas.

i) Idoneidad

El subprincipio de idoneidad es la versión jurídica del óptimo de Pareto donde optimización puede ser expresada en el sentido que una posición puede ser mejorada, sin que otra empeore. Es decir, habiendo dos principios en juego que colisionan, sería eficiente o mejor, que si se mejora una no empeore la otra.

Para ver los problemas que genera la aplicación de este principio seguiremos el mismo caso analizado por Alexy que señala como ejemplo<sup>36</sup>. El caso sigue así: un peluquero había puesto una maquina de tabaco en su local, por lo que fue multado en relación a una ley que exigía un permiso, que sólo podía ser otorgado si el solicitante demostraba, entre otras, el conocimiento técnico profesional indispensable para ejercer la actividad profesional que se trataba. Elevados los antecedentes al Tribunal Constitucional Federal este consideró inconstitucional aquella ley, porque en el caso del establecimiento en donde se había instalado la máquina de tabaco, la prueba de conocimientos comerciales específicos, vulneraba la libertad de profesión u oficio, la razón que habría esgrimido el Tribunal era que la prueba de conocimientos

---

<sup>34</sup> *Ibid.* pag 26.

<sup>35</sup> Para ver el análisis que ha hecho el Tribunal Constitucional chileno sobre el principio de proporcionalidad ver las sentencias Rol N° 1710-2010 y Rol N° 1399-2009. Para ver un trabajo reciente sobre el principio de proporcionalidad ver Carbonell M (coord.): *El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica*. Santiago, Librotecnia, 2010.

<sup>36</sup> Alexy, R, *Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales*. *op. cit.* pag 27.



comerciales específicos no era idónea para proteger a los consumidores de daños económicos o daños para la salud.

Aquí, según Alexy, en el análisis de idoneidad colisionan dos derechos fundamentales, la libertad de profesión y oficio y la protección de los consumidores. Y su análisis desde el óptimo de Pareto, se daría en que exigir la prueba de conocimientos técnicos impediría la realización de la libertad de profesión y oficio pero a su vez tampoco sería una forma idónea para la protección de los derechos de los consumidores, por lo tanto, como no podría mejorarse una posición (el derecho de los consumidores) sin desmejorar la otra (la libertad de profesión u oficio) mejor era no exigir la prueba de conocimientos al peluquero y de esta manera beneficiar ambos derechos o principios o no desmejorar a ninguno<sup>37</sup>. Aunque me merece dudas de que eliminar la exigencia de la prueba de conocimientos técnicos no desmejore el derecho de los consumidores, el argumento completo igualmente me merece dudas.

El problema es que el óptimo de Pareto no es una herramienta adecuada, ya que es ciego a las características de cada caso frente a las disyuntivas en la toma de decisiones, es ciego para tomar decisiones de carácter ético y por consiguiente decisiones de carácter jurídico<sup>38</sup>, porque en las decisiones que tomamos en el ámbito jurídico por estar mediadas por derechos, en un punto siempre o casi siempre vamos a terminar desmejorando una posición o principio en favor de otro, por eso decíamos que nos merecía dudas que la no aplicación de la prueba de conocimientos específicos no fuera a promover el derecho de los consumidores, en relación con el derecho a la salud, porque sencillamente el peluquero que no tiene conocimientos para la venta de tabaco infringe el sentido y fin de la norma, esta es proteger a los consumidores y por ende no habría una protección de su salud.

---

<sup>37</sup> *Ibid.* pag 27 y 28. Aquí quiero hacer una prevención, pues Alexy dice textualmente: “si se omite M no se originan costes ni para P2 ni para P1 y, en cambio, si se adopta M si resultan costes para P1.” Siendo M: la prueba de conocimientos técnicos, P1: la libertad de profesión u oficio y, P2: el derecho de los consumidores. Que no genere costes, y siguiendo el argumento de Alexy, puede interpretarse también en que por lo menos se promueven ambos principios sin desmejorarse ninguno.

<sup>38</sup> Con esto no quiero señalar una teoría que una la moral con lo jurídico, sino que ambas formas de argumentar comparten características comunes que por lo menos podemos decir se asemejan más de lo que se diferencian, e incluso muchas veces no se alcanzan a diferenciar.

Además, dijimos que el argumento de la idoneidad nos merecía dudas, porque si incluso sostenemos que, tomar una medida que mejore una situación sin desmejorar otra, no sirve para resolver problemas éticos (o jurídicos), por ejemplo, en el Chile del periodo 1925 a 1973 unos pocas personas eran dueños de toda la propiedad, a diferencia de la mayoría que no tenía, esta situación venía heredada de la época colonial, donde existía el derecho de mayorazgos, donde la propiedad se mantenía entre las familias que siempre fueron unos pocos, no obstante, que al nacer la República se hayan abolido los mayorazgos, la situación se mantuvo hasta las década de los setenta y más allá, esta situación junto con la reivindicaciones sociales generó que la gran masa de personas que no tenían propiedad comenzaran a reclamar sobre este hecho, produciéndose varias reformas agrarias, la primera con el gobierno de Alessandri, que pretendían redistribuir la propiedad, y el principal medio elegido fue la expropiación, la cuestión es que el gran problema que trajo fue que si queríamos mejorar la situación de la gran mayoría de la población necesariamente debíamos desmejorar la situación de los más ricos, dueños de la mayoría de la propiedad, el argumento del óptimo de Pareto como puede verse, en un caso como este no nos sirve, porque si efectivamente lo respetáramos no podríamos por ningún motivo desmejorar la posición de los ricos, dueños de toda la propiedad en favor de los todos los demás. El subprincipio de idoneidad viene a provocar el mantenimiento del *statu quo*.

La réplica en favor de la idoneidad, en el sentido que ésta no implica un punto máximo sino que es un criterio negativo que sirve para detectar qué medios no son idóneos, tampoco es efectiva, ya que, para determinar qué medios no son idóneos o no adecuados bastarían criterios de racionalidad en la argumentación. Que no podemos exigirle a un peluquero que pone en su establecimiento una máquina expendedora de tabaco conocimientos técnicos se debe a que la norma que exige estos conocimientos contiene en su supuesto de hecho que quienes se dedican a la venta de productos que son nocivos para la salud tengan las competencias para efectos de resguardar el derecho de los consumidores, el giro del peluquero es efectivamente la peluquería pero que pueda poner una máquina de venta de tabaco no significa que haya cambiado de rubro.

El ejemplo que señala Alexy es solucionable en sede legal y no es necesario pasar a buscar la solución en sede Constitucional, ya que de esta forma Alexy cae en la misma crítica que Bökenförde le hace y que Alexy trata de subsanar, la crítica dice que los derechos fundamentales entendidos como principios desplegarían sus efectos a lo largo del todo el ordenamiento jurídico, generando una eficacia expansiva a todo los ámbitos jurídicos y por ende ya lo contendrían todo y sólo bastaría concretarlos por medio de la ponderación. Esta concepción hace perder al Legislador de toda autonomía ya que todo estaría decidido a nivel constitucional, o visto desde la crítica contramayoritaria, la voluntad del Legislador se vería mermada por la decisión del Tribunal Constitucional órgano que no es representativo de la ciudadanía.

ii) Necesidad

El subprincipio de necesidad exige que entre dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado. Este subprincipio quizás podría ser una herramienta para la elección de medios, pero tiene igualmente la misma objeción que el subprincipio anterior: que no dice nada nuevo a criterios de racionalidad.

Para entender lo dicho anteriormente seguiremos el ejemplo propuesto de Alexy, que señala también la colisión entre la libertad de profesión y oficio y el derecho de los consumidores. El caso es que, existía una prohibición de circulación en el mercado, de dulces y confites que, teniendo cacao estuvieran hechos esencialmente de arroz inflado, el fin de la prohibición era la protección de los consumidores de posibles errores al momento de la compra. El Tribunal Constitucional consideró que la prohibición era constitucional, pero Alexy señaló que en este caso había otro medio igualmente idóneo pero menos gravoso para el derecho de los consumidores, este era etiquetar el producto para evitar los errores en la elección<sup>39</sup>.

La cuestión de este caso, está en que igualmente que el anterior ejemplo, este subprincipio no nos dice nada nuevo en la toma de decisión o en la elección, porque esta forma de elegir es un principio argumentativo más antiguo, más claro y menos

---

<sup>39</sup> Alexy, R, Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales, *op. cit.* pag 28.

confuso que el principio de necesidad, este es, la solución a los dilemas; como es bien sabido los dilemas consisten en argumentos disyuntivos en los cuales existiendo dos alternativas a elegir ambas nos conducen al mismo resultado (de preferencia indeseado), o si conducen a dos resultados diversos, ambos resultados son desagradables, impidiéndonos tomar una decisión. Pero resulta, que en la práctica el dilema tiene solución<sup>40</sup>, ya que, entre dos alternativas a elegir sus soluciones o resultados pueden tener pequeñas variaciones que le agregan un peso relativo diferente a cada elección, ejemplo típico es del político que dice que si la elección es hoy pierde, y si es en un año más también pierde, pero la diferencia del peso relativo de perder estaría en que si la elección es hoy perdería por un 30% pero en un año más sería el 60%, por lo tanto, la solución al dilema esta en elegir entre la alternativa menos mala. Efectivamente entre la prohibición de venta y la etiquetación, ésta última al parecer sería la menos gravosa o mala<sup>41</sup> para no restringir el derecho a la libertad de profesión u oficio.

Respecto al ejemplo, no nos parece que los medios elegidos sean “igualmente idóneos” para resguardar los derechos de los consumidores, al parecer la prohibición sería una forma efectiva de protección mejor que la etiquetación, porque impediría de cualquier forma el consumo de dicho producto (o lo intentaría en mayor medida posible), y sobre esto la solución del Tribunal es una solución que tiene que ver con razonar acerca del mismo producto y sus probables daños a la salud.

A este respecto, este caso se relaciona con otro que igualmente cita Alexy, este caso, que tuvo que ver el Tribunal Constitucional Federal Alemán, era sobre si la sanción penal de la producción, comercio y adquisición de productos de la *cannabis* era compatible con el derecho general de libertad y la libertad de la persona; la disyuntiva se daba en si la liberalización de la *cannabis* era más benigna para la

---

<sup>40</sup> Esto no quiere decir que todos los dilemas tengan solución, sino que algunos dilemas pueden tener solución revisando las particularidades del caso, y que en la práctica a los dilemas se intenta darles solución.

<sup>41</sup> En el caso propuesto por Alexy voy a omitir deliberadamente el hecho que la prohibición de venta y le etiquetación sean dos medios igualmente idóneos, ya que en el caso de la prohibición no cabe duda que el error en la elección del producto nunca se va a producir, en cambio, con la etiquetación puede producirse, por ejemplo, si esa etiquetación se encuentra en un idioma diferente al oficial, como ha ocurrido en Chile en varias ocasiones.

libertad, ya que podía impedir los peligros de la droga, en igual o mayor medida que la sanción penal.

El Tribunal resolvió que la sanción penal era adecuada, porque según Alexy y citando al Tribunal, los “conocimientos científicamente fundados que hablen necesariamente a favor de la corrección de una u otra alternativa<sup>42</sup>” concederían al Legislador la prerrogativa de apreciación y decisión para elegir entre varias alternativas potencialmente adecuadas, por lo que la elección en este caso, el Tribunal se lo dejó en manos del Legislador, pero Alexy no advierte que en definitiva la decisión que toma el Tribunal se funda en las características del producto (la *cannabis*), y más que concederle al Legislador su facultad de decisión (que también podría ser) viene a demostrar que entre el producto de arroz inflado y la *cannabis* hay una diferencia que hace imprescindible dar una argumentación diferente, pero relacionado sobre el producto mismo y sus posibles daños o consecuencias y las normas en conflicto, por lo tanto, la solución de uno podría ser diferente que la solución del otro.

Alexy, reconoce que el análisis de necesidad no siempre es tan fácil<sup>43</sup>, señala que debemos elegir el medio más benigno entre los dos igualmente idóneos, pero cuando necesitamos determinar cuál de los dos medios “igualmente idóneos” es más benigno con el derecho fundamental afectado sucede que la solución se nos pone cuesta arriba, y volvemos a lo mismo que el subprincipio de idoneidad, puesto que determinar cuál sistema de salud es más benigno, por ejemplo, con la libertad de las personas, entre un sistema público de salud y un sistema privado, no hay consenso en determinar cuál es más benigno.

iii) El principio de proporcionalidad en sentido estricto

Como lo habíamos adelantado, según la teoría de Alexy, los principios no solo exigen la mayor realización posible en atención a las posibilidades fácticas sino también en atención a las posibilidades jurídicas. De esto se encarga el principio de

---

<sup>42</sup> Alexy, R, Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales, *op cit.* pag. 29.

<sup>43</sup> *Ibid.* pag 29. dice expresamente: “Naturalmente, el examen de idoneidad y de necesidad no es siempre tan fácil como en estos dos casos analizados”.

proporcionalidad en sentido estricto, y éste solucionaría el problema de principios que juegan en sentido contrario.

Su formulación es la que sigue: cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro<sup>44</sup>. Esto sería igual a la ley de la ponderación.

El camino de la ponderación tendría tres pasos<sup>45</sup>, el primero es definir el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios, luego se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario, y al final se debe definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o no satisfacción del otro. Estos pasos tienen como presupuesto que se puede a lo menos medir (o pesar) la intensidad de satisfacción o afectación del principio. Asumiendo lo anterior es que Alexy cree hallar la forma de realizar una argumentación racional sobre los principios que juegan en sentido contrario, en un caso particular.

Para entender el principio de proporcionalidad hay que entender que Alexy se basa en que la argumentación que hay detrás de los principios es diferente al de las reglas, y a su vez, esto sería argumento para hacer la diferencia entre principio y regla. En este trabajo no vamos a entrar discutir directamente estos presupuestos o distinciones, efectivamente creemos que la argumentación sobre los principios difiere de la argumentación sobre reglas, pero no por las razones que ofrece Alexy, tampoco entraremos a explicar las razones que tenemos para diferenciar entre regla y principio<sup>46</sup>, sobre todo por razones de espacio, así que lo daremos por supuesto.

---

<sup>44</sup> *Ibid.* pag. 31, citando la Teoría de los Derechos Fundamentales.

<sup>45</sup> *Ibid* pag 32.

<sup>46</sup>Para ver un análisis sobre la distinción entre regla y principio véase Dworkin R: Los Derechos en Serio, Barcelona, Editorial Ariel, 2ª ed., 1989. Traducido por Marta Gaustavino. Aunque Dworkin se refiere a este caso para refutar la tesis de H. L. Hart sobre la norma de reconocimiento, también termina mostrando las diferencias entre las reglas y los principios. El caso comentado por el autor, resuelto por la Corte Suprema de Nueva York, *Riggs vs Palmer*, es el de una persona que dio muerte a su abuelo para que no cambiara su testamento y así conseguir heredar sus bienes; en ese tiempo, no existía ninguna norma que prohibiera heredar en ese caso, por lo que el Tribunal tuvo que buscar razones en principios para prohibir que la persona heredara, encontrando el principio que en nuestro derecho tomaría el nombre de que: nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

Pero de lo que si debemos hacernos cargo es del funcionamiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto como lo hemos hecho con los dos subprincipios de idoneidad y necesidad. Ahora veremos las graves deficiencias que tiene el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que de paso hará caer al principio de proporcionalidad en todo su conjunto.

Nuestra tesis es que el principio de proporcionalidad en sentido estricto no ofrece las garantías que señala Alexy, pues el método de la ponderación elude las verdaderas razones del caso que se deben argumentar, y hace perder el rigor argumentativo que requieren las resoluciones de los Tribunales, y en especial la fundamentación de las resoluciones de los Tribunales Constitucionales.

Ahora, el caso<sup>47</sup> que usa Alexy para argumentar a favor del principio de proporcionalidad en sentido estricto es uno resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el cual un oficial de reserva del ejercito parapléjico (y que había logrado volver al ejército para realizar un ejercicio) demandó a una revista satírica llamada Titanic por haberlo tratado en dos publicaciones como “asesino nato” y en otra “tullido”, alegando que dichas publicaciones constituían un atentado a su derecho al honor, siendo condenados los demandados a una indemnización, por lo que recurrieron al Tribunal Constitucional alegando que se veían resguardados por la libertad de expresión.

Nuestros argumentos en contra del principio de proporcionalidad en sentido estricto vienen en parte a seguir a Juan Antonio García Amado<sup>48</sup> quien realiza un análisis pormenorizado sobre los argumentos y el caso que acabamos de ver.

La tesis principal de esta autor es la siguiente:

“Cuando los tribunales constitucionales dicen que ponderan siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subsuntivo, pero cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo, pues dejan de

---

<sup>47</sup> Alexy R: Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales, *op. cit.* pag. 34.

<sup>48</sup> García Amado, Juan Antonio: El juicio de ponderación y sus partes. Una critica, en su: Derechos Sociales y Ponderación. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

argumentar sobre lo que verdaderamente guía sus decisiones: las razones y valoraciones que determinan sus elecciones interpretativas<sup>49</sup>.”

Lo que nosotros vemos del discurso que efectúa el Tribunal sobre este caso es que se refiere y ronda sobre dos expresiones que son las que presuntamente generarían la colisión entre los dos principios; una es la expresión “tullido”, que el Tribunal consideró que era ahí donde se hacía patente la humillación al soldado parapléjico, y es ahí donde habría un atentado al derecho al honor. Alexy dice que este atentado es grave, por lo tanto esto justificaría una restricción grave a la libertad de expresión de la revista, y de esta manera aplicar el principio de proporcionalidad en sentido estricto, pero no nota que una expresión de ese tipo que atenta contra el derecho al honor de esa forma en realidad no es parte de la libertad de expresión, ya que la libertad de expresión llega hasta que se vulnera la libertad de otros, y por lo tanto no habría colisión de derechos fundamentales, dicho de otra forma: su libertad de expresión llega hasta que no se vulnere su derecho al honor.

Ahora, cuando el Tribunal analiza la expresión “asesino nato” llega a la conclusión que es una expresión que según el contexto en que es expresada y las condiciones de su uso es de tipo satírica, aquí Alexy señala que habría una afectación del derecho al honor de intensidad media e incluso leve<sup>50</sup>, por lo tanto, nos hace surgir la pregunta de cómo una expresión que en sí no es ofensiva, sino que “fue interpretado en el contexto de las sátiras publicadas habitualmente por la revista *Titanic*<sup>51</sup>” puede ser un atentado al derecho al honor, aunque sea leve. Entender que las sátiras, en términos generales son un atentado a un derecho al honor es no entender el significado de sátira. Mal podría el Tribunal catalogar la expresión “asesino nato” dentro de la sátira y al mismo tiempo considerarla como un atentado al derecho al honor. En este caso, por lo tanto, tampoco existiría colisión que analizar. Juan Antonio García Amado lo expresa de la siguiente manera:

---

<sup>49</sup> *Ibid* pag. 250

<sup>50</sup> Alexy R, Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales, *op. cit.* pag. 35.

<sup>51</sup> *Ibid.* pag 34.



“...la conclusión es que dicha expresión no produce daño al honor, no que el daño sea pequeño, leve o poco relevante, etc. Dicha conclusión depende de la citada cadena de interpretaciones previas, no de una ponderación de grados de afectación positiva o negativa de los derechos<sup>52</sup>.”

Para entender la libertad de expresión como un derecho fundamental hay primero que entender como funcionan los conceptos.

Cuando jugamos un partido de ajedrez, los jugadores deben primero saber las reglas del ajedrez: que los peones se mueven de un casillero a la vez, que el caballo juega en L, que el objetivo del juego es dar jaque al Rey, etc. Luego, si en el juego yo transgredo las reglas, muevo un peón dos casilleros, mi oponente va a decir que no se puede, que no es una jugada valida, va retroceder mi peón, y me va a recodar la regla del juego; los conceptos como la libertad de expresión actúan igual que el juego del ajedrez, pues las reglas del juego determinan no sólo si transgredo las reglas, sino que definen si estoy jugando ajedrez o no, lo que hace confundir a las personas de que la libertad de expresión cubriría decir cualquier expresión, es que entienden que la libertad cubre todo, es similar al sentido de lo que dicen los conservadores de que la libertad no es libertinaje, la libertad de expresión también se define por reglas para poder decir hasta donde llega la libertad de expresión, por ejemplo, en la constitución y la ley, la libertad de expresión llega hasta que no se ofenda el honor de una persona, por eso, lo ordenamientos jurídicos contienen mayormente sanciones de tipo penal en caso de injurias o calumnias.

La cuestión es que la libertad de expresión hay que entenderla como una cláusula según la cual se diría que está permitido decir todo lo que se quiera pero sin vulnerar la misma libertad de expresión. Esto en una mirada rápida podría parecer redundante, pero comparado con el ejemplo sobre el ajedrez podría formularse de la siguiente manera para que se entienda: el ajedrez debe jugarse como se juega ajedrez y no damas u otro juego, porque si no se respetan las reglas del ajedrez estaremos jugando otro juego.

---

<sup>52</sup> García Amado Juan Antonio, El juicio de ponderación y sus partes. Una critica, en Derechos Sociales y Ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007. pag. 315.

Por lo tanto respetar las reglas de la libertad de expresión significa que no puedo vulnerar la libertad de expresión, es decir: decir que alguien parapléjico que es tullido es ofender a alguien, transgrediéndose la libertad de expresión, pero decirle en tono de burla, de sátira que es asesino nato es parte de la libertad de expresión.

El análisis al principio de proporcionalidad que hemos hecho, es uno en el cual necesitábamos desacreditar el uso del principio de proporcionalidad desde su formulación más básica, y utilizando los mismos ejemplos que ha señalado el precursor de esa teoría. Por lo que, creemos que de esa forma hemos mostramos claramente las deficiencias de este principio.

## **V.- Estructura de los derechos sociales, y sus implicancias.**

Ahora veremos a nuestro modo de ver cuales son las implicancias de las concepciones y estructura anteriores de los derechos sociales.

Como nota de advertencia a este apartado quisiéramos decir que no entraremos en el análisis de todas las posturas sobre la estructura de los derechos sociales porque ya lo hemos hecho. Pero terminaremos tocándolas todas de manera tangencial en el transcurso de este camino. Esto porque para los efectos de nuestra tesis basta la revisión de solo aquellas más significativas desde el punto de vista de nuestro análisis.

Por lo anterior, y antes de tratar el tema principal de esta tesis, creemos que es necesario analizar ciertas posiciones sobre la estructura de los derechos sociales y sobre todo su comparación con los derechos de primera generación, porque a partir de una concepción correcta sobre la estructura de los derechos podemos articular lo que será la tesis principal de esta memoria.

### **V.1. No hay diferencias estructurales entre los derechos sociales y los derechos de primera generación.**

Los autores que sostienen ésta tesis afirman que no hay diferencia en cuanto a su estructura entre los derechos de primera y de segunda generación<sup>53</sup>. Ya en el prologo del libro de Abramovich y Courtis escrito por Luigi Ferrajoli, este último afirma lo siguiente respecto de la tesis de los autores: “No existe entonces, sostienen Abramovich y Courtis, ninguna diferencia de estructura entre los distintos tipos de derechos fundamentales.” Y luego dice: “Ciertamente son justiciables, es decir, sancionables o a lo menos reparables, ante todo los comportamientos lesivos de tales derechos:”. Y lo que afirman los autores es lo siguiente: “...señalaremos la relatividad de la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales...”. Llegan a ésta conclusión argumentando que es falsa la distinción que

---

<sup>53</sup> Amramovich, V y Courtis Ch: Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Madrid, Trota, 2002. pag 10 y 20 respectivamente.

hace la doctrina clásica<sup>54</sup>, sobre los derechos fundamentales, entre obligaciones negativas y obligaciones positivas (que se vinculan con obligaciones de no hacer y hacer, respectivamente), siendo las obligaciones negativas típicas de los derechos de primera generación y las obligaciones positivas de las de segunda generación. Dicen que ambos derechos implican obligaciones positivas y negativas, dando una serie de ejemplos<sup>55</sup>. Por consiguiente ambos tipos de derechos son exigibles judicialmente. Luego afirman:

“En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revisten una importancia simbólica mayor para identificarlos”<sup>56</sup>.

Abramovich y Courtis buscan justificar la exigibilidad de los derechos sociales, y la manera en que lo hacen es concediéndoles el mismo estatus jurídico que los derechos de primera generación. Pero pareciera que las obligaciones positivas no sólo tienen una importancia simbólica para identificar a estos derechos sino que nos hace inclinarnos a pensar que es lo que los caracteriza. Creemos, no obstante, correcto que ambos tipos de derechos puedan contener los dos tipos de obligaciones (positivas y negativas), pero nadie puede dudar que las dificultades, en cuanto a su justificación y aplicación, no suceden con las obligaciones negativas, sino con las obligaciones positivas. Por lo tanto, las obligaciones positivas en los derechos sociales tienen una importancia más que simbólica para su identificación.

Lo que hacen Abramovich y Courtis es trasladar el problema de la justificación de la exigibilidad de los derechos sociales a la justificación de la exigibilidad de las obligaciones positivas, que son en definitiva las más problemáticas.

Estos autores nos dicen que lo problemático no viene de su estructura sino de cuestiones contingentes, cuestiones de tipo práctico y no teórico, debido a obstáculos

---

<sup>54</sup> Ver Alexy R: Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. pag. 446 a 454. Peces-Barba G: Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General. Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, reimpresión 1999. pag 459 a 461.

<sup>55</sup> Abramovich, V y Courtis, Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. *op. cit.* pag. 24 y 25.

<sup>56</sup> *Ibid.* pag. 25.

en que se ven imposibilitados o dificultados de ser justiciables, no obstante, de los obstáculos que señalan a lo menos dos de ellos, sino todos, pueden reconducirse a obstáculos de carácter teórico referidos a su estructura. Estos obstáculos son: 1) La indeterminación de la prestación debida; 2) La resistencia del poder judicial a resolver cuestiones de apariencia típicamente política; 3) La ausencia de mecanismos jurisdiccionales adecuados; y 4) La falta de una tradición cultural en orden a la justiciabilidad.

Sobre los obstáculos aparentemente prácticos: la indeterminación de la prestación lo analizaremos en el apartado VI.2., pero veremos que es un obstáculo de tipo teórico; la resistencia del poder judicial de resolver cuestiones de apariencia típicamente política es claramente un obstáculo teórico y lo veremos al tratar el apartado VI.3. cuando veamos la postura de Fernando Atria. Sobre los últimos dos obstáculos creo que caen por su propio peso al ser desacreditados los dos primeros.

En el problema con el que nos encontramos es el de identificar cuál es la estructura de los derechos fundamentales. Nosotros argumentaremos que sobre la estructura de los derechos fundamentales la distinción de obligaciones negativas y positivas para identificar un derecho fundamental no es adecuada o preferible, aun cuando sigamos la postura de Abramovich y Courtis en que ambos tipos de derechos contienen obligaciones negativas y positivas, sin embargo, con esto no queremos decir que la distinción entre obligaciones negativas y positivas no exista o sea baladí, sino simplemente que no es una distinción sobre la estructura de los derechos sino una distinción que se deriva, que se desprende de la forma de cada derecho, pero que esa no es su estructura.

El argumento que queremos sostener es el siguiente: la doctrina clásica dice que se identifica un derecho de primera generación si este genera exclusivamente una obligación de no hacer (al Estado), de abstención, mientras que los derechos sociales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas, de hacer, de brindar prestaciones. Pero esto no es tan así, ya que esa distinción, no está hablando sobre la estructura de los derechos sino de lo que se derivaría de la estructura. Producto de cierta estructura de los derechos, es que podríamos decir, se derivan obligaciones positivas u

obligaciones negativas. De manera análoga, comparémoslo con las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado. Cuando usted tiene una obligación de medio, esto no quiere decir que tenga un derecho estructuralmente distinto al de otra persona que tiene a su vez una obligación de resultado, es decir, ambas obligaciones tienen una estructura común: un deudor, un acreedor y un contenido determinado o determinable. En lo que difieren es en la forma de considerar cumplida la obligación: en las obligaciones de medio se considerará cumplida la obligación cuando el deudor haya hecho todo lo posible y necesario, empleando la suficiente diligencia, para conseguir un resultado deseado y determinado, pero sin necesariamente llegar a ese resultado, en cambio, en las obligaciones de resultado llegar a él es necesario para que se considere que la obligación se cumplió.

Lo mismo ocurre con las obligaciones positivas y obligaciones negativas relacionadas con los derechos de segunda y primera generación, si nosotros quisiéramos decir que estos derechos difieren en cuanto a su estructura tendríamos que decir, que, a lo menos alguno de los tres elementos de las obligaciones - deudor, acreedor y contenido - no existe o es diferente. La teoría clásica diría que es en el contenido donde difieren, porque el contenido de los derechos de primera generación se genera una obligación de no hacer y en los de segunda generación una obligación de hacer, pero afirmar esto sería como decir que la obligación del comprador de no vender la cosa dentro de cierto plazo con la obligación del mandatario de cumplir el encargo difieren en cuanto a su estructura.

## V.2. ¿El problema es uno de indeterminación?

Esta postura ha sido generalmente identificada con posturas sobre los derechos sociales que los consideran como normas programáticas, esto es, que le niegan todo carácter vinculante. Que no son fuente de deberes para el Legislador sino sólo programas que este podría desarrollar a su arbitrio, y evidentemente tampoco serían exigibles judicialmente<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Bernal Pulido C: Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a: “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria, *op. cit.* pag 119.

Dice que las normas sobre derechos sociales serían indeterminadas<sup>58</sup>, es decir, no obstante que, podría definirse que existe un fin determinado (derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo) no establecen cuales serían los medios para poder llevar a cabo el derecho en cuestión, teniendo en cuenta que hay una infinidad de medios. No establecería ni cuál es el medio ni el grado de cumplimiento del derecho. La vinculación de la tesis de la indeterminabilidad de los derechos sociales con que estos son normas programáticas es clara: determinar el contenido de estos derechos es una cuestión política y esto no lo puede decidir un juez, ya que ésta es tarea del órgano representativo por excelencia. Por lo tanto, lo único que puede significar la existencia de las normas sobre derechos sociales en las constituciones es un deseo de que tales fines se alcancen cuando el Legislador lo considere adecuado.

La tesis que sostiene que los derechos sociales son normas indeterminadas pone en el tapete de la discusión una cuestión importantísima, ya que si las normas sobre derechos sociales son indeterminadas, es decir, no se sabe cuál es el medio o los medios para llevarlos a cabo, los fallos de los tribunales sobre estos derechos no contendrían interpretación jurídica alguna, sino que están actuando como políticos<sup>59</sup>, o como lo dijo un profesor “son activistas disfrazados de jueces”.

Por un lado, lo que se le ha objetado a esta tesis es que las normas sobre derechos sociales no serían indeterminadas, “sino que no hay decisión política que pueda ser entendida y aplicada por un juez *en tanto juez*”<sup>6061</sup>. No se trataría de indeterminación, sino de un problema de falta de contenido, o de un contenido que aún no se ha determinado políticamente.

El argumento de la indeterminación, aun cuando en estricto rigor no sea claro, porque en el fondo pareciera que el problema de los derechos sociales no es que no estén determinados, viene a mostrar el déficit de contenido de las normas sobre

---

<sup>58</sup> Para revisar este argumento ver E – W Böckenförde: Teoría e Interpretación de los Derechos Fundamentales, en Id., Escritos sobre derechos fundamentales, Nomos, Baden – Baden, 1993, pag. 65 y sig.

<sup>59</sup> Bernal Pulido C: Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a: “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria, *op. cit* pag 120 y 121.

<sup>60</sup> Atria F: Réplica: Derecho y Política a Propósito de los Derechos Sociales, [en línea], <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/rplica-derecho-y-politica-a-proposito-de-los-derechos-sociales-0/>>, pag. 151.

<sup>61</sup> Atria F: ¿Existen Derechos Sociales?, *op. cit.* pag. 19 y 20.

derechos sociales, que la función hermenéutica de los jueces no lo podría suplir. Salvo que entendamos al derecho moderno de otra forma y vulgaricemos la cultura jurídica moderna. Como lo decía un autor sobre la vulgarización del derecho romano, este es el enfrentamiento entre “el derecho de la práctica y el derecho oficial del emperador”. Siendo agnósticos de los efectos de la vulgarización del derecho, de si es un retroceso o un avance, hay que reconocer que si les damos la facultad a los jueces de llenar (o determinar, si se cree en esa postura) el contenido de los derechos sociales estamos renunciando a la idea del derecho moderno, esto, en el entendido de que el juez es un aplicador de normas y no un pequeño legislador.

### V.3. Tesis de Fernando Atria.

No obstante que la tesis de Atria se la ha encuadrado dentro de la señalada anteriormente como una tesis programática de los derechos sociales<sup>62</sup>, en el sentido que los derechos sociales no podrían ser exigibles judicialmente, no cabe exactamente dentro de esa teoría, la principal razón de ello es que Atria, según lo que nosotros leemos de su tesis, no considera los derechos sociales como meras declaraciones de principio (programáticas) que sería deseable que el Legislador las cumpliera, quedando en su voluntad promoverlos o no.

No los considera programáticos por cómo entiende el concepto de obligación, pues obligar no sería sólo equivalente a ser exigible jurisdiccionalmente, sino que como bien lo expresa en que hay “algunos estándares jurídicos [que] obligan incluso si no hay juez que pueda controlar su cumplimiento, incluso si no hay ninguna sanción jurídica contra su incumplimiento<sup>63</sup>”, y señala como ejemplo cuando la Corte Suprema falla un recurso de casación en el fondo ¿está obligada por el Código Civil?

Atria anuncia su tesis al inicio de su trabajo diciendo:

“Sostendré que si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de

---

<sup>62</sup> Bernal Pulido, Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ¿Existen derechos sociales? De Fernando Atria. pag. 118.

<sup>63</sup> Atria F: Réplica: Derecho y Política a Propósito de los Derechos Sociales, *op. cit.* pag 152.



derechos sociales es una contradicción en los términos. Si queremos evitar esta conclusión debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos.”<sup>64</sup>

La contradicción se da en que la idea de derecho subjetivo implica un enfrentamiento del individuo en contra de la comunidad, en cambio, los derechos sociales tienen como sentido la misma comunidad, en que cada uno contribuye de acuerdo a sus capacidades y recibe de acuerdo a sus necesidades. Y si se intenta expresar los derechos sociales como derechos subjetivos se estaría negando la forma más humana que constituye la vida en comunidad.

Por eso es que Atria dice que los derechos sociales deben expresarse (rescatarse) a través de un concepto político de los derechos, e insinúa que podrían obligar al igual que los estándares en que no haya juez que pueda controlarlos y aun cuando no haya sanción por su incumplimiento.

Luego, y entrando en la estructura de los derechos, dice lo siguiente: “Los derechos que hoy llamamos de “primera” generación tienen una peculiaridad: la especificación completa del contenido del aspecto *activo* de esos derechos es *al mismo tiempo* una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Al determinar quién tiene derecho a qué queda también determinado, tratándose de estos derechos, quién tiene qué deber.” Y luego dice que su importancia radica en que: “Para especificar su contenido tanto activo como pasivo es suficiente atender a la posición del individuo aislado. Pero los derechos sociales son radicalmente diversos en este sentido. La especificación del contenido de su aspecto activo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Ella no incluye información ni sobre quién es el sujeto obligado ni sobre cuál es el contenido de su obligación. La respuesta a esta pregunta sólo es posible una vez que los individuos viven en comunidad,”<sup>65 66</sup>

---

<sup>64</sup> Atria F: ¿Existen Derechos Sociales?, *op. cit.* pag. 15.

<sup>65</sup> *Ibid.*. 19 y 20.

<sup>66</sup> Solo como prevención: cuando Atria se refiere a que los derechos de primera generación basta atender al individuo aislado no quiere decir que no haya pluralidad de individuos, porque la existencia del otro es requisito *sine qua non*

La tesis de este autor creemos que desglosa la estructura de los derechos fundamentales, además, es coherente con la noción de derecho subjetivo, en el sentido que si entendemos el derecho moderno tal como es y no lo que queremos que sea, el individuo al argüir un derecho se enfrenta en contra de la comunidad haciendo valer su interés particular, sin que le importe la idea de forjar una comunidad de vida mejor. Por lo que si intentamos traducir los derechos sociales al lenguaje de los derechos traicionaremos su sentido comunitario. A lo que se refiere Atria es que los derechos sociales expresados como se han expresado: como derechos subjetivo, es lo que en definitiva ya había dicho Villey sobre la noción de derecho subjetivo: “Se los invoca a favor de las mujeres, de los hijos naturales, de los negros, pero nunca a favor de todos sino que en realidad en contra de todos.<sup>67</sup>”. Invocar un derecho a favor de todos sólo se puede hacer cuando el hombre vive en comunidad y de ahí deviene el problema: invocar un derecho a favor de todos puede y tiene diferentes formas de asegurarlo dependiendo de la postura que se asuma: una persona de derecha cree que la mejor forma de asegurar el derecho a la salud es con un sistema privado, en que las partes negocien sus cláusulas, concediéndoles la libertad en la elección del sistema de salud, en cambio, una persona de izquierda entiende el sistema de salud como un sistema público, de preferencia gratuito, en que todos puedan acceder a él<sup>68</sup>.

Pero volviendo a la estructura, el problema en los derechos sociales no es que sean indeterminados, sino que no existe contenido para que el juez lo aplique, en tanto juez. Y a esto es lo que se enfrenta la mayoría de la Jurisprudencia y doctrina cuando intenta aplicar un derecho social, buscan darle un contenido realizando un trabajo hermenéutico, pero la hermenéutica es una herramienta para buscar el sentido de las normas y no fijar un contenido que aún no se ha determinado.

La estructura de un derecho para este autor se determina si contiene tres elementos que se pueden deducir de la especificación del contenido activo del

---

para hablar de derecho. Lo que dice Atria es que para determinar el contenido del derecho basta al individuo aislado. Cft. Atria F: Réplica: Derecho y Política a Propósito de los Derechos Sociales, *op. cit* pag 149.

<sup>67</sup> Villey M: Los orígenes de la noción de derecho subjetivo, en M Villey: Estudios en Torno a la Noción de Derechos Subjetivo. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976. Traducido por A Guzmán, pag 243. El subrayado es nuestro.

<sup>68</sup> *Supra* ver nota al pie 17.

derecho, que podemos simplificar en: un acreedor, un deudor y el contenido determinado o determinable.

El contenido de la obligación se concentra tanto en el deudor como en el acreedor. Si pensamos en el número 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica de Chile sobre el derecho a la libertad personal y la seguridad individual, sabemos que usted (contenido del acreedor) tiene el derecho de trasladarse de Santiago a Concepción<sup>69</sup> y que todos los demás (contenido del deudor) no pueden interferir u obstaculizar este desplazamiento sin violar el derecho, evidentemente siempre que no este autorizada por una norma legal. Pero, qué ocurre con un derecho social. Pensemos en el derecho a la salud, respecto de esto se nos complica la respuesta, ¿todos tenemos derecho a la salud?, ¿o quizás sólo tienen derecho a la salud los más pobres?. Supongamos que la norma disponga que todos (acreedores) tenemos derecho a la salud, luego viene la pregunta: ¿a qué calidad de salud tenemos derecho?. En este punto las preguntas se multiplican. La problemática está en que aun cuando se pueda determinar el acreedor y el deudor<sup>70</sup> el contenido queda en la penumbra. En el caso del sistema de salud de Chile en que coexisten el sistema privado y el sistema público de salud, que tienen dos estatutos jurídicos diferentes. El sistema privado, no obstante que la jurisprudencia a reconocido que también cumple una función pública, deben congeniar ambos intereses (públicos y privados), en este sentido podríamos decir que las Isapres tienen un derecho a obtener ganancias de su negocio, y por eso se les concede la facultad de negociar los contratos con sus afiliados, e incluso pueden no afiliar a determinada persona que no cumpla con los requisitos de ingreso al sistema considerando los costos del tal persona. Pero por otro

---

<sup>69</sup> Se deja constancia que sobre este ejemplo nos referimos exclusivamente a la libertad ambulatoria o de desplazamiento, no obstante que se pueda llegar a interpretar esta libertad personal de varias otras formas, pero para efectos del ejemplo hemos debido acotarlo.

<sup>70</sup> Por ejemplo, la Corte Suprema fallando recursos de protección sobre si era obligación de la Isapre prestar un tratamiento farmacológico para un cáncer, que de negarse lo más probable era la muerte, y que no se encontraba cubierto en su plan de salud. La Corte determinó que la Isapre era deudora determinada para dar la prestación. Lo que llama la atención es que hace recaer en un privado una cualidad de institución Pública (la protección de salud), esto por la función pública que desempeñaría según la Corte. Es el Estado el que tiene el deber de promover y proteger la salud. El razonamiento de la Corte es que como a los privados se les concede una función que en principio era privativa del Estado, pero que en razón del principio de subsidiaridad ellos deben cumplir, también deben cumplir con la protección de la salud, véase las sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago carátula “Legal Vega Cecilia Soledad del Carmen con Isapre Consalud”, Rol N° 797/2009, y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción carátula “Carmen Monsalves Cuevas contra Isapre Consalud”, Rol N° 53/2007.

lado, como cumplen una función pública la pregunta que se formula a continuación, es a qué deben atenerse para cumplir con esa función, o dicho de otra forma, el derecho a la salud consagrado constitucionalmente qué significa para las Isapres. Una de las respuestas que ha dado la Jurisprudencia es que deben suministrar un medicamento que aun cuando no esté expresamente incluido en su plan de salud es obligación de ellas en razón de la función pública que se les ha encomendado por la constitución<sup>71</sup>. Luego la pregunta es, a qué más estarán obligadas las Isapres en relación al derecho a la salud que les puede imponer la jurisprudencia.

Por otro lado, los afiliados tienen el derecho a elegir libremente el sistema de salud al cual acogerse. A pesar de sus altos costos para los afiliados el sistema privado tiene buena calidad, en cambio, en el sistema público no es así. Además, que la libertad de elección para las personas que están en el sistema público se ve reducida, ya que el sistema privado significa un sistema más caro. Frente a esta situación vuelve a plantearse la pregunta de qué es lo que asegura el derecho a la salud. Como son las cosas, pareciera que el sistema público asegura una salud mediocre y el sistema privado uno de calidad. O en términos más fuerte: el que paga tiene un derecho de mejor calidad. Pero los derechos o se tienen o no se tienen, si unos pudiesen tener un derecho de menor entidad que otros el derecho como sistema no satisfaría su pretensión de igualdad y generalidad.

#### V.4. ¿Cuál es la estructura de los derechos sociales?

Aunque ya lo habíamos adelantado, la estructura de los derechos fundamentales no escapa a la estructura de cualquier derecho: un deudor, un acreedor y un contenido determinado o determinable<sup>72</sup>. Ocurre que los derechos fundamentales tienen una particularidad: la contraparte es el estado. Lo que queremos decir, es que en los derechos sociales la diferencia no está en el contenido de la obligación sino en la posición en que se encuentra una de las partes, en los derechos sociales la

---

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> Podría objetarse que en este caso decir, deudor y acreedor, pues es contraproducente con normas de derecho público, donde por un lado lo que hay son ciudadanos, y por el otro, estaría el Estado, quien tiene la obligación de garantizar los derechos sociales; pero la expresiones que decidimos usar es una abreviatura para evitar decir ciudadano que tienen los derechos sociales y el Estado quien tiene el deber de prestar los derechos sociales.

contraparte es el Estado. Esto obliga a relacionar la función que han tenido los derechos con el estado, pues como se dijo los derechos de primera generación cumplían una función de impedir que el estado interfiriera en los derechos de los individuos, en cambio, sobre los derechos sociales la función que cumplían los derechos era promover ciertos fines que partieron siendo reivindicaciones sociales.

Como afirmábamos con anterioridad producto de cierta estructura es que se derivarían de los derechos fundamentales ciertas obligaciones (negativas y positivas). Esta afirmación debe entenderse desde un punto de vista histórico-conceptual, los derechos de primera generación efectivamente nacen con el objeto de limitar las intromisiones que pudiera realizar el Estado sobre los individuos, por lo que se consideró que las obligaciones que generaban estos derechos eran obligaciones de abstención del Estado, de no hacer. Posteriormente nacen los derechos sociales, como reivindicaciones sociales en que el Estado debía tener una actitud activa, que implicarían una actividad del Estado. Lo que ocurrió fue que las obligaciones positivas en los derechos de primera generación no eran obligaciones que se consideraran obligaciones justiciables, es decir, si los derechos de primera generación como el derecho de propiedad generaban una obligación negativa de no hacer (no perturbar la propiedad) por parte del estado, la obligación para generar las condiciones de que esto no ocurriera, como por ejemplo crear el sistema registral de la propiedad que permitiría tener certeza y seguridad sobre la propiedad que se tenía, no generaba una obligación positiva para el Estado, ni menos un derecho de los individuos para exigir del estado la creación de un sistema que asegurara la propiedad, esto se debía a la concepción que se tenía sobre las prerrogativas que tenía la Administración y el Legislador, de cómo y cuándo iban a establecer aquel sistema para asegurar el derecho de propiedad, esto no era ninguna novedad, ya que no daba lo mismo cuál sistema registral si iba a ocupar. Como se nota, la problemática se encuentra en lo qué se ha entendido por obligación positiva que tiene el Estado, el desacuerdo no se encuentra en los fines, pues es muy probable que todos hayan estado de acuerdo en que se debía mejorar el sistema registral para efectos de asegurar el derecho de propiedad, pero el desacuerdo se daba en cual era el mejor sistema para asegurarla. En los derechos sociales ocurre lo mismo, el desacuerdo esta en los medios y no en los fines, más aún si tenemos en

consideración que las obligaciones positivas sería lo que caracterizaría los derechos sociales. Por eso decimos que lo problemático en los derechos sociales está en la justificación y justiciabilidad de las obligaciones positivas.

Pero entonces ¿qué es lo que ocurre con los medios?. Se suele colocar como ejemplo, sobre que en la consecución de fines no importaría el medio para alcanzarlo, sino que lo que importa es alcanzar el fin, el típico ejemplo se refiere a la estructura de los deberes positivos como los llama Alexy<sup>73</sup>, el ejemplo dice que si se encuentra ordenado rescatar a una persona que se esta ahogando, y esto es posible de varias maneras: nadando, lanzándole un salvavidas o con un bote, del deber de rescate no se sigue que las tres medidas deban ser adoptadas, ni tampoco se sigue que se deba tomar una sola de esas medidas, basta con la elección de cualquiera de ellas para la consecución de salvar al ahogado.

La pregunta aquí es ¿qué es o cuál es la diferencia en los derechos sociales?, es decir, ¿se puede aplicar el ejemplo anterior a los derechos sociales?, ¿hay diversas formas o medidas para la consecución de los derechos sociales?, quizás en la estructura lógica es igual al del ejemplo, pero esto no es una ecuación matemática, la lógica es una herramienta argumentativa que nos da certezas sobre el razonamiento que hacemos pero hay que entenderla en el contexto de las cosas, la pura lógica no nos da una respuesta. Si usted es de derecha creerá que la mejor forma de asegurar el derecho a la educación es a través de un sistema privado con subsidios para los más pobres, en cambio, si es de izquierda el derecho a la educación deberá ser asegurado con un sistema público de carácter gratuito y para todos por igual. Cualquiera de estas posiciones no es indiferente para asegurar el derecho a la educación. El medio no es tampoco indiferente a como entienden unos el derecho a la educación, en el caso del ejemplo del ahogado, no obstante podamos tener diferentes concepciones sobre la vida nadie va a dudar del medio a usar.

El tema es que la elección del medio determina como se lleva a cabo el fin, porque al fin no se llega a un resultado concreto, es un proceso más complejo, no es

---

<sup>73</sup> Alexy R: Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales, *op. cit.* pag. 25

como en el ahogado: salvar la vida. En los derechos sociales el resultado del fin no es brindar educación, es responder a la pregunta de qué educación quiero dar, que tipo de educación, la respuesta no puede ser sólo educación de calidad, ya que nadie dudaría de que es un fin legítimo que la educación sea de calidad, la respuesta a la pregunta a qué tipo educación queremos aspirar se responde con los medios que queremos emplear para conceder esa educación, si quiero una educación que refleje la segregación de la sociedad basta ver el sistema chileno de educación que quien paga 10 tiene educación de 10 y el que paga 100 tiene educación de 100, sin posibilidad de inclusión social, en cambio un sistema de educación gratuito obligatorio y público...significa expresar que la forma que pretendo educar es una en la cual todos podamos aprender de los demás y ayudarnos mutuamente<sup>74</sup>. Para este tipo de problemas Alexy cree hallar la solución a través del principio de proporcionalidad ponderando los principios en colusión, sobre esto ya se habló en el apartado V.5.a)., que el juicio de proporcionalidad en realidad no da ninguna solución satisfactoria.

---

<sup>74</sup> Aunque pueden haber otras formas de mostrar el problema de que la forma de llevar a cabo el medio determina al fin que quiero llegar, los ejemplos tomados son sólo para ejemplificar, valga la redundancia.

## **VI.- ¿Cuáles derechos son sociales?**

Para determinar qué derecho son o no sociales, generalmente se ha utilizado la categoría de derecho a prestación para poder identificarlos, de esta manera se distinguirían de los derechos a defensa o acciones negativas, por lo tanto al identificar que un derecho requiere una acción positiva para su realización se concluye que es un derecho social, pero como veremos esto no es tan así.

Aun cuando las diversas acepciones tienen importantes diferencias que en lo importante no generan mayores problemas, mucho más problemático es el tema de qué derechos podemos atribuir a los derechos sociales, el catálogo tampoco es muy grande, pero a la hora de agregar uno o sacar otro las discusiones se multiplican, como ocurre con el derecho al debido proceso, pues hay algunos autores que lo consideran como un derecho social debido a que implicaría una acción positiva del Estado por tanto un derecho a prestación, o sea, la obligación del Estado sería la de garantizar un debido proceso. Hay otros autores que consideran que el derecho al trabajo debería ser excluido del catálogo de derechos sociales ya que implicaría asegurar a todos un puesto de trabajo, algo que –honestamente– nadie aceptaría.

Lo que ocurre con el debido proceso no es que nosotros tengamos un derecho subjetivo a un debido proceso legal, quizás en una primera mirada pareciera que sí, el debido proceso legal significa que si el Estado quiere vulnerar derechos y garantías de los individuos la única forma de hacerlo es respetando un debido proceso, por lo que en consecuencia a lo que se obliga el Estado al instituir el debido proceso no es a una acción positiva sino que a una acción negativa de no vulnerar el debido proceso al momento de vulnerar los derechos y garantías de los individuos, por ejemplo, si se condenara a un imputado sin la presencia de un abogado defensor se estaría vulnerando el debido proceso, porque se estaría vulnerando el derecho a defensa letrada que es un derecho que es parte del debido proceso (valga la redundancia), por lo tanto nosotros no es que tengamos un derecho a una acción positiva del Estado sino que a una acción negativa de que el Estado no interfiera en nuestros derechos y que si lo hace debe respetar el debido proceso, dicho en relación al ejemplo, el Estado solo



puede llevar a proceso a una persona y condenarla cuando haya respetado el debido proceso.

Por esa razón, es que no podemos considerar al debido proceso como un derecho social en el sentido que los derechos sociales los identifiquemos con derecho a una acción positiva del Estado. Decir que el Estado tiene la obligación (positiva) de brindar un debido proceso sería como decir que el Estado tiene la obligación (positiva) de promover el bien común, y que por lo tanto promover el bien común es un derecho social.

Respecto de lo que ocurre con el derecho al trabajo es diferente, pues hay autores que dicen que si implica una acción positiva del Estado esto significaría que todos tendríamos derecho a un puesto de trabajo, pero esto es una interpretación que tiene por objeto excluir al derecho al trabajo del catálogo de los derechos fundamentales, ya que como se dijo anteriormente, nadie honestamente estaría de acuerdo a que todos tuvieran asegurado un puesto de trabajo, y por lo demás, las razones de carácter económico que descartarían una posibilidad de este tipo.

Lo que pasa es que el trabajo no es un fin en sí mismo sino un medio<sup>75</sup>, es un medio para conseguir otro medio, que es el dinero, que es la forma de conseguir cosas en las economías de mercado; por otro lado mi trabajo, el de usted y el de todos lo que trabajan, es un medio donde cada uno contribuye a las necesidades de los demás, es decir, nuestro trabajo es el medio para que otros puedan conseguir cosas, por lo que mi contribución y la de usted al mercado es una contribución a la satisfacción de las necesidades de las personas y a la sociedad total. Estas dos contribuciones: para mí mismo y para la sociedad, es especialmente característico del trabajo que lo ha hecho merecedor de consagración Constitucional, y desde ese punto de vista el derecho al trabajo puede ser interpretado como un derecho *prima facie* según el cual se tiene derecho a todos los medios materiales necesarios para el ejercicio de sus libertades, derechos y necesidades. Pero ese máximo no es exigible de manera definitiva, si

---

<sup>75</sup> Esto no quita que el trabajo pueda ser un fin en sí mismo, pienso en un músico o en un artista que su trabajo no es un instrumento para alcanzar otra cosa sino que se contenta solo con trabajar como músico o artista.

existen otros principios constitucionales o limitaciones materiales que lo impidan a través de la aplicación del principio de proporcionalidad en su versión de la prohibición de protección deficiente, que se verá más adelante<sup>76</sup>, y de esta manera evitar conclusiones implausibles como que el derecho al trabajo implicaría la obligación del pleno empleo<sup>77</sup>.

Esto es solo para ilustrar las falencias de cómo se han entendido los derechos sociales, además, que en definitiva nosotros plantearemos que para mirar a los derechos sociales debe considerarse como un compromiso que tiene la sociedad para con sus ciudadano en cuanto tales, y desde ahí podemos señalar cuáles son los derechos que efectivamente son o no sociales, éste sería el criterio para identificarlos, mas que apelar a obligaciones positivas y negativas, porque las obligaciones positivas pueden ser indiciarias de que estamos frente a un derecho social, pero puede llevar a conclusiones erradas como las arriba vistas.

---

<sup>76</sup> Esta es una forma de ver el derecho del trabajo, no cabe duda que pueden haber diversas interpretaciones, lo que importa acá es mostrar la discusión que se ha venido dando en cuanto a qué derechos entendemos son o no sociales, y la pregunta que esta más de fondo, cual es el criterio para determinar qué derecho es social o no, o si existe algún criterio diferenciador.

<sup>77</sup> Aunque más adelante veamos que el principio de proporcionalidad tiene graves deficiencias al momento de aplicarse a un caso concreto, queremos mostrar con lo dicho, que el derecho al trabajo puede ser interpretado desde otra perspectiva que permita llegar conclusiones no implausibles.

## **VII.- La libertad como fundamento de los derechos sociales**

Una vez hecho el derrotero anterior nos queda analizar el concepto de libertad que subyace a los derechos fundamentales de primera generación, en especial nos referiremos al **(1)** concepto de libertad formulado por Isaiah Berlin: la libertad negativa. Veremos como ese concepto **(2)** permea los derechos de primera generación, siendo su principal fundamento. **(3)** Pero a su vez la libertad negativa es un argumento en contra de los derechos sociales. No obstante esto, argumentaremos que el concepto de libertad negativa **(4)** puede entenderse de otra forma que como ha sido entendido, incluso asumiendo que la libertad es ausencia de interferencia. Cohen nos mostrará que el concepto de libertad negativa como no interferencia de otras personas, puede incluso abarcar la falta de dinero, pues el dinero más que una cosa material es una construcción social, por lo tanto, cuando alguien no puede acceder a cierto beneficio público (educación, salud, vivienda, trabajo) porque otra persona exige o solicita dinero por ello está interfiriendo en su libertad. Además, **(5)** el falso conflicto entre libertad y seguridad económica (derechos sociales) se desenmascará, pues el aseguramiento de estos últimos no implica necesariamente un recorte de libertad, y si lo hay, solo se referiría a un recorte de libertad de los más ricos (libertad en su derecho de propiedad) en favor de los pobres<sup>78</sup>.

Pero antes para entender sobre lo que escribió Berlin es una necesidad argumentativa hablar de Berlin, y a diferencia de lo que ocurre con las ciencias naturales (física, química, matemáticas), es importante saber quién fue y cuándo y dónde y en qué circunstancias históricas vivió. En las ciencias sociales es fundamental

---

<sup>78</sup> Es importante tener en cuenta que quitarle a unos pocos (los ricos) para dárselos a los otros (los pobres), la que podría llamarse teoría de Robin Hood, podría considerarse moralmente reprochable pues se enfrenta a la pregunta de cuál es la base moral para quitarle a unos y dárselo a los otros, posturas como la de Robert Nozick consideran inmoral distribuir bienes a partir de una teoría como esa, el argumento que usa es que si una persona que trabaja y con eso adquiere una cosa, que luego pasa a otra es darle gratuitamente el trabajo de uno a otro, y de esa forma se estaría utilizando a las personas como medios y no como fines. Nozick R: Anarquía, Estado y Utopía. México, Fondo de Cultura Económica, 1988. Traducido por R Tamayo. pag.44, 173 y 174. Aunque hoy hay acuerdo en que la carga impositiva para que sea justa debe ser de carácter progresiva en la cual los que más ganan deben pagar más impuestos y los que menos ganan deben pagar menos, no es menos cierto que en los países latinoamericanos esto es aún una meta a alcanzar. La razón más poderosa para no aumentar la carga tributaria a los más ricos es una razón económica, pues un aumento de impuestos a los ricos, o dicho de otra forma, una notable rebaja, es un incentivo a estos para invertir en nuestros países, de manera que el empleo y el dinero invertido mejoren las condiciones del país, el problema de esto es que la carga tributaria la terminan asumiendo la clase media y los pobres, esto toma el nombre de un sistema tributario de carácter regresivo.

saber el contexto, el texto es importante y muy importante, pero el con-texto nos sitúa el discurso, por ejemplo, no se entendería la postura de Hobbes de la construcción del Leviatán si no tuviésemos conocimiento que él vivió en un contexto histórico en que las monarquías Europeas habían entrado en un desorden y habían perdido legitimidad, donde además se había excluido a un sector de la sociedad que en ese momento había adquirido mucha importancia (la burguesía), y la nobleza quería mantener sus prerrogativas, por lo tanto cuando queremos estudiar ahora a Berlin tenemos que explicar, aunque sea brevemente, el contexto histórico en que vivió para efecto de que explique sus concepciones.

Berlin, quien nació en 1909, en la ciudad de Riga, Letonia, judío, estudió y fue profesor en Oxford llegando a ser Chichele Professor, vivió dos de los acontecimientos más lamentables de la humanidad, el paso de dos guerras mundiales, en las cuales hubo no solo un enfrentamiento de tropas sino de ideas, confrontándose dos grandes formas de entender el mundo, y dos formas de entender al ser humano, que no dejó indiferente la manera de pensar del autor, moldeando su manera de pensar. A Berlin le toco vivir en un mundo (de Occidente) dividido entre dos: entre el capitalismo Norteamericano y el socialismo Ruso. Vivía en ese entonces en Inglaterra y no pudo escapar, había que definirse por uno de esos dos bandos, además, el que se definía por uno tenía que dar argumentos de por qué el otro no era una buena sino una mala elección. Berlin se definió por un término medio, la socialdemocracia.

Como todos saben, luego de terminada la segunda guerra mundial ambas megapotencias se enfrentaron ahora en una guerra de poder ideológico: la guerra fría, y en ese contexto es que Isaiah Berlin ofrece una conferencia, en octubre de 1958, como *Inaugural Lecture* en la Universidad de Oxford, donde realiza la célebre distinción entre la libertad negativa y la libertad positiva.<sup>79</sup>

**(1)** En el ensayo sobre Dos Concepto de Libertad Berlin parte señalando que hay dos ideas opuestas (téngase más que presente los párrafos anteriores) que

---

<sup>79</sup> Berlin I: "Dos Conceptos de Libertad", en Libertad y Necesidad en la Historia. Madrid, Revista de Occidente, 1981. Traducido por Julio Bayón. El texto traducido es de la edición de *Four Essays on Liberty* (1969).

responden a la pregunta sobre los límites a la coacción, dice que el tema y el problema central de la política es: “el problema de la obediencia y de la coacción, ¿Por qué debo yo (o debe cualquiera) obedecer a otra persona? ¿Por qué no debo yo vivir como quiera? ¿Tengo que obedecer? Si no obedezco ¿puedo ser coaccionado? ¿Por quién, hasta qué punto, en nombre de qué, y con motivo de qué?<sup>80</sup>. Las respuestas a estas preguntas, sigue Berlin, han sido diferentes y antagónicas, una es la libertad negativa y la otra la libertad positiva.

Sobre el concepto de libertad positiva cabe mencionarlo sucintamente para ilustrar más aún el contexto de la discusión que estamos viendo. Este concepto se construye a partir del deseo del individuo de ser su propio dueño, de no ser esclavo de ningún hombre, pero ante esto surge la pregunta que ¿no pudiera ser que fuese esclavo de la naturaleza o de sus propias desenfrenadas pasiones?, esta pregunta hace generar un desdoblamiento del ser en dos yo, uno vinculado con la razón, el yo “verdadero” o “ideal” o “autónomo”, y un yo vinculado a las pasiones un yo “empírico” o “heterónimo”. De este desdoblamiento se seguiría que habría personas que, debido a que están guiados por la razón y que otros están guiados por las pasiones, tendrían la prerrogativa e incluso el deber moral (racional) de guiarlos usando aun la fuerza. Dicho de otra forma se concibe coaccionar a otros por su propio bien, no en interés nuestro, sino en el interés del otro, porque nosotros sabemos verdaderamente lo que ellos necesitan y lo sabemos mejor que ellos mismos<sup>81</sup>.

Lo que implica el concepto de libertad positiva es un argumento para coaccionar a las personas invocando que lo que realmente quieren no lo saben ni lo pueden saber porque están siendo guiados por el yo empírico y pasional, por lo tanto errado, y que nosotros los racionales sabemos mejor que ustedes lo que realmente quieren.

Este concepto sería el que argüirían los que sostienen gobiernos de corte totalitario, donde existe un control de la mayoría de las esferas de la vida de los

---

<sup>80</sup> *Ibid.*, pag 136.

<sup>81</sup> *Ibid.* pag. 146.

individuos, y donde gobierna un pequeño grupo de iluminados por la razón que detentan el poder para guiar a los que se gobiernan por las pasiones.

La forma opuesta de respuesta a la pregunta sobre los límites de la coacción es el concepto de libertad negativa, fíjese que Berlin practica la distinción usando la palabra “opuestos” entre la libertad negativa y la libertad positiva. Si los dos mundos en que vivió Berlin no se hayan mostrado tan opuestos quizás su manera de pensar no lo hubiese llevado a concluir que un concepto es la antípoda del otro, espero no se malentienda lo que pretendemos explicar, no se está hablando en favor de la libertad positiva, sino mostrar como Berlin nos presenta el concepto de libertad negativa como la solución, y lejos de las implicancias totalitarias del concepto de libertad positiva, pero como se verá más adelante el concepto de libertad negativa aun cuando haya sido un avance en evitar los totalitarismos, no es un avance en cuanto a la distribución de la libertad, o como lo diría Berlin, en la libertad en sí misma.

Pero entremos al concepto de libertad negativa. Éste se construye a partir del concepto de coacción, y a su vez la coacción se define como una interferencia, obstaculización o un impedir hacer, pero por coacción se entiende una interferencia no de cualquier tipo, sino que una interferencia de otra u otras personas: “la coacción implica la intervención deliberada de otros seres humanos dentro del ámbito en que yo podría actuar si no intervinieran<sup>82</sup>”. La interferencia que proviene de otra cosa que no sea una persona no es coacción sino incapacidad, falta de recursos o falta de medios. Aunque luego volveremos sobre este punto, solo cabe resaltar que la falta de dinero o recursos son consideradas como condiciones para el ejercicio o uso de la libertad y no genera coacción, también, la ceguera de una persona o la imposibilidad de infringir las leyes de la naturaleza no es causa de interferencia que produzca coacción puesto que aquí habría incapacidad.

En resumen, la libertad se definiría de forma negativa como la falta o ausencia de interferencia, entendiéndose que hay interferencia cuando otra(s) persona(s) impide(n) u obstaculiza(n) hacer algo.

---

<sup>82</sup> *Ibid*, pag. 137.

Pero para Berlin, otra cosa son las condiciones para el ejercicio de la libertad, y aunque la libertad es prioritaria, estas condiciones deben ser aseguradas, ya que de lo contrario se pregunta ¿cuál sería el valor de la libertad?, y ¿qué sería la libertad para aquellos que no pueden usarla?<sup>83</sup>, porque al hombre menesteroso hay que darle educación y salud antes que pueda entender qué significa el aumento de su libertad o para que haga uso de ella, pero no se debe confundir la interferencia o coacción con las condiciones para el ejercicio de la libertad, ya que si faltan las segundas aun así habría libertad.

La pregunta que surge es por qué la falta de medios (como la pobreza o la falta de dinero) afectan al valor de la libertad y no afectarían a la libertad en sí misma, a esto creo que responderían tanto Berlin como Rawls, en que para todos el valor de la libertad no es el mismo, pues al menesteroso antes que libertad necesita comida, pero al millonario que tiene sus necesidades básicas más que satisfechas la libertad claramente tiene un valor más importante, sin embargo, con esta respuesta no basta, por lo que están obligados a decir que aun cuando la libertad tenga diverso valor para las personas, la libertad del campesino pobre o del profesor o del artista y del millonario es idéntica<sup>84</sup>. Pero qué es lo que se quiere decir con que la libertad es idéntica para todos pero al mismo tiempo el valor de ella es diferente para todos, la verdad no queda claro. Si Berlin se está refiriendo a un ideal, en el sentido que la libertad a que todos debemos aspirar (siempre refiriéndonos a la libertad negativa) es a la mayor cantidad, tampoco es una respuesta satisfactoria y que tampoco creo se pueda imputar como una respuesta que daría Berlin o Rawls. Efectivamente yo creo que tengo más libertad que un campesino egipcio, a diferencia de él yo tengo mis necesidades básicas satisfechas, además, el campesino egipcio no es que valore menos la libertad que yo, sino que tiene menos libertad que yo, y dentro de sus preocupaciones no está la de poder por ejemplo trasladarse de un lugar a otro diferente de su país, sino que está en sobrevivir; efectivamente el tiene como prioridad

---

<sup>83</sup> Y de paso para Rawls, quien igualmente considera que la imposibilidad de aprovechar los derechos u oportunidades debido a la pobreza u ignorancia, o a la falta de medios en general son cosas que afectan al valor de la libertad y no a la libertad en sí misma. Berlin I: "Dos Conceptos de Libertad". *op cit.* pag. 139. Rawls John: Teoría de la Justicia. México, Fondo de Cultura Económica, 1979, traducido por María Dolores González, pag. 237.

<sup>84</sup> *Ibid.*

sobrevivir, pero no podemos concluir que ambos tenemos idénticas libertades, no es una cuestión de valoración pues todos tenemos diferentes valoraciones respecto de los principios que nos rigen.

**(2)** Ahora bien, cuál es la vinculación de la libertad negativa con los derechos de primera generación. Bueno, la relación al parecer es de fundamentación, la libertad (negativa) sería la razón de estos derechos. Antes habíamos visto que los derechos de primera generación también tomaban el nombre de derecho a defensa, esto para resaltar que generan una acción negativa, una omisión por parte del Estado, es decir, que el Estado se obligaba a no interferir en nuestro derecho. La relación es clara en ese sentido, cuando decimos que tenemos un derecho de propiedad sobre una cosa determinada estamos diciendo que los otros (es decir, todos menos yo) tienen el deber de no interferir en el ejercicio de mi derecho.

Cabe recordar que los derechos de primera generación nacen como una forma de contrarrestar al poder, los derechos ahora son formas de asegurar que el poder no actúe en contra de nosotros, el derecho viene a contener al poder. Visto desde este punto, el derecho viene también a ser un resguardo de nuestras libertades, el derecho resguarda y define cual sería nuestra libertad, por ejemplo, si el Estado pretende afectar o expropiar nuestras propiedades nosotros le vamos a oponer nuestro derecho de propiedad, a que no interfiera nuestro derecho.

Como puede intuirse la libertad negativa solo se puede entender en el sentido que hablemos de derechos de primera generación, puesto que es una idea moderna, que nace junto con el liberalismo, y que como dice Berlin, proviene de la idea de que no se metan con uno y lo dejen en paz. La idea de libertad negativa y los derechos de primera generación son expresión del liberalismo, y a su vez, del individualismo, que se complementan una a otra.

**(3)** Pero la concepción de la libertad negativa también funciona como un argumento en contra de los derechos sociales, pues como lo habíamos adelantado, la ausencia de necesidades como salud y educación, no pueden ser consideradas como interferencia ya que son consideradas como falta de recursos o medios, siendo



condiciones para el ejercicio de la libertad o para su uso, por lo que no ofendería a la libertad en sí misma sino que sólo al valor de aquella<sup>85</sup>. Así las cosas, se afirma que el aseguramiento de los derechos sociales provocaría una reducción de la libertad, pues serían conceptos opuestos, más de uno es menos de lo otro, y como al parecer la libertad ocupa un lugar privilegiado en la teoría social y política no puede ser sacrificada en pos de necesidades sociales<sup>86</sup>.

(4) Pero el concepto de libertad negativa formulado de esa forma es reduccionista de la misma libertad, porque el argumento, en el fondo para el aseguramiento de los derechos sociales es también un argumento de libertad<sup>87</sup>. El argumento fue brillantemente expuesto en un pequeño trabajo de G. A. Cohen llamado Libertad y Dinero, el texto viene a discutir las ideas sobre libertad negativa formuladas por Berlin, pero también de paso criticar la misma concepción seguida por Rawls<sup>88</sup>, que no obstante ser socialdemócratas, ambos no llegaron a la conclusión que la falta de dinero acarrea falta de libertad, nosotros seguiremos la argumentación, pues si la falta de dinero, que es la forma en que las sociedades de mercado de obtener bienes y servicios, acarrea falta de libertad, por tanto, la falta o el no aseguramiento de los derechos sociales, que son aquellos derechos que aseguran las necesidades básicas<sup>89</sup> de las personas, acarrea falta de libertad.

---

<sup>85</sup> *Supra*. Confrontar con nota al pie 68.

<sup>86</sup> Las razones que subyacen a este argumento están en que, en parte, para asegurar los derechos sociales se requieren políticas distributivas y redistributivas, donde hay que sacar de unos para darle a otros y repartir el pastel, pero no a través del mercado sino como una política de Estado, la disyuntiva en cuanto a la distribución de la satisfacción de las necesidades sociales entre Estado y Mercado, es por lo menos en Chile real. Eso si hay que reconocer que en cuanto a los derechos sociales la solución alternativa (la chilena) es una errada mezcla de principios, ejemplo de ello en Chile es el sistema educacional primario y secundario donde existen colegios particulares subvencionados de financiamiento compartido, donde el Estado financia al colegio por asistencia de niño a clases pero también existe un aporte de los apoderados, además, es administrado por un privado que tiene como incentivo la subvención y el aporte, sistema que hoy se encuentra en entredicho, y que ha dejado en evidencia la excesiva segregación social. Si se desea ver un análisis de la educación chilena como un sistema de segregación de clase donde el privilegiado transmite su privilegio véase Atria F, Mercado y Ciudadanía en la Educación. Santiago: Flandes Indiano, 2007.

<sup>87</sup> A parte de los otros argumentos que se han esgrimidos, buenos y/o malos, a favor de los derechos sociales. Entre los principales principios esgrimidos en su favor serían el principio de igualdad y el principio de solidaridad.

<sup>88</sup> Aunque la crítica que hace Cohen en contra de la libertad negativa sea una crítica a las posturas de derecha, según creemos, y como creemos insinúa Cohen, es más grave aún en pensadores como Berlin y Rawls, quienes son de posturas socialdemócratas, por lo tanto, la crítica que hace este trabajo se dirige tanto a la derecha como a los socialdemócratas que creen que la falta de dinero o la pobreza no es falta de libertad, pero más precisamente a estos últimos.

<sup>89</sup> Entiéndase básicas no en el sentido de mínimos.

Primero, explicaremos el argumento de Cohen, para luego explicar que el no aseguramiento de los derechos sociales también acarrea falta de libertad, pero considerando que las sociedades tienen formas distintas de distribuir la libertad entre ellas, es que el aseguramiento de los derechos sociales es un paso para promover la libertad de todos.

El argumento de Cohen es el siguiente: como se explicaba anteriormente para Berlin y la derecha la falta de dinero no implica falta de libertad porque el dinero implica falta de medios o capacidad, pero Cohen señala que su impresión es que se basan en un concepto material del dinero, como si el dinero fuese un objeto. Lo que ocurre es que el dinero es una construcción social, es un concepto institucional, en que nos ponemos de acuerdo en la forma por la cual las personas consiguen cosas, pero no es una cosa, es más, la identificación del dinero con una cosa es contraintuitiva al lenguaje, ya que si así fuera, ya no haríamos compras sino trueques, quizás el mejor ejemplo de ellos son las tarjetas de crédito donde desaparece la materialidad del dinero y sólo hay dígitos en una pantalla.

El argumento que nos expone Cohen es a través de dos ejemplos, uno en el cual una señora pobre pero sana quiere ir a ver a su hermana a otra ciudad pero que en una semana no alcanza a juntar el dinero para pagar el viaje, si ella quiere viajar necesita dinero, por lo que al llegar a la estación de trenes se le va a impedir que suba o se le bajara si no tiene dinero para pagar; el otro caso es el de una mujer que quiere un suéter pero no tiene dinero, si lo saca de la tienda se lo quitaran. Cohen dice que: “la única forma para que a uno no le impidan obtener y usar las cosas que cuestan dinero, esto es la mayoría de las cosas, es pagando dinero por ellas<sup>90</sup>. El dinero es un poder social, un poder que tiene por objeto eliminar las interferencias de la distribución de los bienes y servicios<sup>91</sup>, el dinero sirve para eliminar esa interferencia en la consecución de aquellos bienes.

---

<sup>90</sup> Cohen G. A.: Libertad y Dinero, en Revista de Estudios Públicos 80 (2000), pag 60. [en línea], <[http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_890.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_890.html)>, [consulta: 12 de diciembre de 2011]

<sup>91</sup> *Ibid.* pag. 61.

Lo que en esta formulación podría ser controvertido es quién es la persona que ejerce la interferencia, porque como lo veníamos planteando pareciera que la interferencia la hace una cosa, el dinero en este caso, pero la cuestión no es así, uno podría pensar que en el caso de la señora que quiere viajar es el conductor del tren o un trabajador de la compañía quien produce la interferencia, y en el caso del suéter sería la dueña de la tienda o sus empleados, bueno, eso es efectivo, pero decir eso no basta para responder así a la pregunta, y esto es así por como entendemos el dinero, y sus relaciones tanto con su uso como con lo adquirido, uno no puede conseguir un objeto que se adquiere con dinero sin dinero, no porque no podamos robarlo (porque nada en el mundo físico nos lo impide, salvo la fuerza del otro y el ordenamiento jurídico), sino que no lo podemos conseguir porque la persona que exige dinero a cambio del objeto está avalada por la sociedad en su conjunto como una forma de conseguir objetos. En una sociedad moderna ese aval de la sociedad se llama Estado de Derecho, es el Estado quien fija que las cosas se obtienen con dinero, y si no hay dinero, no se obtienen, y en el caso que se quieran obtener de otra forma que no sea dinero (ejemplo: robándola) es el Estado quien protege al (digamos) dueño del objeto. Incluso si elimináramos al Estado y en una economía donde el Mercado fuera el único ente que asigne recursos, el argumento se sostendría igualmente ya que la sociedad es la que avala el uso del dinero, existiendo de todas maneras una persona que ejerce interferencia al exigir dinero por objetos.

La cuestión que como bien señala Cohen no es que los pobres por el hecho de ser pobres se vean limitadas a lo que puedan hacer con su libertad, sino que ser pobre significa (entre otras cosas) falta de libertad. De hecho la imposibilidad es una restricción de libertad.

Pero Cohen va más allá porque lo que intenta demostrar es que “una interferencia limita mi libertad de hacer sólo si carezco de los medios para vencer esa interferencia y, por lo tanto, la posibilidad de hacer x pese a esa interferencia<sup>92</sup>”

---

<sup>92</sup> *Ibid.* pag 71.

**(5)** Ahora, es común escuchar, no solo en Berlín sino en sectores de derecha y socialdemócratas, que el aseguramiento de los derechos sociales implica o produce una reducción en las libertades de los individuos.

Hoy en Chile podemos ver que esta discusión es pan de cada día, es un argumento que se escucha siempre en las discusiones sobre el tema educación, sobre todo por los efectos que ha provocado el movimiento estudiantil.

Una de las principales discusiones que se da es la dicotomía que habría entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. La discusión es la siguiente: una de las varias críticas que se encuentra en las bases de movimiento estudiantil es sobre el lucro en la educación primaria y secundaria, que se encuentra permitida por la ley; estos señalan que los establecimientos educacionales que son administrados por privados (particulares subvencionados) tienen como principal objetivo obtener ganancias de su giro, y que por eso, no sería un incentivo para tener una educación de calidad, pues el privado que obtiene ganancias ya no tiene mayores incentivos en mejorar la calidad de la educación que brinda, que su afán está en la reducción de costos y maximizar las utilidades como cualquier empresa, pero mejorar la calidad es superficial, accidental o tangencial, por lo tanto, señalan que el lucro en la educación debería eliminarse y establecerse una educación administrada por el Estado y gratuita.

En este contexto los que se encuentran a favor del lucro dicen que eliminar el lucro coartaría la libertad, primero coartaría la libertad de los estudiantes y sus apoderados en la elección del establecimiento, principalmente porque hoy los estudiantes pueden acceder a un colegio privado (que tiene subvención estatal y además los apoderados deben pagar una cuota, conocidos como establecimientos con financiamiento compartido) que si no fuera por la subvención no podrían costear totalmente, por lo que de esta manera no tendrían la libertad de elegir entre el sistema privado de educación y el público, viéndose obligados a acceder sólo al sistema público.

Segundo, porque limitaría la libertad de enseñanza y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la libertad de enseñanza se vulneraría porque al negárseles por parte del estado la subvención estatal a los alumnos<sup>93</sup>, limitaría la capacidad de los privados de participar del mercado de la educación, esto porque los privados no tendrían como competir con el Estado, y además porque se vulneraría el Principio de Subsidiariedad, según el cual el Estado debe abstenerse de participar en una actividad económica si los privados ya la están desarrollando, privilegiando el emprendimiento de estos últimos, y que el Estado sólo podrá participar cuando esa actividad económica no sea realizada por los privados.

No obstante, que los argumentos mostrados aquí sean toscos, generales y quizás poco precisos<sup>94</sup>, muestra que en el fondo habría una imposibilidad teórica de privilegiar el derecho social a la educación porque reduciría la libertad (negativa) de las personas.

Pero las cosas no son como las pintan, por un lado tenemos que dejar en claro un primer punto. Aun cuando la reclamación del movimiento estudiantil tenga por objeto conseguir una mejora en la educación sobre todo en la educación pública, pero también erradicar el sistema particular subvencionado, esto no es porque consideren que la educación en sí misma sea un fin. El valor de la educación, no descartando otros claramente, no reside en la educación en sí misma, aunque podría ser así, ejemplo de ello es la filosofía en el cual el valor de la educación y el conocimiento en sí mismo es un fin, pero la educación como estructura social viene a ser un medio (quizás hasta puede ser considerado como un medio para conseguir otro medio) que las sociedades de hoy consideran valioso (entre otras) porque permite el cambio social, es

---

<sup>93</sup> Este argumento descansa en un falso supuesto, este es que el subsidio estatal es a la demanda, es decir, es una subvención que la tendrían los alumnos, efectivamente la subvención se paga por alumno matriculado y que cumpla con la asistencia a clases, pero de esto no se puede inferir que se subsidie la demanda, de hecho la subvención estatal es a la oferta puesto que es el establecimiento el que selecciona a los alumnos y determina el cupo de ellos, el alumnado de un colegio podríamos decir que son cautivos para ante el colegio.

<sup>94</sup> Esto porque todos los problemas de la discusión sobre el derecho a la educación, ha generado hoy, un gran debate nacional, existiendo diversos y muchos actores sociales que están dando sus posturas, además de todos los temas que implica hablar sobre la educación, por ejemplo, la fundación educación 2020, que ha realizado diversos estudio desde hace ya varios años, pretende abarcar el tema desde sus diversas aristas, pero que además tiene una visión propositiva, siguiendo en parte las recomendaciones de la OCDE, para ver las propuestas de esta fundación se puede visitar su pagina web [www.educacion2020.cl](http://www.educacion2020.cl).

la forma de subir en la escala social, de mejorar la situación económica. Si imagináramos una sociedad en la cual todos consiguiéramos un cambio en la escala social sólo producto de nuestro trabajo y los estudios no nos brindaran sino solo un conocimiento de la vida y todas las externalidades positivas que contiene el hecho de “ser educado” no estaríamos en esta discusión.

Cuando, los que están a favor del lucro, se preguntan qué pasará con la libertad de los padres de elegir el colegio de sus hijos, lo que están diciendo es: qué es lo que pasara con los padres ricos que tienen cómo elegir la educación que quieran para sus hijos, esto por una razón muy sencilla y que ya ha sido esbozada más arriba, esto es, porque pueden vencer la interferencia que hacen los colegios al exigir dinero por el servicio que prestan. El pobre o medianamente pobre, que sólo puede pagar hasta \$10.000.- pesos por la educación de su hijo, tiene asegurado que su elección va a llegar hasta todos los colegios que cobren \$10.000.- pesos, por lo tanto su libertad se verá limitada hasta los \$10.000.- pesos. Pero podríamos concederle a los que están a favor del lucro que quizás sin el subsidio que realiza el Estado a ese colegio que cobra \$10.000.-, un alumno pobre que no puede pagar más que eso, no podría asistir a ese colegio, pero eso es un engaño a la verdad, porque si el subsidio fuese completo ese alumno igual podría ir a ese establecimiento ampliándose realmente su libertad<sup>95</sup>.

Lo que hace el sistema de financiamiento compartido, aparte de lo que ya se dijo sobre la segregación, es distribuir la libertad en la elección de una manera desigual, porque como se ve, el rico tiene más libertad que el pobre o el medianamente pobre. Esto es importante porque la libertad como valor o principio, y al igual que todos los valores y principios para ser tales, deben cumplir a los menos una pretensión de Universalidad en dos sentidos: una es que sea aplicable a una persona en todos los casos, es decir, que se mire la libertad de un individuo en todas sus fases; y otra que señala que sea relacional con los demás, en el sentido que mi libertad sólo puede ser

---

<sup>95</sup> Ojo, que el argumento esta prescindiendo de otras restricciones a la libertad, una es que los establecimientos educacionales en Chile, no solo exigen dinero para aceptar a un alumno, sino que exigen para ser aceptado cierto promedio de notas o que sus padres sean católicos y que no estén separados, condiciones que afectan la libertad de los padres en elegir la calidad de la educación de sus hijos. Esto sin considerar, y aunque suene majadero los efectos en la excesiva segregación social que se ha hecho notar escuetamente en este trabajo.

medida en relación con los otros, la libertad como la que tenía Robinson Crusoe no es libertad, solo puede medirse en su propia individualidad, no es comparable con otros, considérese que Robinson Crusoe se hizo dueño de la isla, pero al ser el único dueño no tenía nada.

Anteriormente se explicaba que para Berlin, la libertad debería ser idéntica para todos, pero donde se encontraban la diferencia era en el valor de la libertad que le dábamos cada uno de nosotros, para unos la libertad era más valiosa que para otros, siguiendo ese mismo razonamiento, y si lo comentado del caso anterior es plausible, podemos ver que la libertad de los ricos sigue siendo más valiosa que la de los pobres o los medianamente pobres, pero no vemos cuál sería la diferencia entre la libertad en sí misma y el valor de la libertad.

El argumento del movimiento estudiantil sobre la educación pública y gratuita es doblemente a favor de la libertad, primero, porque su protesta está en que ellos efectivamente no pueden elegir el colegio al cual acudir, pues vencer la interferencia de pagar más de \$10.000.- pesos no les permite elegir sino otro colegio que cobre hasta \$10.000.-, por lo tanto, no pueden acceder a colegios de más de \$10.000.- pesos, y segundo, porque como es de perogrullo la educación es la forma de obtener una mayor remuneración, pero lo que no es tan claro y que este trabajo pretende mostrar es que en definitiva redundaría en una mayor libertad.

Lo que hace el argumento de la derecha, es excluir a algunos de la libertad para asegurar la libertad de otros (quienes tienen dinero o propiedad), “es una defensa del derecho de la propiedad privada. Lo único que defienden aquí es la libertad de los que poseen bienes<sup>96</sup>”, y el argumento de la izquierda para la asunción de los derechos sociales es un argumento en torno a la libertad<sup>97</sup>.

La idea de considerar a los derechos sociales como influenciadores directos de la libertad y no como meras condiciones para el ejercicio de los otros derechos es superar el exacerbado individualismo que se manifiesta en la sociedad actual y sobre

---

<sup>96</sup> Cohen G. A.: Libertad y Dinero, *op. cit.* pag. 73.

<sup>97</sup> *Ibid.* pag 69.

todo en la Constitución que nos gobierna, con esto no queremos decir que el individualismo sea malo en sí, tampoco que debería reducirse a su menor expresión, sino que se reconozca que existe otra forma de relacionarse con las personas, y esta es considerar a la comunidad como algo que tiene valor en sí, donde nos reconocemos como individuos pero a su vez que nos reconocemos como pertenecientes a un trabajo de vida en común, esto quiere decir superar el individualismo y pasar a otro estadio donde nos importe verdaderamente lo que le ocurre a los otros y comprometernos como comunidad en la ayuda de los demás, esto es lo que quiere, en parte, manifestar el movimiento estudiantil que vemos ocurre hoy en día, ellos no apelan al derecho a la educación en contra de la comunidad sino a favor de ella, las conquistas no van a llegar a esos estudiantes sino a sus hijos o quizás a sus nietos, pero lo verdaderamente importante es que exista un compromiso como sociedad en que los otros son importantes, y de ahí asegurar los derechos sociales porque su protesta es que tienen menos libertad que otros.



## VIII.- Conclusiones

Hemos visto algunos problemas que concurren en el análisis de los derechos sociales. Cuando hablamos de su estructura se evidenció que había varias posturas diferentes y que cada una significaba implicancias importantes para su aplicación.

Entonces, ahora, la cuestión debe plantearse de la siguiente manera: ¿Por qué si la Corte Suprema cuando falla un recurso de casación está obligada por el Código Civil y el Ejecutivo o Legislativo no lo podrían estar cuando la Constitución consagra un derecho de carácter social<sup>98</sup>?

Ahora, podemos darnos cuenta que cuando hablamos de derechos sociales estos expresarían a lo menos dos cosas: la primera, es que tenemos un derecho a exigir algo del Estado, pero por otro lado, también expresa lo que queremos como comunidad.

De estas dos facetas podemos reconstruir la estructura de los derechos sociales, como un concepto que expresa dos cosas, pero en dos lugares distintos, y aquí viene nuestra propuesta, que se le llamará bifronte: en un sentido, y contestando la pregunta de más arriba, los derechos sociales son una forma diferente de expresar los derechos, es una expresión política de ellos, es decir, significan que son obligatorios, pero donde no existiría una exigibilidad jurisdiccional, son obligatorios desde un punto de vista en que el derecho les es obligatorio a los órganos públicos, no obstante, que no haya una acción jurisdiccional ni una sanción en caso de incumplimiento, desde aquí, los derechos sociales significarían y expresan la idea de comunidad en la que queremos vivir, donde los derechos sociales son para todos; aquí surge la pregunta de por qué para todos, y la respuesta, la encontraremos en que los derechos sociales deben asegurarse porque si uno de los principales objetivos sociales es que las personas tengan libertad, no pueden conseguirse éste sin asegurar aquellos, pues la libertad como llegamos a concluir puede verse restringida por la falta de dinero.

---

<sup>98</sup> *Supra.* Ver apartado VI.3.

Pero en otro sentido, también expresa, un derecho subjetivo a favor de un individuo en contra de la comunidad, este último es el sentido en que se ha estado expresando los derechos sociales en las reclamaciones jurisdiccionales tanto en Chile como a nivel comparado, lo que han hecho ha sido subjetivizar los derechos sociales. En este sentido es importante tener en cuenta, y aun cuando ya lo hemos dicho anteriormente, que cuando se reclama un derecho social ante un Tribunal lo que se reclama es algo en contra de la comunidad, es en definitiva un derecho subjetivo a un derecho social.

Cuando reclamamos un derecho social como el derecho a la salud ante un Tribunal lo que estamos solicitando es que se nos preste cierto servicio de salud porque el Estado ha asumido una obligación en favor de sus súbditos. El problema del contenido del derecho, como lo hemos visto es dificultoso, pero esto va a depender de la forma interpretativa que conceda la propia Constitución, pues si es una Constitución que a mutilado una de las visiones de la sociedad como la socialista, como ha ocurrido en el caso chileno con los derechos sociales, la interpretación que pueden hacer los Tribunales se va a ver mermada desde un principio, pero si asumimos que el concepto de derechos sociales expresa el primer sentido que hemos sostenido se puede llegar a diferentes conclusiones.

La postura comunitaria representa la idea de los derechos sociales como derecho efectivamente de todos, y para todos, pero la otra postura expresa el individualismo, donde la mayor expresión es la idea de derecho subjetivo por el cual el sujeto reclama en contra de la comunidad que no se le satisface de ciertos derechos.

En una se expresa la versión comunitaria de cómo queremos vivir, y la otra de aseguramiento individual de ciertos derechos. El concepto de libertad que mostramos evidencia que si se quiere resguardar la libertad se debería asegurar los derechos sociales. La cuestión mirada desde este punto de vista no hace necesario enfocar el problema primariamente en una cuestión de desigualdad, aunque si se encuentra vinculado, sino que el problema primariamente es un problema de aseguramiento de libertad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Atria F, ¿Existen Derechos Sociales?, [en línea] <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>>, [consulta: 9 de diciembre de 2011].

Atria F: Réplica: Derecho y Política a Propósito de los Derechos Sociales, [en línea], <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/rplica-derecho-y-politica-a-proposito-de-los-derechos-sociales-0/>>

Atria F: Mercado y Ciudadanía en la Educación. Santiago: Flandes Indiano, 2007.

Ambramovich, V y Courtis Ch: Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Madrid, Trota, S.A., 2002.

Alexy R: Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Alexy R: Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, Revista Española de Derecho Constitucional, año 22. Número 66. Septiembre-Diciembre 2002, texto traducido por Carlos Bernal Pulido, [en línea] <<http://revistas.cepc.es/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjU2MzImaWRIPTewMzcmdXJsPTYmbmFtZT1SRURDXzA2Ni8wMTEucGRmJmZpbGU9UkVEQ18wNjZfMDExLnBkZiZ0YWJsYT1BcnRpy3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg==>>

Berlin I: "Dos Conceptos de Libertad", en Libertad y Necesidad en la Historia. Madrid, Revista de Occidente, 1981. Traducido por Julio Bayón. El texto traducido es de la edición de Four Essays on Liberty (1969).

Bernal Pulido C: Fundamento, Concepto y Estructura de los Derechos Sociales. Una Critica a "¿Existen Derechos Sociales? De Fernando Atria, [en línea], <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/fundamento-concepto-y-estructura-de-los-derechos-sociales-una-crtica-a-existen-derechos-sociales-de-fernando-atrria-0/>>, [consulta: 9 de diciembre de 2011].

Böckenförde E W: Teoría e Interpretación de los Derechos Fundamentales, en Id., Escritos sobre Derechos Fundamentales, Nomos, Baden – Baden, 1993.

Carbonell M (coord.): El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica. Santiago, Librotecnia, 2010.

Carbonell M: Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: Esbozo de algunos problemas. Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago, 2008.

Cohen G. A.: Libertad y Dinero, en Revista de Estudios Públicos 80 (2000), [en línea], <[http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_890.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_890.html)>, [consulta: 12 de diciembre de 2011].

Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Chilena.

Cristi, R y Ruiz-Tagle, P: La República en Chile; Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano. Santiago, Lom, 2006.

Dworkin R: Los Derechos en Serio, Barcelona, Editorial Ariel, 2ª ed., 1989. Traducido por Marta Gaustavino.

García Amado, Juan Antonio: El juicio de ponderación y sus partes. Una critica, en su: Derechos Sociales y Ponderación. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

Marshall T H: Ciudadanía y Clase Social, en Revista Española de Investigaciones Sociológicas, N° 79, 1997, pag. 303, [en línea], <[http://www.reis.cis.es/REISWeb/PDF/REIS\\_079\\_13.pdf](http://www.reis.cis.es/REISWeb/PDF/REIS_079_13.pdf)>. [consulta: 12 de diciembre de 2011]

Nash C: Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Justicia Constitucional Latinoamericana: Tendencias Jurisprudenciales. Revista de Estudios Constitucionales, número 1, Julio 2011, pag. 65-118.

Nogueira H (coord.): Dogmática y Aplicación de los Derechos Sociales. Doctrina y Jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú. Santiago, Librotecnia, 2010.

Nozick R: Anarquía, Estado y Utopía. México, Fondo de Cultura Económica, 1988. Traducido por R Tamayo.

Peces-Barba G: Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General. Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, reimpresión 1999.

Rawls John: Teoría de la Justicia. México, Fondo de Cultura Económica, 1979, traducido por María Dolores González.

Silva Bascuñan A: Tratado de Derecho Constitucional. 2ª ed, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997-2008, volumen XII.

Verdugo M, Pfeffer E y Nogueira H: Derecho Constitucional. 2ª ed, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, tomo II, reimpresión 2002.

Villey M: Los orígenes de la noción de derecho subjetivo, en M Villey: Estudios en Torno a la Noción de Derechos Subjetivo. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976. Traducido por A Guzmán.

Zúñiga F: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de Derecho Económicos, Sociales y Culturales. Revista de Derecho, del Consejo de Defensa del Estado, Nº 20, Diciembre 2008.