

**COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
JURÍDICAS**

Nº 10, 2006

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO**

Colección de Investigaciones Jurídicas

Publicación periódica de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado

Director

Pedro Irureta

Comité Editorial

Rafael Blanco

Rodrigo Coloma

Héctor Hernández

Ximena Moreno

Enrique Rajevic

Macarena Rodríguez

Hugo Rojas

Salomón Serrano

Franz Vanderschueren

Dirección

Cienfuegos 41, Santiago de Chile

www.uahurtado.cl

ISSN 0171-7402

Prohibida reproducción parcial o total sin previa autorización del Comité Editorial

Todos los derechos reservados

1000 ejemplares

Diseño y diagramación

Revista Mensaje

Impreso en GráficoAndes®

**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES:
MODELOS COMPARADOS DE TUTELA JURISPRUDENCIAL
(ESPAÑA Y CHILE)***

TOMÁS PABLO JORDÁN DÍAZ**

PRINCIPALES ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	9
I. LOS DES COMO CATEGORÍA JURÍDICA	15
1. Introducción	15
2. De la crisis del Estado liberal de Derecho al Estado social (sinopsis histórica)	17
3. La estructuración del Estado social como sustrato político-jurídico	19
4. La constitucionalización de los DES	23
5. Conceptualización de los DES	33
5.1. La perspectiva negadora de la relevancia constitucional de los DES: incapacidad de auto-ejecución e ineficacia como carencias sustanciales	34
5.2. La perspectiva afirmativa de constitucionalidad: los DES como elemento de la esencia del constitucionalismo democrático contemporáneo	37
5.2.1. La perspectiva afirmativa dual: preponderancia estatal y el carácter prestacional como bidimensionalidad configurativa	37
5.2.2. La perspectiva afirmativa amplia: estructura jurídica bidimensional y los DES como derechos de inhibición y acción estatal	40
5.3. Hacia una construcción conceptual bidimensional y de eficacia material de los DES	43
6. El fundamento de los DES como categoría de derechos	47

* Este trabajo está especialmente dedicado a mi esposa María Gabriela González y a mi hija María Amelia Jordán G.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Magíster en Ciencia Política, Universidad de Chile. Diploma en Estudios Especializados en Derecho Público, Universitat Autònoma de Barcelona. Magíster en Derecho Público, mención Derecho Constitucional, Universitat Autònoma de Barcelona. Profesor de Teoría Política y Derecho Constitucional, Universidad Alberto Hurtado, tjordand@gmail.com

6.1. La igualdad material como objetivo y la desigualdad jurídica como instrumento	47
6.2. La libertad y la utilización de los DES como vía de liberación social	49
6.3. La necesidad, la colaboración y la dignidad como imperativos morales justificantes	50
6.4. Hacia un argumento igualitario de fundamentación	52
7. Elementos estructurales de la relación jurídica: sujeto activo, objeto y sujeto pasivo	54
8. La garantía de los DES	57
II. EL MODELO JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL	
DE TUTELA DE LOS DES	61
1. Introducción	63
2. Estructuración y valor jurídico de los DES en la CE	63
2.1. Posiciones extensivas de fundamentalidad: equiparación entre derechos constitucionales y DDFE	64
2.2. Posiciones formal-restrictivas de fundamentalidad	67
2.3. El criterio de fundamentalidad de los derechos constitucionales y la ordenación de los DES en la CE	70
3. La cláusula social y democrática como “matriz institucional de garantía” y su ejecución a través de su doble significación constitucional	74
4. La “protección directa” de los DFS de la sección 1ª del Capítulo II: principales criterios configurativos de amparo	79
4.1. La garantía del contenido esencial de los DDFE	83
4.2. Desarrollo legislativo de los DFS	89
4.3. Límite de los DFS	91
5. La “protección indirecta”: la conexión e incorporación entre DDFE como mecanismo colateral de amparo	93
6. Protección por conexión: el principio de igualdad, la aplicación del principio de no discriminación y el tratamiento normativo diferenciado	96
6.1. La “relevancia jurídica” como motivo concurrente de la permisión de diferencias normativas y los elementos configuradores de dicha desigualdad de trato: la objetividad, la razonabilidad y la proporcionalidad	99
6.2. Protección por vía del principio de igualdad como no discriminación	102
6.2.1. Tutela por igualación entre sexos en el acceso y goce de beneficios laborales y de seguridad social ..	103
6.2.2. Tutela por prohibición de discriminación indirecta..	105

6.2.3. Tutela por prohibición de discriminación por condición de salud.....	105
6.2.4. Excepción aparente a la prohibición de discriminación	100
6.3. La falta de justificación de la diferencia normativa y los elementos diferenciadores carentes de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad	105
6.3.1. Factor temporal.....	108
6.3.2. Criterio institucional-formal	110
6.4. La protección por la vía del tratamiento normativo diferenciado: justificación de la desigualdad.....	111
6.4.1. Criterio factual y jurídico de la diferenciación.....	112
6.4.2. Límite posible a DDFF.....	113
7. La protección de la libertad sindical por “conexión” con los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar	114
8. La protección indirecta por “incorporación”: la integración al contenido esencial de ciertos derechos constitucionales del contenido constitucional de ciertos DES no tutelados	116
8.1. El contenido esencial del derecho a la libertad sindical como vía de protección del derecho a la negociación colectiva laboral.....	118
8.2. La protección del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y a una vivienda digna por medio de la incorporación al contenido esencial del derecho de propiedad (función social)	122

III. EL MODELO JURISPRUDENCIAL CHILENO

DE TUTELA DE LOS DES	125
1. Introducción	125
2. La estructuración de los DDFF en la CPR	128
3. La posición y el valor jurídico de los DES	136
3.1. El art. 19 CPR: ubicación y geografía	137
3.2. Reserva de ley	139
3.3. La garantía del contenido esencial de los DDFF.....	140
3.4. La protección reforzada de los derechos	142
3.5. La reforma de los DDFF	144
4. El modelo de protección chileno: el armazón institucional-estructural de tutela del art. 20 CPR	144
5. La protección concreta de los DES de conformidad al armazón institucional-estructural de tutela	148
5.1. Primer criterio consecuencialista: la sola concurrencia de ilegalidad o legalidad para la determinación de la arbitrariedad o no arbitrariedad de una acción u omisión	149

5.2. Segundo criterio consecuencialista: la sola concurrencia de los “presupuestos de concurrencia esencial-determinantes” para la determinación de la vulneración de un DFS	154
5.3. Configuración legal e infralegal de los DFS: la carencia de determinación del contenido constitucional de los derechos	160
5.4. Utilización de la legalidad como canon de comparación del accionar de los poderes públicos	166
6. La protección “indirecta” de los DES: la “conexión” por vía del derecho de dominio y a la igualdad ante la ley y la “incorporación” del derecho a la salud al derecho a la vida	169
7. Amparo por vía dominical: la construcción del sistema de protección de los DES sobre base iusprivatista y su tutela jurisprudencial por conexión propietaria	170
8. La protección “conexa” por la vía del principio de igualdad: prohibición de discriminación en la ley y en la aplicación de la ley y su tutela jurisprudencial por conexión igualitaria	180
9. La protección del derecho a la salud vía derecho a la vida: la protección indirecta por “incorporación”	185
CONCLUSIONES	191
1. El modelo social y democrático de derecho del Estado español como “matriz institucional de garantía de los DES”	192
2. La “tutela directa” de los DES	193
3. El “armazón institucional-estructural determinante” de tutela del art. 20 CPR	194
4. La protección concreta de los DES en el caso chileno, de conformidad con el armazón institucional-estructural de tutela	196
5. La “tutela indirecta” de los DES	196
5.1. El principio de igualdad como mecanismo común de tutela conexa	197
5.2. Protección “conexa” diferenciada en ambos modelos	198
5.3. La protección indirecta por “incorporación”	199
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	203
JURISPRUDENCIA CONSULTADA	211

PRINCIPALES ABREVIATURAS

Art. / art.	Artículo / artículo
Arts. / arts.	Artículos / artículos
ATC	Auto Tribunal Constitucional español
CAP	Corte de Apelaciones
CE	Constitución española
c.j.	Considerando jurídico
CPR	Constitución Política de la República de Chile
CS	Corte Suprema
DES	Derecho(s) social(es)
DESC	Derechos económicos, sociales y culturales
DF	Derecho fundamental
DFS	Derecho(s) Fundamental(es) Social(es)
DDFF	Derechos fundamentales
f.j.	Fundamento jurídico
SCAA	Sentencia Corte de Apelaciones
SCS	Sentencia Corte Suprema
STC	Sentencia Tribunal Constitucional español
TSJ	Tribunales Superiores de Justicia

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por objeto el estudio y análisis de los modelos jurisprudenciales de tutela de los derechos sociales (DES) en España y en Chile. Para ello se determinarán los principales elementos estructurales de tales modelos y se examinará cada elemento en particular, buscando dar razón de cómo se configuran los razonamientos jurisprudenciales al conferir la protección. En el caso español se realiza el estudio sobre la base de lo desarrollado por el Tribunal Constitucional español (TCE) al conocer de los recursos constitucionales que han ordenado la protección y la determinación del contenido constitucional de los DES (recurso de amparo, recurso y cuestión de constitucionalidad y conflictos de competencia). La jurisprudencia constitucional chilena en materia de derechos fundamentales (DDFF) ha sido generada principalmente por las Cortes de Apelaciones (CAP) y por la Corte Suprema (CS), órganos indicados en la Constitución Política de la República (CPR) para la tutela de tales derechos, por lo que se examinará los fallos emitidos por tales tribunales.

Específicamente, se busca analizar, desde un punto jurídico-descriptivo, los DES de un modo general doctrinario (génesis, Estado social como sustrato político-jurídico, conceptualización y estructura jurídica y garantías), adhiriendo a ciertas posiciones, planteando problemas jurídicos que se relacionan con las dificultades actuales de tal categoría en cuanto a su definición y su constitucionalización. Igualmente se efectúa un análisis explicativo de los principales elementos configuradores del modelo jurisprudencial español de DES, a la luz de la jurisprudencia constitucional, como del modelo jurisprudencial chileno, de conformidad a la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ). Como examen global y con miras a tener una visión interconectada entre los modelos, se lleva a cabo una observación final comparada de los modelos español y chileno (puntos de convergencia y antagonismo).

A partir de tales finalidades generales y particulares se afirma que los modelos jurisprudenciales español y chileno estructuran la tutela de los DES desde dos líneas argumentativas: una directa y otra indirecta. El amparo directo está referido a la protección que otorga la justicia constitucional a los DES que gozan de una tutela reforzada, escrutando de qué forma y bajo qué criterios teóricos y prácticos se ordena y orienta tal protección. Ante el alcance limitado de la tutela directa -pues, beneficia únicamente a un número limitado de DES-, la jurisprudencia española y chilena han concretado una protección indirecta de determinados DES por dos vías: por “conexión” y por “incorporación”. La protección por conexión dice relación con el amparo que los tribunales otorgan a ciertos de DES por medio de otro derecho constitucional, disponiendo la tutela desde la configuración constitucional de este derecho no social y, consecuentemente, se da efectividad al DES implicado. Por su parte, la incorporación como vía de protección indirecta se ordena mediante la agregación de todo o parte

del contenido constitucional de un DES al contenido esencial de otro derecho constitucional, constituyendo el contenido del DES parte integrante del núcleo de indisponibilidad de otro derecho.

Bajo estos parámetros generales, los tribunales han dispuesto el armazón de tutela de la siguiente manera:

La jurisprudencia del TCE ha estructurado la protección de los DES sobre la base de las siguientes líneas argumentativas:

a) Una “*matriz institucional de garantía*” constituida por la cláusula social y democrática del art. 1.1 CE, instituida como puntal genérico de amparo con el objeto de delinear, desarrollar y profundizar el contenido de los DES con un criterio social y democrático.

b) Los mecanismos de “*protección directa*” de algunos DES. Bajo el patrocinio de la matriz institucional de garantía se dispone el amparo de ciertos DES que gozan de tutela reforzada de conformidad con el art. 53.2 CE, como el derecho a la educación (art. 27), el derecho a la libre sindicación (art. 28.1) y a la huelga (art. 28.2).

c) Los mecanismos de “*protección indirecta*”. Situado en igual resguardo de la matriz antes indicada, el TCE ha extendido la protección de los DES de la sección 1ª y 2ª del Capítulo II y de los DES del Capítulo III por vía indirecta, a través de un amparo por “*conexión*” o “*incorporación*”. Mediante este mecanismo se han amparado los DES por tres caminos:

aa) Verificando una conexión de los DES con el principio de igualdad (art. 14 CE) por medio de las dos caras de este principio: la cláusula de no discriminación (falta de justificación del tratamiento diferenciado) o el tratamiento normativo diferenciado, dispensado de esta forma protección al derecho a la educación, a la libertad sindical, al trabajo, a la negociación colectiva, a la seguridad social y a la vivienda digna.

bb) Efectuando una conexión entre el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar como instrumento indirecto de protección del derecho a la libertad sindical.

cc) Mediante el amparo indirecto por incorporación, protegiendo el derecho a la negociación colectiva, situándolo como elemento componente del contenido esencial del derecho a la libertad sindical. De igual manera, ha extendido la protección en algunos casos al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y al derecho a la vivienda digna como derechos integrantes del contenido esencial del derecho de propiedad, en concreto de la función social de este derecho.

Por su parte, la jurisprudencia de los TSJ chilenos ha estructurado la protección de los DES sobre la base de las siguientes líneas argumentativas:

a) La ordenación del art. 20 CPR como un “*armazón institucional-estructural de tutela*”. Esta norma establece dos tipos de presupuestos que configuran la protección de los DES: “presupuestos de concurrencia esencial-determinantes” constituidos por la ilegalidad y la arbitrariedad¹, y “presupuestos de concurrencia no-determinantes”, referidos a la privación, perturbación y amenaza del derecho. El amparo de los DES está radicado en el primer grupo de presupuestos, en razón de que para los TSJ basta la concurrencia de este grupo (en particular de la ilegalidad) para acoger o desestimar la protección. La referencia al segundo grupo de presupuestos es meramente nominal y consecuencia del examen previo, lo que desvirtúa la tutela y altera especialmente el principio de supremacía constitucional y la consideración normativa de la Constitución al fijar como parámetro de control la ley regulatoria de los derechos fundamentales sociales (DFS) y no la normativa constitucional, cambiando el objeto de control de tales derechos.

b) Un mecanismo de “*protección directa*” de algunos de los DES de libertad. Bajo el armazón antes descrito la jurisprudencia ha otorgado su amparo a aquellos derechos que gozan de tutela reforzada de conformidad con el art. 20 CPR, como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8), el derecho a elegir el sistema de salud (art. 19 N° 9, inciso final), la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11), la libertad de trabajo, su libre elección y la no prohibición de éste (art. 19 N° 16, incisos 1° y 4°) y el derecho a sindicarse libremente (art. 19 N° 19), disponiendo su protección según los criterios generales de amparo del resto de los DDFE.

c) Los mecanismos de “*protección indirecta*” de algunos DES. Dentro del mismo canon constitucional de tutela (art. 20 CPR), los tribunales han prescrito el amparo de algunos DES por vía colateral, ya sea por “conexión” o “incorporación”, admitiendo la protección de algunos DFS por tres vías indirectas:

aa) *El derecho de propiedad*. El establecimiento de un derecho dominical en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, corporales o incorporales, ha permitido la tutela de diversos DES (medio ambiente, derecho a la salud, derecho a la educación, libertad de enseñanza, derecho al trabajo, libertad de trabajo, derecho a huelga, derechos a la seguridad social), principalmente ligados a las relaciones privadas contractuales, reconociendo para ello la propiedad sobre diversos elementos integradores de dicha relación.

bb) *El principio de igualdad*. La construcción jurídica de la igualdad y la prohibición de discriminaciones arbitrarias ha permitido a los tribunales proteger en algunos casos ciertos DES (medio ambiente, educación, derecho a huelga y seguridad social), cuando el accionar vulnerador incurre en diferenciaciones injustificadas o carentes de razón (discriminación arbitraria) o cuando el fundamento de un trato normativo diferenciado incurre en igual carencia legitimadora.

¹ Hasta la última reforma constitucional contenida en la Ley N° 20.050 de 2005, el derecho social a vivir en un medio ambiente libre de contaminación tenía como requisitos de concurrencia copulativa la ilegalidad y la arbitrariedad. En la actualidad rige el criterio general de la ilegalidad o arbitrariedad.

cc) *El derecho a la vida*. En forma particular el derecho constitucional a la protección de la salud ha sido amparado en ciertas oportunidades por incorporación, integrando el contenido constitucional de este derecho al contenido esencial del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, reconociendo que determinadas situaciones que afectan la salud alcanzan la vida de los sujetos.

Desde la perspectiva metodológica, el tipo de estudio será de carácter explicativo, pretendiendo conformar los elementos característicos del fenómeno a estudiar y dar razón de cómo tales elementos se estructuran y bajo qué parámetros. Se busca exponer cómo, de qué forma y bajo qué criterios reflexivos los tribunales constitucionalmente vinculados en la protección y garantía de los DDFP han dispuesto el amparo de los DES. Será una investigación de tipo documental, utilizando como base material del conocimiento los escritos vinculados al tema tratado, que permitan racionalizar la actividad investigativa buscando que la indagación se realice dentro de las condiciones que aseguren la obtención y autenticidad de la información. Los documentos bibliográficos a utilizar como fuentes primarias son los textos constitucionales español y chileno y la jurisprudencia tanto del TCE como de los TSJ chilenos (sentencias de las CAP no revocadas por la CS, y sentencias de la CS que revocan una sentencia de las CAP o incorporan un razonamiento jurídicamente relevante). Como fuentes secundarias se manejarán la bibliografía general sobre DDFP (libros, monografías y artículos) y bibliografía particular sobre DES (libros, monografías y artículos), especialmente española y chilena.

Se utilizó un método inductivo-analítico de selección de sentencias. A partir del contenido de los fallos de los tribunales en materia de DDFP se busca extraer los criterios conformadores de los modelos explicativos de tales razonamientos. Para ello se identificó y procesó cada una de las partes del objeto de estudio, con la finalidad de poder establecer la forma y contenido de la estructuración de los modelos y de la forma en que los órganos jurisdiccionales construyen la tutela. Las sentencias han sido elegidas de forma aleatoria, con miras a enfocar con objetividad científica la investigación, excluyendo toda inclinación subjetiva en la recolección que pudiera influir en el desarrollo del trabajo.

El trabajo se estructura en tres capítulos y un apartado de conclusiones. En el capítulo I se analizan, de forma descriptiva y como marco teórico, los principales elementos conformadores de los DES como categoría general, poniendo al tanto del estado de la cuestión sobre la materia. En esta línea se realiza una revisión somera de la génesis histórica y constitucional de los DES, un análisis del Estado social como sustrato político-jurídico básico, la construcción jurídica de los DES, con particular énfasis en la conflictualidad doctrinal en torno a la calidad de derecho fundamental (DF) de éstos y sus fundamentos, su estructura como derechos y garantías, efectuando planteamientos particulares al respecto. Junto al desarrollo de tales nociones se plantean posiciones jurídicas favorables

a esta categoría jurídica, una conceptualización y argumentos a favor de una fundamentación igualitarista de los DES.

En el capítulo II se examina el modelo jurisprudencial español de tutela. Para ello, y previamente, se plantea la discusión doctrinaria española en torno a la fundamentalidad de esta categoría en la CE, adoptando al respecto una posición a favor de los DES. Luego se analiza el modelo, particularmente la estructuración de la cláusula social y democrática como matriz institucional de garantía, la protección directa de los DES, indicando los principales elementos conformadores de ella (contenido esencial de los derechos, desarrollo legislativo y límite a los DES) y, finalmente, la protección indirecta, ya sea por conexión (principio de igualdad y derecho al honor y a la intimidad personal y familiar como vía de protección de la libertad sindical) o por incorporación (el derecho a la negociación colectiva como parte integrante del contenido esencial del derecho a la libertad sindical y el derecho a un medio ambiente descontaminado y a una vivienda digna y adecuada como integrantes del contenido esencial del derecho de propiedad).

El capítulo III está referido al modelo jurisprudencial chileno. Primeramente se lleva a cabo una revisión doctrinal en torno a la fundamentalidad de los DES y cómo la CPR establece una equiparación entre los DDFF. En seguida se examina el armazón institucional de tutela del art. 20 CPR, para luego examinar la protección concreta, tanto directa como indirecta, de los DES bajo tal diseño estructural. Acto seguido se analizan en forma particular los mecanismos de tutela indirecta, principalmente por medio del derecho de propiedad y del principio de igualdad (tutela conexas), como también por medio del derecho a la vida como instrumento específico de tutela del derecho a la salud (tutela por incorporación). En el último apartado se exponen las principales conclusiones de la investigación, otorgando una explicación global y comparada entre los modelos previamente estudiados.

Este trabajo es producto de la investigación realizada para obtener el grado de Magíster en Derecho Público, mención Derecho Constitucional, en la Universitat Autònoma de Barcelona, por lo que debo agradecer primeramente a mi tutor en aquel periodo, Prof. Dr. Juan Carlos Gavara de Cara. Igualmente debo reconocer el aporte de los profesores y amigos que realizaron comentarios a este texto, como de aquéllos con quienes pude tener agradables y provechosas conversaciones en torno a los DES, entre ellos Joan Lluís Pérez Francesch (Universitat Autònoma de Barcelona), Jaime Bassa Mercado (Universidad de Viña del Mar) y Eric Eduardo Palma González (Universidad de Chile). Especialmente, quiero agradecer a la Universidad Alberto Hurtado (UAH) por brindarme la oportunidad de participar en su proyecto académico de excelencia y por publicar este trabajo. En particular tengo deudas intelectuales y de afecto con los profesores y amigos de esta casa de estudios Enrique Rajevic Mosler, quien ha apoyado mi labor académica y pacientemente corrigió y mejoró considerablemente esta

monografía, Héctor Hernández Basualto, que le dio “forma” a este trabajo y Álvaro Villanueva, quien realizó certeros y relevantes comentarios al capítulo III. Por último, quiero y debo agradecer a mi esposa María Gabriela González, compañera incondicional en mis divagaciones de vida e intelectuales de los últimos años, quien ha representado un apoyo indispensable para iniciar, desarrollar y concluir este trabajo.

I. LOS DES COMO CATEGORÍA JURÍDICA

1. Introducción

Los DES se han conformado a nivel constitucional sobre una base de conflictualidad, complejidad y progresismo. De conflictualidad, pues la ontología, relevancia y carácter de derechos de nivel constitucional de esta categoría de derechos ha sido el centro de serias disputas, de modo que su incorporación al estadio de la fundamentalidad ha estado marcada por el derrotero de la incerteza configurativa. La complejidad de los DES está determinada por su tipología heterogénea, pues concurren en su estructuración tanto derechos de libertad como de prestación estatal. Esta carencia de uniformidad estructural impide la elaboración de conceptualizaciones generales que describan a los DES en su real dimensión como derechos, ya que frente a tan brumoso horizonte se ha optado por posiciones reduccionistas con miras a limitar el objeto de estudio y a simplificar su análisis.

Junto con ello, la irrupción de los DES en el marco democrático-constitucional representa un avance en el desarrollo jurídico y en la reconsideración de la persona humana como sujeto de derecho. Los DES incorporan en la organización normativa fundamental al sujeto considerándolo en una dimensión integral, no sólo como un ente autónomo, libre y abstracto, sino como actor político-jurídico en lo real, de modo que la Constitución, a través de la incorporación de esta categoría de derechos, se transforma en norma jurídica fundamental y reflejo contextual.

La construcción jurídica de esta categoría no puede ser entendida aisladamente, sino que exige una ordenación explicativa de los factores que confluyeron en su irrupción en los órdenes constitucionales modernos. La crisis del Estado liberal de Derecho, como consecuencia de la incapacidad de dar solución a las nuevas realidades y conflictos sociales, fija el surgimiento de un nuevo paradigma social, el Estado social. Este modelo de Estado se sustenta en la búsqueda de la realización material igualitaria, reconociendo que los sujetos situados en posiciones de precariedad gozan de derechos para la obtención de dicha finalidad. Los DES se incorporan desde sus orígenes a los ordenamientos constitucionales desde una doble perspectiva: como derechos de libertad y de prestación. Los DES de libertad tienen igual estructura jurídica que los derechos de libertad tradicionales² (por ejemplo, el derecho a la libertad de trabajo, de enseñanza, de

² Desde la perspectiva dogmática, los derechos de libertad son una especie de derechos de defensa, caracterizados estos últimos por el imperativo de abstención de conductas y acciones por parte del destinatario del derecho que afecten el ejercicio del derecho. Esta

sindicación), exigiendo al Estado un rol inactivo. Se ordenan sobre la base de la clásica libertad liberal (positiva y negativa), es decir, sobre el reconocimiento del ejercicio del derecho en forma libre, por un lado, y el imperativo al Estado y a terceros de no entorpecer el ejercicio de tal libertad, por el otro. Junto a ello, los DES a prestaciones estatales tienen como sujeto pasivo al ente estatal, el cual debe disponer tanto de los bienes materiales (prestaciones propiamente tales) como de una ordenación normativa que permita su realización sustancial (regulación social).

Ahora bien, la configuración jurídica de los DES no está ajena a complejidades. Su almacén jurídico heterogéneo (rol del Estado vs. autonomía individual), su carencia de autoaplicabilidad inmediata derivada de la necesidad de desarrollo legislativo - principalmente de los derechos de prestación, aunque también los de libertad (por ejemplo el derecho a la huelga o a la libre sindicación) - y su falta de eficacia material (no exigibilidad inmediata) concurren como las principales trabas jurídicas al consenso doctrinal y jurisprudencial sobre su carácter de derecho. Las posiciones tradicionalistas, ligadas al constitucionalismo originario, abogan por una negativa existencial de esta categoría, reduciéndola a una tipología infraconstitucional, donde el legislador y la administración son los entes llamados a darles germen y desarrollo. En contrariedad a lo anterior, se ha estimado que los DES constituyen una categoría de derechos de nivel constitucional, al no existir en su construcción jurídica diferencias sustantivas que los distinguan de los clásicos derechos de libertad, situando su menor eficacia material en parámetros extra-jurídicos, ligado más bien al sujeto constituyente.

El presente capítulo es una aproximación descriptiva y general a los DES, analizando sus aspectos conformadores (génesis, Estado social como marco político-jurídico, incorporación a los preceptos constitucionales) y relevantes como categoría jurídica (conceptualización, fundamentos, estructura jurídica, garantía). Se efectúa una propuesta concreta y global de lo que debe entenderse por DES, razonando en torno a los conflictos de su constitucionalización, fundamentación y eficacia.

categoría de derecho faculta a su titular para ejercer las acciones pertinentes con miras a la tutela de su derecho, ya sea por medio de la existencia de mecanismos de protección directa o por vías genéricas posibles para recurrir ante la justicia ordinaria. Igualmente, el Estado está obligado a conferir amparo a tales derechos por medio de decisiones y acciones que concreten tal protección (específicamente mediante ley), significando para el ente estatal un imperativo de actuación y de adopción de medidas ante un eventual perjuicio de los derechos ante acciones provenientes tanto del propio Estado como de terceros. Vid. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, "Derechos fundamentales", en GAVARA DE CARA, Juan Carlos (editor), *Constitución, desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario*, J.M. Bosch / Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona 2004, p. 39. Al constituirse los "derechos de libertad" como los más representativos derechos de defensa, y ser la denominación comúnmente utilizada en la literatura y jurisprudencia, en la presente investigación se recurrirá a esta expresión como categoría antinómica de los derechos de prestación.

2. De la crisis del Estado liberal de Derecho al Estado social (sinopsis histórica)

La aparición de los DES en el escenario jurídico encuentra su origen en los conflictos socio-económicos acaecidos en el siglo XIX³ y en nuevas necesidades vislumbradas en el siglo XX⁴. La construcción jurídico-constitucional sobre la base única de los derechos de libertad (Estado de Derecho liberal)⁵, caracterizada por la autonomía individual y un rol inactivo del Estado, fue incapaz de dar respuestas efectivas a las exigencias sociales (necesidades individuales y colectivas), siendo responsable de las situaciones de pobreza y desigualdad existentes⁶.

Progresivamente se forjaron nuevos requerimientos y demandas sociales derivados de los avances materiales e inmateriales generados en el siglo XX, con miras a corregir y mejorar el nivel de vida de la población. Tales necesidades fueron incorporadas en el imaginario social, reflejando las aspiraciones de sociedades disconformes con sus situaciones particulares⁷. La pugna jurídico-política por la libertad (fin de las autocracias y de la arbitrariedad) ya había sido dada y ganada en gran parte, produciéndose un desplazamiento del eje conductor y del sujeto activo de los derechos, pasando de la centralidad y protagonismo

³ PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 8º edición, Tecnos, Madrid 2003, p. 82 y s.; VELASCO ARROYO, Juan Carlos, “Los derechos sociales y la crisis del Estado de bienestar”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura* N° 7, 1989, p. 414.

⁴ BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires 1991, p. 330.

⁵ El Estado de Derecho liberal o clásico tuvo por finalidad limitar la monarquía absoluta, sometiendo la actuación de la autoridad al Derecho. Se buscaba, como asevera DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, *Revista de Ciencias Sociales Sistema*, N° 25, 1995, pp. 7-9, “seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades y que, a su vez, ampliando el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad; y ello, tanto en positiva intervención en los asuntos públicos como de negativa interferencia de los demás”. Este mismo autor fija como características del Estado de Derecho las siguientes: a) imperio de la ley sobre gobernantes y ciudadanos; b) división de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial, con predominio del legislativo); c) fiscalización de la administración (interdicción de la arbitrariedad y respeto a principio de legalidad) y, d) Derechos y garantías fundamentales y garantías jurídicas (penales, procesales, etc.), como también la realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas.

⁶ En este sentido, y fijando la libertad como fundamento de los DES, CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid 1994, p. 16, expone: “Los derechos sociales surgirán de un ‘descubrimiento’ elemental: la libertad está amenazada por el despotismo, pero también por el hambre y la miseria, la ignorancia y la dependencia. El liberalismo decimonónico había adolecido de una sospechosa ‘indignación selectiva’: su gesticulante reprobación de la ‘tiranía de las personas’ iba acompañada de un silencio cómplice frente a lo que Louis Blanc llamó la ‘tiranía de las cosas’, la opresión económica, ‘ese otro despotismo impalpable, mil veces más cruel que cualquier despotismo de rostro humano’. Los derechos sociales, por tanto, intentarán combatir las formas de no-libertad interesadamente omitidas por el liberalismo tradicional”.

⁷ BIDART CAMPOS, cit., p. 330.

del individuo a los del grupo, llegándose a la convicción de que era la propia sociedad la obligada al otorgamiento de las prestaciones deseadas y consideradas como debidas⁸.

Este marco socio-político y de crisis jurídica conllevó el cambio de modelo de Estado de Derecho, de uno de corte liberal a otro de tipo social, caracterizado principalmente por el abandono por parte del Estado de su posición de inhibición, con miras a dar respuesta y cabida a las nuevas exigencias y derechos (sociales)⁹. Se ha sostenido que el nacimiento de los DES estuvo determinado por una triple y conjunta concurrencia: a) la convicción de que el Estado no era el enemigo natural de la autonomía individual, frente al cual había que protegerse, sino un “auxiliar decisivo y el principal organizador de la liberación social”; b) la desaparición gradual de la creencia en la naturalidad del Estado (preexistencia inmodificable: necesaria e inevitable) y el progreso hacia una perspectiva supeditada “por los rasgos de artificialidad y funcionalidad social”; y c) a consecuencia de lo anterior, la necesidad de abandonar la posición de neutralidad estatal para asumir un enfoque de intervención positiva, con miras a lograr nuevos niveles de bienestar general y un goce “general e igualitario de los derechos fundamentales”¹⁰.

⁸ DE CASTRO CID, Benito, *Los derechos económicos, sociales y culturales, Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León 1993, p. 40. Por su parte, RODRÍGUEZ OLVERA, Óscar, *Teoría de los derechos sociales en la constitución abierta*, Comares, Granada 1998, p. 16, en este sentido sintetiza y expone: “Las ideas surgidas de las extremas necesidades del siglo XIX, una profunda actitud crítica, el reclamo de igualdad, el protagonismo de grupos sociales ante los individuos junto con la insistencia de la justicia social y el desencanto de los ‘socialistas que primero fueron liberales defraudados’, integraron la transformación doctrinal de la teoría social y política en pro de una insistente proposición muy concreta: el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como símbolo de la ‘apertura hacia un tipo de derechos cuya realización efectiva exigía la intervención de esa misma organización estatal’”.

⁹ PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 82 y s.; VELASCO ARROYO, cit., p. 414. Junto a ellos, BALDASSARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001, p. 21, sostiene que, desde una perspectiva jurídica-social, la relevancia constitucional de los DES no se debió a la “acción de un movimiento político y social específico y unívoco”, sino a una multiplicidad de impulsos sociales, no del todo coherentes en su accionar.

¹⁰ DE CASTRO CID, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., p. 39 y s. Desde una perspectiva de continuidad histórica iusfundamental, Peces-Barba y otros sostienen la inexistencia de contradicción evolutiva entre la aparición del Estado social (y de los DES) y los valores liberales. Para estos autores, factor determinante en el proceso de gestación y desarrollo de los DES lo constituyó la ampliación de los derechos políticos (principalmente el sufragio universal y derecho de asociación), categoría de derechos que estableció el puente transicional desde los derechos de libertad hacia los DES. Los DES se conforman jurídicamente a la luz de las posiciones de contradicción entre Estado (intervención estatal) y sociedad civil (autonomía individual), pues, la participación de los ciudadanos, por los mecanismos democrático-representativos, constituye el medio por el cual las demandas ciudadanas (DES) se dirigen hacia el Estado. Señala Peces-Barba: “No hay derechos sociales sin intervención del Estado, y sin la participación de los ciudadanos reclamando de éste,

En síntesis, podemos fijar como elementos que determinaron la génesis de los DES los siguientes: a) los conflictos socio-económicos del siglo XIX; b) el surgimiento de nuevas necesidades como consecuencia de los nuevos avances materiales e inmateriales; c) la crisis del modelo de Estado de Derecho liberal; d) la nueva percepción e interpretación del Estado, no visto como un ente antagónico, sino como complemento indispensable en la solución de los problemas sociales; y e) el paso del individuo al grupo como actor jurídico central del nuevo modelo de Estado, al considerar a ciertos colectivos emergentes, en particular el grupo trabajador, como sujetos dignos de titularidad de una nueva categoría de derechos en este nuevo contexto estatal.

3. La estructuración del Estado social como sustrato político-jurídico

A partir del frágil desarrollo social del siglo XIX y particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, el Estado social adquiere un cariz palmariamente diferente al del Estado liberal. Las circunstancias sociales obligaron a las autoridades políticas a enfrentar el problema social, produciéndose una conciliación entre los intereses de los trabajadores y de la autoridad, lo que derivó en la consagración de una profusa legislación laboral desde comienzos del siglo XX. En tal línea, el origen del Estado social estuvo determinado por variables económicas, sociales y políticas, en la búsqueda del compromiso entre el progreso económico y el social. Desde la perspectiva política el Estado social se vislumbró como una fórmula que busca el logro de la paz social (estabilidad política), la que únicamente se podía fundar en la justicia social¹¹.

La instauración del Estado social como una crítica directa al Estado liberal¹² orientó un cambio en la forma de concebir el Estado, adquiriendo la estatalidad un papel preponderante en la protección de los sujetos y de sus DDFF. Se produjo una rotación posicional del Estado, en términos de HABERMAS: “Este cambio social del derecho o giro social del derecho fue percibido y entendido de entrada como un proceso en cuyo curso una comprensión instrumental del derecho, asentada sobre una idea de justicia articulada en términos de Estado social, recubrió, desplazó y finalmente relevó al modelo liberal de derecho”¹³.

por un procedimiento jurídico, situado en la democracia parlamentario-representativa”. Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, Revista Derechos y Libertades N° 6, 1998, p. 21 y AA. VV., *Lecciones de derechos sociales*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, p. 22.

¹¹ RUBIO LARA, María Josefa, *La formación del Estado social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1991, pp. 437-439, 442 y s.

¹² FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado social”, Revista española de derecho constitucional, N° 69 (septiembre / diciembre) 2003, p. 148.

¹³ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid 2005, p. 471.

El Estado social, desde una perspectiva teleológica, busca asegurar el sustento de los sujetos a través del otorgamiento de prestaciones y políticas redistributivas¹⁴. El modelo pretende conjugar la autonomía individual de las personas frente al Estado (ante el poder) y entre los propios sujetos particulares, interviniendo el Estado con miras al bienestar general de la sociedad y en particular de los más desvalidos, ello, en el contexto de la forma de gobierno democrática. Se ha considerado al Estado social como “consecuencia del proceso de democratización del Estado”, que debe velar por dar respuesta a los requerimientos de todo el grupo social, no únicamente de sectores privilegiados¹⁵.

Este tipo de Estado se desarrolla sobre la base de ciertos elementos básicos estructurales: a) mantención de la autonomía individual de los sujetos, aunque en constante tensión con la estatalidad¹⁶; b) papel preponderante del Estado (eco-

¹⁴ FORSTHOFF, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social”, en ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst, DOEHRING, Karl, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, p. 49. FORSTHOFF, “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, cit., p. 78 y s., plantea una tesis de no constitucionalidad necesaria del Estado social (y también de los DES), sosteniendo que el legislador democrático y la administración han sido las instituciones encargadas de la mutación del tipo de Estado. Expresa el autor germano: “La historia de la administración ofrece, en cambio, una imagen completamente diferente en el transcurso de los últimos cien años. Ello no constituye sorpresa alguna. La administración se enfrenta con la realidad social del modo más directo y no puede esquivar sus exigencias. Casi todas las instituciones de nuestro Derecho público, que han transformado al Estado en un Estado social, son obra de la legislación y de la administración. Se han creado y existen desde hace años sin que las constituciones hayan tomado nota de ello. No es, pues, por el ámbito constitucional, sino por el de la administración por donde el Estado social ha penetrado en la teoría del Derecho público... El derecho constitucional y el Derecho administrativo considerados desde la perspectiva del Estado social, presentan un aspecto completamente diferente. Mientras que la constitución tradicional, democrática, con la separación de poderes, se muestra distante respecto de los esfuerzos en la formación del Estado social, el derecho administrativo ha pasado por un profundo proceso de mutación en toda su sistemática cuyo resultado hoy es el Estado social en una forma que todavía no es definitiva. Pero que está ya muy avanzada”.

¹⁵ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 10ª edición, Marcial Pons, Madrid 2005, p. 192.

¹⁶ Para BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid 1991, pp. 115 y 118, la consagración de DES es conflictiva al analizarlos en perspectiva comparativa con los derechos de libertad, a raíz de la mayor intervención estatal requerida. Expresa el autor italiano: “...se ha producido el paso de los derechos de libertad, de la llamada libertad negativa, de religión, de opinión, de prensa, etc., a los derechos políticos y sociales, que requieren una intervención directa del Estado... Resulta superfluo añadir que el reconocimiento de los derechos sociales plantea, además del problema de la proliferación de los derechos del hombre, problemas bastante más difíciles de resolver respecto a aquella ‘praxis’ de la que he hablado al comienzo, porque la protección de estos últimos requiere una intervención activa del Estado que la protección de los derechos de libertad no requiere, y se ha producido aquella organización de servicios públicos de la que ha nacido una nueva forma de Estado, el Estado social”. A raíz de esta *tensión* entre sujeto autónomo y rol preponderante del Estado (autonomía privada vs. autonomía pública), HABERMAS, cit., pp. 491-493, ha planteado la necesidad de superar el paradigma del Estado social por otro que resuelva tal conflictividad,

nómico-social), en particular del poder ejecutivo (administración); c) políticas redistributivas con el objeto de generar mayores cotas de igualdad; d) garantías mínimas de subsistencia; e) consagración de DES para el logro de tales fines; y f) marco democrático para su existencia, conservación y desarrollo¹⁷.

proyectando un “paradigma procedimental del derecho” caracterizado por la generación de conexiones comunicantes entre las dos polaridades (privada y pública), que garanticen la coexistencia de ambas autonomías, debiendo el derecho su legitimidad a estas formas de comunicación. Este autor expresa que entre el camino de regreso al neoliberalismo y un Estado social que amenaza la autonomía privada, este último debe proseguir “en un plano superior de reflexión”. El objetivo central o “intención rectora” del nuevo paradigma, en palabras del autor alemán, “sigue siendo la de domesticar el sistema económico capitalista, es decir, la de ‘reestructurarlo’ social y ecológicamente por una vía por la que simultáneamente quepa ‘refrenar’ el empleo de poder administrativo, es decir, quepa ‘entrenar’ a éste desde puntos de vista de efectividad y eficacia en formas moderadas de regulación y control indirectos, así como reconectarlo retroalimentativamente con el poder comunicativo desde puntos de vista de legitimidad, inutilizándolo al propio tiempo contra el poder legítimo... La elección de la forma de derecho que convenga ha de permanecer referida, mas bien, al sentido original del sistema de derechos, es decir, asegurar *uno actu* la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos por vía de que todo acto jurídico pueda entenderse a la vez como una contribución a la configuración política-autónoma de los derechos fundamentales, es decir, pueda entenderse como elemento de un proceso constituyente planteado a largo plazo”.

¹⁷ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis, “Reflexiones sobre los derechos sociales y su eficacia jurídica”, *Revista General de Derecho* N° 628 / 629 (enero-febrero), 1997, p. 161 y s., afirma que lo característico de esta forma de organización estatal es “su carácter abierto y flexible que tiene por objetivo último lograr un equilibrio entre libertad e igualdad siempre sujeto a cambios y reajustes y pendiente, en todo caso, de la preferencia política de los ciudadanos manifestada en las distintas elecciones, como corresponde al pluralismo político consolidado en la Constitución como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico”. Para este autor, el Estado social posee como elementos propios relevantes el imperio de la justicia redistributiva; una mayor intervención de los poderes públicos al objeto de dotar de contenido material a la libertad individual; detrimento del órgano parlamentario en favor del Poder Ejecutivo; reducción de la desigualdad como prioridad estatal, y la presencia de un escenario tensional entre la sociedad civil (autonomía individual) y la intervención estatal. Por su parte, AÑÓN ROIG en AA. VV., *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 23 y s., fijan como características del Estado social la existencia de un pacto de conciliación entre liberalismo y el “capitalismo intervencionista o estado neocapitalista”; la generación de seguridad y certeza económica otorgando un mínimo de bienestar; una mayor intromisión estatal en materias económico-sociales; existencia de un pacto global de estabilidad económica (políticas redistributivas y crecimiento del gasto fiscal); extensión de derechos sociales; la institución de bases de diálogo, negociación y concertación de fuerzas sociales y, la garantía de un salario mínimo vital con el objeto de erradicar la extrema pobreza. Traduciendo los elementos estructuradores del Estado social a lenguaje jurídico, ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª edición, Trotta, Madrid 2004, pp. 54-56, sitúan los presupuestos del Estado social en la intromisión de dimensiones colectivas en el derecho (sujetos de derechos colectivos – sindicatos, asociación de consumidores-, instancias y facultades de negociación colectivas, categorías colectivas de sujetos de derechos – trabajadores, consumidores, miembro de grupo vulnerable, etc.); consideración de las desigualdades materiales y la protección jurídica por medio del trato desigual para situaciones diferentes; limitación al principio de autonomía individual; mayor intervención del derecho público en ámbitos de gestión privada (organización de servicios públicos, regulación de actividad privada, o agencias reguladoras); modificación del tipo de

La nueva estatalidad tiene una doble faz, una política y otra jurídica. En su configuración concurre una decisión por parte del poder político de otorgar mayor relevancia y potestades al Estado con miras a la generación de políticas de mejoramiento sustancial de las personas. Sobre esta base (política) se produce la traducción jurídica, pues el poder político junto con fijar el sustrato político establece la ordenación jurídica de tales fundamentos, expresándose en la consagración de normas que instituyen conjunta o indistintamente cláusulas sociales (Alemania, España), normas directrices que permitan su protección expresa o por vía hermenéutica (Italia)¹⁸ o catálogos de DES de mayor o menor intensidad en su eficacia material (España, Italia, Portugal, entre otros) marcando de tal manera el derrotero legislativo y jurisprudencial¹⁹.

Este marco social del Estado se instaura como el sustrato político-jurídico indispensable para la consagración y protección de los DES, produciéndose una utilización del aparato estatal para tales fines²⁰. Como indica HÄBERLE, refiriéndose a la cláusula de Estado social alemana, ésta “sirve para la creación de prerequisites materiales básicos”, fijando mínimas prestaciones para asegurar la existencia vital y espiritual, y las competencias requeridas para proceder a la ejecución de las tareas sociales constitucionales²¹. La preeminencia estatal obliga al propio Estado a adquirir responsabilidades dirigidas a la generación de condiciones que permitan el pleno goce de tales derechos constitucionalmente consagrados²², adoptando modalidades heterogéneas para tales fines, como lo

responsabilidad del Estado (responsabilidad objetiva); extensión de las funciones estatales (regulación, control, tutela de bienes colectivos) e incorporación de acciones procesales colectivas o transindividuales.

¹⁸ La Constitución italiana no tiene cláusula social, pero la jurisprudencia ha interpretado el art. 3.2 con tal sentido. Expresa este artículo: “Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

¹⁹ Para COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 33, el Estado social tiene como objetivo la “realización de una idea de igualdad” y partiendo de esta afirmación teleológica no se presenta como requisito *sine qua non* la existencia de un desarrollo normativo extenso o cláusulas que contengan un “inventario exhaustivo de tareas y contenidos a efectuar en este sentido” (social), como la Constitución alemana o Italiana.

²⁰ CONTRERAS PELÁEZ, cit., pp. 15, 17 y 18.

²¹ El autor alemán, junto con la cláusula social, indica a las normas reguladoras de derechos básicos como encargadas de la “normativización” de las “tareas constitucional y estatal básicas propias del ámbito de lo social”, tareas que reúnen en su seno la libertad dogmática establecida como oportunidad y requisito de participación a la vez en otros derechos básicos junto con los principios de competencia, direccionamiento y defensa frente a injerencias improcedentes”. Vid. HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y constitución*, Tecnos, Madrid 2002, p. 204.

²² MONEREO PÉREZ, José Luis, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Consejo Económico y Social (CES), Madrid 1996, p. 161 y s.

representan la intervención directa (prestaciones) o las funciones de fiscalización, prevención y sanción²³.

Los DES se incorporan como una pieza esencial a este tipo de estatalidad²⁴, permitiendo y garantizando su desarrollo, su eficacia y la auto-subsistencia del modelo social. La relación Estado social / derechos-sociales se estructura de manera bidireccional, en cuanto el modelo social de Estado representa el medio para el desarrollo de los DES, y la configuración normativa de éstos permite al modelo lograr las finalidades que le son consustanciales. En síntesis: no hay DES sin Estado social, y no hay Estado social sin DES.

4. La constitucionalización de los DES

Los DES han sido parte de la estructura constitucional, aunque inicialmente en forma débil, desde hace más de 200 años, no existiendo, sin embargo, acuerdo doctrinal en cuanto al texto constitucional en el que se produjo su irrupción²⁵. Algunos plantean que los DES se instituyeron en la norma fundamental en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que precede al proyecto de Constitución Republicana de 1793²⁶. Un segundo grupo dogmático sitúa la plasmación constitucional de los DES en la Constitución francesa de 1848²⁷.

El proyecto político-jurídico de 1793²⁸ contenía tres artículos (17, 21 y 22) con alcance jurídico-social. Tales disposiciones garantizaban la libertad de trabajo, las prestaciones públicas hacia los más desfavorecidos y el derecho a la educación como necesidad y obligación²⁹. Por su parte, el Preámbulo de la Constitución

²³ DÁVALOS MARTÍNEZ, Héctor, “Derechos sociales y constitucionalismo social. Aportación mexicana”, Revista de las Cortes Generales N° 16, primer cuatrimestre 1989, p. 46.

²⁴ VELASCO ARROYO, cit., pp. 425-427 y PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto*, cit., p. 21 y s.

²⁵ GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo / Civitas, Madrid 2002, p. 84 y s.

²⁶ Adhieren a esta postura, entre otros, VELASCO ARROYO, cit., pp. 414-416; BÖCKEN-FÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden 1993, p. 72 y s.

²⁷ Abrazan esta línea doctrinal, entre otros, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Cedecs, Barcelona 1997, pp. 27-31; DE CASTRO CID, Benito, “Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales”, Anuario de Filosofía del Derecho, T. XV, Ministerio de Justicia / Ministerio de la Presidencia, Madrid 1998, p. 33.

²⁸ Se ha utilizado el texto contenido en VERA SANTOS, José Manuel, *Las constituciones de Francia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, p. 104 y s.

²⁹ VELASCO ARROYO, cit., p. 415, expresa que: “En dicha Constitución, más que reconocer unos derechos reclamables individualmente, lo que se establece es un conjunto de obliga-

francesa de 1848 disponía en su punto VIII el deber de la República de proteger al ciudadano en su aspecto laboral y educativo (instrucción al alcance de cada uno), y de asistencia a los necesitados (gestionándoles trabajo o ayuda a quienes no pudieran trabajar). El art. 13 del capítulo II consagró todo un sistema laboral y de seguridad social. Aseguró la libertad de trabajo, vinculando el fomento del trabajo con la educación primaria gratuita y la educación profesional; fijó criterios de igualdad entre los obreros y el patrón; instituyó con rango constitucional las instituciones de previsión; dispuso las obras públicas necesarias para dar empleo a los desocupados, y la asistencia a niños, enfermos y ancianos carentes de medios económicos y auxilio familiar. Todo lo anterior se asentó como un deber de la sociedad para con sus ciudadanos desvalidos.

El análisis particularizado de estos preceptos fundamentales reafirma la primera posición esbozada, ya que la constitucionalización de los DES en el proyecto de 1793 materializó expresamente y desde una perspectiva sustancial DES en un texto, instituyendo además, la ordenación básica de tales derechos en el orden constitucional. El texto de fines del siglo XVIII supuso la incorporación de derechos vinculados a la carencia sustancial de los sujetos (trabajo, asistencia prestacional y educación), haciendo coincidir en un mismo texto derechos de tipo civil y político con una normatividad de tipo social. De igual modo, la norma fundamental determinó la estructura básica de los DES desde una doble perspectiva: a) como libertad - de trabajo en este caso - y b) como deberes del Estado y de la sociedad. Tal binomio jurídico estructural no contradictorio (libertad / deber) ha sido recorrido y mantenido en los actuales armazones constitucionales³⁰.

A partir del primer quinto del siglo XX diversos Estados recogieron las demandas y pretensiones jurídico-sociales, afinando en sus textos fundamentales disposiciones de ese carácter. Esta reorientación estatal dio cabida a un nuevo constitucionalismo de corte social³¹. La institucionalización constitucional se

ciones que la sociedad tiene de cara a aquellos que poseen menos recursos; se podría decir que es el inicio de una legislación social, pero de un especial significación por situarse en la cúspide de la jerarquía normativa”.

³⁰ MARTÍNEZ ESTAY, cit., p. 27 y s., sostiene que los DES aparecen en la perspectiva jurídico-constitucional en la Constitución francesa de 1848, momento socio-político en el cual la sociedad “creyó” en la necesidad de modificar el orden liberal, pues, se consideró su inclusión como la única vía para lograr tal mutación. Asevera este autor: “Por lo anterior, puede sostenerse que la primera formulación de derechos sociales fue la efectuada por la Constitución francesa de 1848. La razón es simple: sólo puede hablarse de derechos sociales a partir del momento en que la sociedad creyó necesaria la transformación del orden liberal, pues constituyen uno de los medios para alcanzar tal fin. Y aquel momento sólo llegó a mediados del siglo XIX, precisamente la época en que surgió dicha Constitución consecuencia de una revolución social... La consagración de derechos sociales en la Constitución francesa de 1848, fue el primer paso hacia un nuevo enfoque del constitucionalismo, acorde con la idea de reformar la estructura de la sociedad: el constitucionalismo social”.

³¹ BIDART CAMPOS, cit., p. 330.

sustentó en la búsqueda de la igualdad, no sólo política (sufragio), sino también social, utilizando la igualdad como diferenciación a modo de instrumento o vía de equiparación. Se buscó la instauración de medios que permitieran obtener una igualdad en el punto de llegada y no sólo en el de partida, como es característico de la igualdad formal, propia de los derechos de libertad³². La igualdad sustancial exigía la cobertura de las necesidades básicas, sin la cual las personas no podrían lograr su pleno desarrollo socio-político, con la consiguiente mantención de los patrones de exclusión con relación a su participación en el proceso político y en los beneficios sociales (democracia exclusiva, no inclusiva)³³.

La adopción de la nueva tipología estatal no distinguió entre gobiernos conservadores o progresistas, liberales o de corte socialista, pues la socialibilidad del Estado se incorporó como respuesta o fórmula de solución frente a la realidad (los procesos de industrialización y profundización democrática)³⁴.

Los primeros textos fundamentales del siglo XX que incorporaron DES como parte integrante de su articulado fueron la Constitución mexicana de 1917 (Constitución de Querétaro), la Constitución alemana de 1919 (Constitución de Weimar), la Constitución chilena de 1925, la Constitución española de 1931 y la Constitución irlandesa de 1937. Desde mediados del siglo XX otros textos incorporaron DES, como es el caso de la Constitución italiana de 1947, la nueva Constitución alemana de 1949 (Ley Fundamental de Bonn), la Carta Política portuguesa de 1976, la Constitución española de 1978³⁵ y, débilmente, la Constitución chilena actualmente vigente³⁶.

³² AA. VV., *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 23.

³³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto*, cit., p. 25.

³⁴ AA. VV., *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 24. Por su parte, BALDASSARRE, cit., p. 24, efectúa una sintética y expedita revisión en este sentido: “Los gobiernos que con mayor fuerza impulsaron el reconocimiento de los ‘derechos sociales’ fueron sumamente diferentes desde el punto de vista ideológico: en Alemania el seguro obligatorio para todos los trabajadores de la industria, para los inválidos y para los ancianos se promovió (desde 1881) y luego se introdujo (con dos leyes, de 1884 y 1889) por el conservador Bismarck; en Italia los primeros desarrollos fundamentales fueron obra de gobiernos conservadores (basta pensar en la Ley Crispi de 1890) y sobre todo del régimen fascista; en Inglaterra y Francia los mayores esfuerzos en esta dirección fueron obra de gobiernos predominantemente socialistas; en los Estados Unidos de América fue esencial la experiencia de una presidencia liberal-progresista como la de F.D. Roosevelt; por último, no puede olvidarse la gran contribución en este sentido por parte de gobiernos dominados por partidos católico, en especial en Alemania, Italia, Bélgica y Holanda”.

³⁵ La consagración y estructuración de los DES en la Constitución española de 1978 se analizará en el Capítulo II de esta investigación.

³⁶ Como se examinará en el Capítulo III, la Constitución chilena vigente significó una regresión en la consagración, regulación y desarrollo de los DES en comparación con el texto constitucional de 1925.

La precursora Constitución mexicana³⁷, cuyo objeto germinal fue fusionar los ideales revolucionarios del pueblo mexicano, conjugó dos variables: recogió los derechos de libertad de la Constitución de 1857 e incorporó una nueva normativa social, situándose como la primera constitución social del siglo XX. El texto fijó el pilar estructural básico para la construcción de la denominada “democracia social”, representada por la limitación del derecho de propiedad, el que dejó de ser incuestionado y absoluto, pasando a tener también una función social. Se le dispensó al Estado un poder casi absoluto sobre la propiedad privada, erigiendo al poder ejecutivo en árbitro supremo de las relaciones de propiedad y de trabajo³⁸. Su texto instituye una serie de DES en materias laborales y educativas. En lo que respecta al derecho al trabajo, su consagración goza de una amplitud manifiesta, pues se dispusieron tanto normas generales, como lo representa el derecho al trabajo, la libre elección de éste, el derecho a huelga, paro y seguro social, como normas más particularizadas, referidas a una justa retribución, a jornada máxima, a la prohibición del trabajo de menores, a la protección de las embarazadas trabajadoras, al salario mínimo o a las condiciones de comodidad, higiene y seguridad. En materia educativa se consagró el derecho a la educación y al Estado como el principal sujeto obligado a su otorgamiento por vía prestacional (niveles preescolar, primario y secundario).

El texto fundamental alemán de 1919³⁹, originado en la época posterior a la Primera Guerra Mundial, fijó un carácter conciliatorio entre democracia y reforma social. La Constitución de Weimar transformó el patrimonio constitucional europeo al regular el derecho constitucional económico y social (normando la intervención del Estado en estos dos campos), representando tal mutación “un factor de integración y desarrollo de la vida social y estatal”, estableciendo garantías institucionales y DDFF de libertad y sociales que el legislador debía desarrollar, construyendo un complejo sistema normativo. Se ha indicado que esta Constitución tuvo un carácter contractual entre trabajadores y empresarios, obteniendo los primeros la consagración de ciertos derechos y garantías de orden laboral y de seguridad social, y los segundos la libertad de empresa, el derecho de propiedad y la independencia de las organizaciones empresariales⁴⁰.

El texto, al igual que el mexicano, incorporó las viejas ideas liberales y el nuevo orden social imperante en el primer quinto del siglo XX⁴¹, de forma que se normativizaron los DES en cuatro áreas principales: trabajo, educación, seguridad social y protección general. En lo referente al derecho al trabajo situó

³⁷ Disponible en Internet: <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Mexico/mexico1917.html>.

³⁸ FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Los derechos sociales de los trabajadores en la constitución*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1986, p. 41.

³⁹ Tomado de *Textos constitucionales españoles y extranjeros*, Athenaeum, Zaragoza 1930.

⁴⁰ RUBIO LARA, cit., p. 88, con cita a G. E. Rusconi.

⁴¹ RODRÍGUEZ OLVERA, cit., p. 20 y s.

al Estado como ente obligado a su otorgamiento y protección, garantizando, paralelamente, la libertad de asociación de los trabajadores con miras a la obtención de mejoramientos en las condiciones de trabajo y tiempo libre para el ejercicio de los derechos políticos. En materia educativa, junto con el derecho / deber de los padres a la educación de sus hijos, se estableció el binomio acción / omisión estatal, en la medida en que su texto precisó tanto la libertad de arte, ciencia y enseñanza, como el deber correlativo del Estado (derecho a la educación, gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza primaria, y ayuda estatal a las personas carentes de recursos). Se dispuso, además, la creación de un sistema de seguridad social (previsión y salud) y se establecieron niveles de protección general, imponiéndose la obligación del Estado de amparar a la juventud, el derecho a la vivienda y la búsqueda de un ordenamiento internacional que asegurara un mínimo de DES.

En el horizonte sudamericano, la Constitución chilena de 1925⁴² recogió la tendencia social del nuevo siglo ordenándose como un texto que complementó la clásica estructura liberal con un alto componente social. Se gestó en un contexto socio-político de conflictualidad derivado del exilio y retorno del Presidente Arturo Alessandri Palma, quien convocó a una Gran Convención Consultiva con la finalidad inicial de enmendar la Constitución chilena de 1833, que terminaría en un nuevo texto político-jurídico. Se sumaban a lo anterior los problemas sociales en materia laboral, sanitaria, de urbanización e industrialización emergente que vivenciaba Chile en aquellos años (la denominada cuestión social). En ese escenario de complejidad multifactorial la nueva Constitución estableció normas fundamentales de carácter social que atribuían un rol sustantivo al Estado. En el ámbito laboral se instituyó la libertad de trabajo, la protección de éste y el deber de realización de obras de previsión social con miras a otorgar a cada habitante condiciones mínimas de bienestar para él y su familia (habitación sana y condiciones económicas de vida). En lo educativo, se asentó la libertad de enseñanza y la educación pública como imperativo de atención preferente por parte del Estado, estableciéndose la educación primaria obligatoria y una Superintendencia de Educación Pública. En materia de salubridad, la Constitución dispuso como deber estatal el velar por la “salud pública y bienestar higiénico del país”⁴³.

⁴² Disponible en Internet: <http://www.bcn.cl/portada.html>

⁴³ Se debe hacer presente que el texto chileno de 1925 se vio sustancialmente vigorizado en materia jurídico-social por la reforma constitucional de 1970 (Ley de Reforma Constitucional N° 17.398 de 1971), enmienda política que tuvo por propósito condicionar la ascensión al poder del Presidente Salvador Allende. Se reformó principalmente la libertad de enseñanza (art. 10.7 de la Constitución), complementando y profundizando su contenido constitucional, disponiendo un rol relevante al Estado en materia educativa (“la educación es una función primordial del Estado”), la existencia de un sistema nacional de educación (público-privado), la obligatoriedad de la enseñanza primaria, un sistema de financiamiento de la educación privada, el carácter “pluralista y democrático” de la educación, la consagración de una Superintendencia de Educación, y una presencia fortalecida del Estado en el nivel universitario (*status* jurídico, financiamiento, acceso, carrera docente, pluralismo interno). En materia laboral se consagraron el derecho al trabajo, la libre elección de éste, el derecho a una justa

La Constitución española de 1931⁴⁴, que definía al Estado español como una “República democrática de trabajadores” (art. 1), tuvo un marcado acento social. A su elaboración concurrió una multiplicidad ideológica con miras a dar a España un texto político republicano, democrático, laico y social, inspirado en los principios novísimos establecidos en las Constituciones de Querétaro y Weimar⁴⁵. El precepto constitucional fue el reflejo de las nuevas corrientes políticas y jurídicas europeas, de modo que asentó los lineamientos de un Estado social y democrático. Lo social se vio afirmando en sus disposiciones al instaurar algunos DES en temas de trabajo, seguridad social, educación y salud. El trabajo era una obligación social y el Estado asumió la garantía de otorgamiento de condiciones dignas de existencia y un sistema de seguridad social y de amparo de campesinos y pescadores. El derecho a la educación (enseñanza primaria gratuita y obligatoria) comprendía, además, la ayuda estatal a los necesitados para acceder a ésta. En materias de salud se estableció el deber estatal de asistencia a enfermos y ancianos y de protección a la maternidad y a la infancia.

Con un catálogo reducido, la norma directriz irlandesa de 1937⁴⁶ impone al Estado en su art. 45.1 el deber de promover el bienestar de todo el pueblo, consagrando únicamente como DES el derecho a la educación (art. 42) y la libertad de elección del sistema educativo (público o privado). Expresa el deber del Estado a la enseñanza primaria gratuita, un deber subsidiario de éste en caso de carencia de recursos de los padres y la ayuda estatal a la iniciativa educacional privada. Los sujetos pasivos del derecho a la educación son el Estado y la familia (educador primario y natural del niño). No obstante esta insuficiencia normativa con respecto a los DES, la jurisprudencia, por vía interpretativa de

remuneración para el trabajador y su familia y a una justa participación en los beneficios de la actividad que desarrolla, la libertad de sindicalización y el derecho a huelga. Junto a ello, se reconoce el *status* jurídico de los sindicatos, gozando de personalidad jurídica y de la libertad necesaria para el cumplimiento de sus fines específicos. En lo referente al derecho a la salud y seguridad social la reforma dispuso de una serie de derechos provisionales y estableció la obligación del Estado de mantener un seguro social de accidentes. El nuevo numeral 16 consagró una norma de avanzada jurídico-social estableciendo el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, con el objeto de lograr el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, permitiendo lograr la tutela general de la colectividad y una equitativa redistribución de la renta nacional. Para una síntesis de los principales contenidos de esta reforma. Vid. SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, T. III, 2^o edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997, pp. 143-145; VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho constitucional*, T. I, 2^o edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002, pp. 33-39.

⁴⁴ Disponible en Internet: <http://www.constitucion.es>

⁴⁵ RUBIO LARA, cit., p. 141.

⁴⁶ GÓMEZ ORFANAL, Germán, *Las constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1996, pp. 389-418.

la Constitución o de las reglas del *common law*, ha otorgado protección constitucional a otros DES (derecho a huelga, derecho a la subsistencia vital, esto es, a ganarse la vida, y derecho a la protección de la salud)⁴⁷.

Como un texto con tratamiento social y comunitario se instaura la Constitución italiana de 1947⁴⁸, Constitución que, a diferencia del resto de los ordenamientos constitucionales, no sólo ha incorporado DES para garantizar los derechos individuales y el logro de la igualdad y la libertad de los sujetos y de la democracia, sino que, y en expresión de BALDASARRE, “los cualifica ulteriormente a través de la definición de los ámbitos de vida social y comunitaria necesarios para el libre desarrollo de la personalidad como formaciones originarias y, como tales, estructuralmente independientes y esencialmente intangibles por parte del Estado”⁴⁹. Tales ámbitos son la familia como sociedad natural (art. 29), el trabajo como fundamento de valor de la democracia (art. 1), la salud como derecho individual e interés colectivo (art. 32). Bajo este marco establece el derecho al trabajo y la tutela de éste, el derecho a una remuneración para una existencia libre y digna, el derecho al descanso y a la huelga. Se ampara a la mujer trabajadora (iguales derechos que los trabajadores varones) y se otorga protección a las actividades laborales de los menores. En el área educativa se dispone la libertad de enseñanza, la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria (abierta para todos), el derecho (con el correlativo deber estatal) a acceder a los más altos grados de los estudios. Por otro lado, se consagra la tutela a la salud como derecho (atención médica gratuita a los indigentes) y la asistencia social, instituyéndose en este sentido derechos de protección social para discapacitados o en situación de enfermedad, invalidez, vejez y desempleo involuntario, así como el derecho a la educación de incapaces y personas disminuidas y la protección de la maternidad, la infancia y la juventud.

La Ley Fundamental de Bonn 1949⁵⁰ se presenta como una caso paradójico. El texto da relevancia a los DDFI instituyéndolos en el inicio del texto (arts. 1 a 19), pero consagra mayoritariamente los tradicionales derechos civiles de libertad, evitando conscientemente la inclusión de DES, cuestión que marca una divergencia sustancial con la Constitución anterior de 1919⁵¹. No obstante lo anterior, se debe advertir que la norma constitucional consagra algunos DES entendidos como bases

⁴⁷ Interpretación de los arts. 40 y 45. Vid. MARTÍNEZ ESTAY, cit., p. 37 y s.

⁴⁸ GÓMEZ ORFANAL, cit., pp. 418-445.

⁴⁹ BALDASARRE, cit., pp. 92-94.

⁵⁰ GÓMEZ ORFANAL, cit., pp. 31-82.

⁵¹ HESSE, Conrado, “Significado de los derechos fundamentales”, en AA. VV., *Manual de derecho constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública / Marcial Pons, Madrid 1996, p. 87.

para la existencia individual⁵², como la libertad de enseñanza, la protección de la maternidad y el derecho de asociación en materia de trabajo, con el objeto de preservar y fomentar las condiciones laborales⁵³.

En este contexto de contradicción, el Estado alemán ha llevado a cabo una política legislativa y jurisprudencial con clara inspiración social, permitiendo alcanzar altos grados de amparo de los DFS. La sociabilidad jurídica del sistema normativo alemán ha recaído sobre las cláusulas de autodefinition del Estado como democrático y social (art. 20.1) y como Estado de Derecho social (art. 28.1) que orientan la legislación y el accionar jurisprudencial, vinculados con el principio de intangibilidad de la dignidad de la persona humana (art. 1.1), con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (2.1.), con el principio de igualdad (art. 3) y con el derecho a escoger libremente una profesión u oficio. La cláusula de Estado social se ha interpretado doctrinariamente como una “determinación de un fin del Estado o un principio rector”, existiendo consenso en que las tareas de configuración social impuestas al Estado tienen el carácter de habilitación para llevar a cabo tales fines⁵⁴.

La jurisprudencia alemana ha ordenado diferentes categorías normativas en materia de DDF, confiriendo a algunas normas el carácter de derechos subjetivos (libertad negativa o positiva, como el derecho de participación política o el derecho a prestaciones estatales definidas y nítidamente especificadas), a otras la configuración de normas de competencia, organización y procedimiento y las denominadas disposiciones normativas (que fijan obligaciones a los *Länder* (Estados federados) o garantías por medio de la federación). Se distinguen normas que disponen garantías institucionales, las que garantizan institutos jurídico-privados, normas que contienen mandatos al legislador y normas sobre la estructura del Estado (principios constitucionales fundamentales y fines del Estado)⁵⁵.

Ahora bien, es en las constituciones de los *Länder* donde los DES han tenido una consagración relevante. Así, el derecho al trabajo y los principios ligados a él, como el salario justo, las condiciones de seguridad en el trabajo, el derecho al descanso, el derecho a la cogestión empresarial, la participación en el desarrollo económico, el derecho a la vivienda y al medio ambiente, entre otros, son reconocidos en tales textos. La conciliación entre estas normas constitucionales y la Ley Fundamental se ha resuelto sobre la base del reconocimiento a los Estados, por parte del Tribunal Constitucional Federal, de su autodeterminación constitucional, en razón de la propia calidad estatal de dichos entes, todo esto dentro del deber de homogeneidad que impone el art. 28.1 de la Ley Fundamental⁵⁶.

⁵² Ibid., p. 97.

⁵³ Arts. 5, 6.4 y 9.3.

⁵⁴ GONZÁLEZ MORENO, cit., pp. 118-121 y MARTÍNEZ ESTAY, cit., p. 41 y s.

⁵⁵ GONZÁLEZ MORENO, cit., p. 120 y s.

⁵⁶ GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a*

Por último, la Constitución portuguesa de 1976⁵⁷ se sitúa en una posición de avanzada constitucional al contener un catálogo extenso de derechos económicos, sociales y culturales, amparados por la cláusula del Estado democrático (art. 2º), la cual fija como finalidad estatal “la realización de la democracia económica, social y cultural”. Los DES gozan de tratamiento particularizado en el capítulo II del Título III (Derechos y deberes sociales), aunque en otras muchas disposiciones constitucionales encontramos también normas de carácter social.

El texto portugués consagra cinco áreas sociales de protección constitucional: trabajo, seguridad social, educación, salud y protección general. En materia de *trabajo*, consagra la seguridad en el empleo, la libertad sindical, el derecho a huelga, el derecho al trabajo, el derecho a una retribución, y asegura condiciones dignas en el trabajo, salario mínimo, jornada de trabajo, protección a la embarazada trabajadora y protección a los trabajadores inmigrantes. En materia de *seguridad social*, consagra el derecho a la seguridad social y el correlativo deber del Estado de instituir un sistema de seguridad social (se reconoce, además, el derecho de constitución de instituciones particulares de solidaridad social no lucrativas con fines de seguridad social). En materia de *educación*, garantiza el derecho a la educación (con obligación correlativa del Estado en este sentido), el derecho a la enseñanza con igualdad de oportunidades, la enseñanza básica obligatoria y gratuita (y promueve la gratuidad gradual en todos los niveles), el acceso a los más altos grados de enseñanza según las capacidades, la obligación estatal de crear una red de establecimientos públicos para la cobertura de todas las necesidades educativas, la libertad de enseñanza privada, la igualdad de oportunidades y la democratización del sistema de enseñanza superior, la participación de profesores y alumnos en la gestión democrática de los establecimientos educativos, el disfrute y la creación cultural y el derecho a la cultura física y al deporte. En materia de *salud*, asegura el derecho a la protección de la salud (creación de un servicio nacional de salud), la protección de la salud de la infancia, la juventud y la vejez y la protección de la mujer trabajadora durante el embarazo. En materia de *protección general*, consagra el derecho a una vivienda, el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el amparo general a la infancia, la juventud, los deficientes y la tercera edad en materias sociales, con los correspondientes deberes estatales.

La Constitución portuguesa ostenta dos elementos que la distinguen de las demás. En primer lugar establece la prohibición de regresión de las cláusulas sociales de conformidad con las interpretaciones del Tribunal Constitucional portugués, de modo que una vez que el Estado otorga su protección al DES se genera una obligación negativa de no vulneración del derecho. Como segundo elemento se dispone la inconstitucionalidad por omisión ante la inercia del

una vivienda digna, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1982, pp. 61-64.

⁵⁷ GÓMEZ ORFANAL, cit., pp. 465- 534.

Estado en dar cumplimiento a los imperativos sociales, pudiendo reclamarse la inconstitucionalidad de las leyes que no desarrollen un DES o disminuyan su eficacia⁵⁸.

La observación y análisis general de las constituciones del siglo XX muestran que el constitucionalismo social se ha constituido como un proceso lento de incorporación progresiva y constante de elementos sociales a las disposiciones fundamentales (irreversibilidad general, independiente de los casos concretos), marcando un punto de inflexión en la valoración social de los derechos la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial. La Constitución alemana de 1949 y la chilena actualmente vigente pueden ser consideradas como casos de retroceso en materia de normas sociales, aunque el texto alemán ha suplido tal carencia por vía hermenéutica, no así la norma fundamental chilena que, como se observará más adelante, representa un caso de debilidad consagratoria y protectora de DES.

La instauración constitucional de DFS ha confirmado a la persona humana como sujeto jurídico relevante de la estructura constitucional, no sólo desde un matiz de autonomía individual, sino también desde una posición de multidimensionalidad, incorporando no sólo la libertad, sino también la igualdad como valor jurídico relevante, situando la carestía de las personas como razón de protección. Conjuntamente, se ha revelado un nuevo rol del Estado en el constitucionalismo, donde el amparo y la búsqueda de realización de los DES se consagran como deberes principales de éste sin vulnerar las libertades tradicionales⁵⁹. Las constituciones estudiadas han instituido con carácter de derecho determinadas posiciones de las personas que responden a las nuevas realidades y conflictos sociales. Como el constitucionalismo originario incorporó derechos de libertad (de defensa ante el Estado) respondiendo a las demandas sociales (burguesas), el derecho constitucional de los últimos cien años ha recogido la conflictividad social de consecuencias jurídicas en la normativa fundamental, asegurando la cohesión y la paz social. Sinópticamente, la constitucionalización de los DES se ha constituido como “una importante fuente de legitimidad política, y repercute

⁵⁸ GONZÁLEZ MORENO, cit., pp. 115-118.

⁵⁹ Cabe destacar el análisis histórico-constitucional que desarrolla FIOROVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 4ª edición, Trotta, Madrid 2003, pp. 128, 130 y s., en torno al proceso de constitucionalización posterior a la Segunda Guerra Mundial. El autor italiano plantea que la constitución de la post-guerra está determinada por la dos elementos: a) el carácter “*supremo de la constitución*”, como instrumento superior de protección de los derechos y libertades (norma fundamental de garantía) y, b) la consideración de la constitución como “*norma directiva fundamental*” para la realización de los valores constitucionales. Con relación a este segundo componente – de relevancia para los DES - sostiene que en virtud de este carácter directriz de la constitución, el accionar de los sujetos (públicos y privados) se debe adecuar a los valores supremos de índole fundamental (constitucional), y encaminar hacia su realización. Esta característica otorga al Estado un nuevo rol, por cuanto, la existencia de éste está únicamente en función del logro de los valores superiores, de las necesidades pendientes, y en particular, de los DES (vinculados al valor fundamental de la igualdad).

sobre la propia fuerza normativa de la Constitución”⁶⁰. A partir de este constitucionalismo social podemos hablar de un nuevo constitucionalismo, mutando desde el binomio anterior “individuo autónomo / inhibición estatal” a uno donde se conjuga autonomía y sociabilidad del sujeto activo (personas) con abstención y acción del sujeto pasivo (Estado).

Desde una perspectiva descriptiva, las constituciones presentan una unidad estructural y temática. Los preceptos sociales fundamentales responden a la dimensionalidad derecho de libertad / derecho a prestaciones, es decir, fijan como elemento esencial de la configuración de los DES la posición bidimensional del Estado: abstención / deber. De igual manera, precisan una nomenclatura no conflictiva de cuáles son y cómo se componen los DES (trabajo, educación, salud, seguridad y protección social, vivienda, medio ambiente, grupos vulnerables, entre otros).

5. Conceptualización de los DES

La edificación de los DES como DDFP no reúne criterios mínimos de consenso, pues los preceptos constitucionales han presentado a los DES como normas jurídicas de diversidad formativa (reglas, principios, mandatos, entre otros), no siendo siempre claras ni de fácil interpretación doctrinal ni jurisprudencial. Lo anterior hace necesario efectuar un análisis descriptivo general de los principales elementos que configuran jurídicamente a estos derechos (concepto, naturaleza jurídica, fundamentación, estructura jurídica y garantía), junto con aportar razonamientos explicativos favorables a los mismos, esbozando una conceptualización que permita superar las principales trabas o limitaciones existentes. En este último sentido, la alineación de los DES únicamente como derechos de prestación no responde a la estructuración que éstos han recibido en las normas fundamentales del siglo XX ni a su materialidad configurativa, la que, junto a un rol preponderante del Estado en la construcción de una sociedad igualitaria, reconoce una esfera de libertad de los sujetos que conlleva la realización de objetivos sociales (por ejemplo, la libertad de enseñanza o la libertad de trabajo). Tal carencia explicativa hace imperiosa la reformulación conceptual del valor y jerarquía jurídica de los DES, cuestión en la que su eficacia material es el núcleo central.

Ante la constitucionalización de los DES, en cuanto la Constitución política representa la norma fundamental del Estado con fuerza vinculante, surge imperiosamente la interrogante respecto de cuál es el valor jurídico de los DES.

⁶⁰ PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, Revista Electrónica Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 92 (mayo-agosto), 1998. Disponible en Internet: <http://info.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art7.htm>

En síntesis: ¿son verdaderos derechos subjetivos? ¿Son meras normas programáticas? ¿Tienen algún valor jurídico tales normas jurídicas constitucionales? ¿Cuál es ese valor?

Existe discrepancia doctrinal en torno a la conceptualización y carácter de derecho de los DES. Por un lado encontramos una corriente contraria a esta categoría, que invoca como fundamento y comprobación su carencia de naturalidad (no son anteriores ni superiores al Estado), la intervención estatal como elemento distintivo respecto de los derechos de libertad, la situación de antinomia con esos derechos y, sustancialmente, su carencia de eficacia jurídica, al no gozar de exigibilidad ni aplicabilidad inmediata (necesidad de desarrollo legislativo). Así, al no contemplarse mecanismos de tutela directa, el acatamiento de lo prescrito en la norma constitucional no está garantizado.

En oposición a esta tendencia se sitúan aquellos autores que dan cabida jurídica a este tipo de derechos, aunque su valor jurídico variará según en razonamiento particular de cada autor. Algunos les otorgan el doble carácter de todo DF como principio objetivo y como derecho subjetivo; otros hacen hincapié en su carácter subjetivo, que no exhibe diferencias relevantes con los derechos de libertad; y están aquéllos que dan primacía al lado objetivo por sobre el subjetivo. Hay autores que les reconocen el carácter de derecho pero de eficacia menos intensa, y otros que les confieren el valor de norma jurídica con estructura de principio constitucional.

5.1. La perspectiva negadora de la relevancia constitucional de los DES: incapacidad de auto-ejecución e ineficacia como carencias sustanciales

Esta postura elabora un razonamiento circular que siempre conducirá a la negación de los DES en el marco constitucional. Parte de una posición ideológica “liberal-tradicional” que aboga por la permanencia pétrea de tal estructura, impidiendo cualquier reformulación de dicha posición originaria. Diferencia entre el nivel constitucional, donde se consagran y deben estar los DDF, y un nivel infraconstitucional en el cual pueden concurrir una multiplicidad de derechos no fundamentales y no contradictorios con el primer nivel. Los DDF son los derechos tradicionales de libertad, que responden a la tradición liberal originaria del constitucionalismo y se ubican en el nivel primario, donde la autonomía individual y el rol inactivo del Estado (no vulneración de los derechos) concurren como elementos eje. Frente a este parámetro inamovible, la aparición de derechos relevantes a nivel social - que modifican el canon de análisis - es recibida con una negativa absoluta a clasificarlos o catalogarlos como DDF (constitucionales), pasando inmediatamente a constituir una categoría infraconstitucional o subfundamental (nivel secundario). Al tener como objeto jurídico prestaciones

estatales requieren de un papel activo del Estado, cuestión que afecta el armazón tradicional inmutable, de modo que al no responder al parámetro primario deben incorporarse al nivel secundario infraconstitucional.

La naturalidad de los derechos de libertad tradicionales se ha situado como la diferencia sustantiva de fundamentalidad entre estos derechos y los DES. Esta doctrina considera que los DDFE son aquéllos que “pueden valer como *anteriores y superiores* al Estado” realizando éste una labor de *reconocimiento y protección*. La calidad de fundamental la tienen dos tipos de derechos: a) aquéllos que el hombre individual tiene frente al Estado (los derechos de libertad, libertad ilimitada en principio, mensurable y controlable), y b) los derechos que el hombre tiene ante terceros, siempre que el hombre no se aleje de su posición “apolítica de lo social puro” y se reconozca únicamente la libre competencia y libre discusión de los individuos⁶¹. Los DES están ligados al rol prestacional del Estado, estableciéndose como derechos “del individuo a prestaciones positivas del Estado”, situación estructuralmente limitada por la restricción que conlleva el otorgamiento de prestaciones, situando su cumplimiento fuera de la órbita del individuo. La negación jurídica de estos derechos está determinada por la necesidad de una organización estatal para su cumplimiento, lo que produce una relativización del derecho, incertidumbre que no permite catalogar tales derechos como auténticos derechos⁶².

El rol relevante del Estado en oposición a la libertad individual (primacía de la autonomía individual) genera una situación de contradicción entre los DES y los clásicos derechos de libertad. Los DES imponen determinadas obligaciones al poder estatal y a terceros, alineándolos en una posición dialéctica con respecto a los derechos de libertad tradicionales, donde la realización de unos conlleva la imposibilidad práctica de los otros, siendo irrealizable la ejecución conjunta de ambas categorías de derechos, debido a que el aumento de los poderes de los individuos produce una disminución de las libertades de los mismos⁶³.

La incapacidad de autoejecutabilidad y de eficacia directa se instituyen como los principales parámetros diferenciadores entre estas categorías de derechos y como los principales argumentos contra su calidad de fundamentales.

⁶¹ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, 3ª reimpresión, Alianza, Madrid 2001, pp. 169-171.

⁶² SCHMITT, cit., pp. 171-174, distingue entre derechos absolutos y relativos. Los derechos absolutos son aquellos que “no se garantizan ‘con arreglo a leyes’; su contenido no resulta de la Ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción, y, por cierto, como excepción limitada en principio y mesurable, regulada en términos generales. Es propio del principio fundamental de distribución del Estado de Derecho que se dé por supuesta la libertad del individuo y la delimitación estatal aparezca como excepción”. Los derechos relativos, en consecuencia, son aquellos cuya garantía está determinada por la intervención del legislador. Para el autor los “auténticos” derechos fundamentales son los absolutos.

⁶³ BOBBIO, cit., p. 59.

Se ha clasificado a los DES como simples “*seguridades programáticas*”⁶⁴, “*poderes*” hacia terceros (Estado o terceros propiamente tales)⁶⁵ o “*mandatos constitucionales*”⁶⁶. La autoejecutabilidad representa un punto diferencial entre los derechos de libertad – que “pueden ser realizados directamente a partir de la Constitución” – y los DES, ya que éstos no tienen aplicabilidad inmediata, sino que requieren del desarrollo legislativo para su ejecución (derechos de configuración legal no constitucional), siendo considerados simplemente como “normas programáticas”⁶⁷. Junto a este elemento, la negación del carácter de DDF de los DES se apoya en su imposibilidad de exigibilidad directa, en virtud de la cual sólo pueden entenderse como “*exigencias de derechos futuros*” que pueden no ser satisfechas, pues la calidad de derecho no puede extenderse a situaciones que carecen de certeza de exigibilidad, situación antagónica con los derechos de libertad tradicionales⁶⁸.

Esta doble carencia implica ciertos deberes jurídicos objetivos dirigidos al nivel infraconstitucional, particularmente al legislador y a la administración. Tal imperativo exige la adopción de medidas concretas que den cumplimiento al contenido del mandato, dejando la efectividad de dichas obligaciones al parecer y entender político de los sujetos pasivos de tales imperativos, es decir, la realización de los DES está sujeta al proceso político⁶⁹. Las normas que plasman tales derechos son imperativas para el ente estatal, produciéndose la vinculación jurídica de triple forma: a) el fin o programa se establece como imposición, vinculando a los poderes públicos (inadmisibilidad de inactividad y desatención “grosera”); b) conservación a nivel constitucional de la regulación y otras medidas conducentes a los fines o programas, como mecanismo de protección ante la desatención posible; y c) efecto autoestimulante, ya que puede ser parte de la discusión política como punto de referencia o como legitimación para efectos de su realización. De esta vinculación jurídica se puede extraer una arista jurídica

⁶⁴ FORSTHOFF, Ernst, *Problemas actuales del Estado social de derecho en Alemania*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de funcionarios, Madrid 1966, p. 31. A raíz de esta conceptualización de derecho y la negación de la calidad de derechos de los DES, el autor niega el carácter constitucional de tal categoría, ya que éstos deben ser realizados por niveles infraconstitucionales (ley y administración). Vid. FORSTHOFF, “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, cit., p. 93.

⁶⁵ BOBBIO, cit., p. 59.

⁶⁶ BÖCKENFÖRDE, cit., p. 80.

⁶⁷ FORSTHOFF, *Problemas actuales del Estado social de derecho en Alemania*, cit., p. 31; FORSTHOFF, “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, cit., p. 93.

⁶⁸ BOBBIO, cit., p. 122 y 124. Ante la negativa a renunciar a la calificación de derechos de éstas “exigencias de derechos futuros”, el autor propone una denominación diferencial entre derechos de libertad (derechos en sentido fuerte) y DES (derechos en sentido débil), cuando éstos sean una “exigencia o pretensión eficazmente protegida”. Si no hay protección, no pueden llamarse derechos, ni aún en sentido débil.

⁶⁹ BÖCKENFÖRDE, cit., p. 80.

subjetiva sin atentar contra el armazón constitucional democrático fundado en el principio de Estado de Derecho. Esta subjetividad jurídica se plantea en la forma de pretensiones de defensa de los afectados frente a las omisiones o la inactividad de los sujetos obligados, producto de la “desatención grosera” o “supresión definitiva” de los mandatos constitucionales⁷⁰.

5.2. La perspectiva afirmativa de constitucionalidad: los DES como elemento de la esencia del constitucionalismo democrático contemporáneo

Como corriente antagónica a la anterior se encuentran aquéllos que otorgan una posición jurídica constitucional a los DES, calificándolos como DDFF. A esta tendencia concurren posiciones de diversa intensidad, que no coinciden plenamente en cuanto a la calidad jurídica de estos derechos, otorgándoles distintos valores jurídicos (como normas de DDFF de doble dimensión - objetiva y subjetiva -, como derechos pero de menor intensidad o simplemente principios). Desde una perspectiva descriptiva, esta tendencia circunscribe los DES sobre una base de doble caracterización (perspectiva afirmativa dual): preponderancia estatal y carácter prestacional de los DES. Es el Estado, en particular los poderes públicos, los sujetos obligados a la protección de los DES. Las obligaciones de dar o hacer impuestas por el ordenamiento constitucional y legal determinarán los mecanismos a través de los cuales el legislativo, el ejecutivo y el poder judicial amparan los derechos. Por otra parte, hay una corriente minoritaria, de mayor amplitud conceptual (perspectiva afirmativa amplia) que no define los DES desde dicha dualidad, sino que reconoce la diversidad de ordenaciones de éstos.

5.2.1. La perspectiva afirmativa dual: preponderancia estatal y el carácter prestacional como bidimensionalidad configurativa

Las posturas duales de afirmación se pueden diferenciar de acuerdo a la mayor o menor intensidad jurídica que le asignan a los DES. El razonamiento gira en torno a la estructuración de éstos como derechos a prestaciones públicas, recayendo en el ente estatal el imperativo de su cumplimiento, lo que le confiere correlativamente a las personas un derecho subjetivo a tales prestaciones, con lo que se desvirtúan las críticas a la categoría, principalmente las referidas a su falta de eficacia. La alineación exclusiva como derechos a prestaciones reduce negativamente la categoría a una única esfera configurativa (rol Estado y prestación), desestimando la construcción jurídica de los DES como derechos de libertad, que tienen otra estructura jurídica pero en la cual también concurre esa

⁷⁰ Ibid., p. 80 y s.

dimensión. Esta posición confunde el origen de los DES, ligado al Estado social (rol preponderante del Estado), con la ordenación jurídica de esta tipología desde una perspectiva jurídica global. El Estado social no implica considerar exclusivamente la intervención directa del Estado como esencialidad en la construcción de los DES, sino la búsqueda de la igualdad a través de ciertos derechos que pueden adquirir tanto la forma prestacional como la de libertad.

Se ha sostenido la equivalencia absoluta entre los DES y los derechos de libertad tradicionales, reconociendo a los DES la doble característica propia de todo DF: su sentido objetivo y subjetivo. Desde la perspectiva objetiva, las normas de DES permiten hacer efectiva la función estatal de equilibrio y moderación de la desigualdad social, en tanto que en un sentido subjetivo, los DES representan el derecho que tiene cada ciudadano de participar en la vida asociada, adquiriendo el derecho a prestaciones directas o indirectas de los poderes públicos⁷¹. Existe una relación conexas entre los dos sentidos de los DES. El efecto de irradiación a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico (dimensión objetiva) implica que las disposiciones normativas deben ser ejecutadas por los poderes públicos (acciones específicas para su realización), otorgando correlativamente a las personas una pretensión concreta (derecho subjetivo) de exigir tales prestaciones.

La equiparación entre las categorías de derechos se funda en que entre el armazón jurídico de los derechos de libertad tradicionales y los DES no existen diferencias polarizadoras, siendo incorrecta la oposición entre la naturalidad de los derechos de libertad y la contingencia de los DES, pues tanto las libertades como los DES requieren del Estado para su desarrollo. La oposición entre el carácter constitucional de las libertades y el carácter legislativo de los DES no es de recibo, al existir ejemplos comparados de cómo los DES han adquirido relevancia constitucional sin necesidad de un desarrollo legal (caso italiano). En cuanto a la tutela directa de los derechos de libertad, ésta puede perfectamente ser otorgada también a los DES, lo que en definitiva depende de una decisión que proviene de la Constitución, es decir, de una decisión del sujeto político⁷².

⁷¹ MAZZIOTTI, Manlio, “Diritti sociali”, en AA. VV., *Enciclopedia del diritto*, Vol. XII, Giuffrè, Milano 1964, p. 804.

⁷² PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., pp. 90-94. El autor reconoce a los DES como auténticos derechos, girando su razonamiento en reducir la trascendencia de los elementos diferenciadores con los derechos de libertad, aunque se sitúa en una posición restrictiva en torno al titular de los DES. Este autor adhiere a una sub-posición dual, pues, los DES no sólo giran en torno a la estatalidad / prestación, sino que están referidos únicamente al hombre en su calidad de trabajador, estando “dirigidos a tutelar la actividad práctica del *homo faber*”. El Estado, en su autodenominación de social, está forzado a conferir a estos sujetos las prestaciones y servicios requeridos para la cobertura de sus “necesidades vitales”, que concretamente se traducen en deberes de asistencia al trabajador “frente al paro, la enfermedad, la falta de vivienda, o la degradación del medio ambiente”. Vid. PÉREZ LUÑO, cit., p. 192 y s.

Ahora bien, debe reconocerse una ambigüedad, una imprecisión y heterogeneidad configurativas, que no permiten reducir la ordenación jurídica de los DES a un planteamiento único y uniforme. El armazón jurídico prestacional requiere de normas de organización estatal para su existencia, complejizando su estructura en la medida en que tal sostén institucional normativo carece de exigibilidad. Esta dificultad estructural ha llevado a darle primacía a la dimensión objetiva de los derechos sobre la subjetiva, al surgir éstos como requerimientos bajo el amparo del Estado social. Sólo lentamente se ha ido configurando su dimensión subjetiva, situación totalmente antagónica a la de los derechos de libertad, que se originaron como derechos subjetivos y adquirieron paulatinamente una perspectiva objetiva⁷³.

Desde una posición que, aunque con menos intensidad, igualmente les reconoce la calidad de DDF, se indica que la construcción teórico-jurídica de los DES es imperfecta debido a su precario sistema de garantías, que es menos eficaz en comparación con el de los derechos de libertad clásicos⁷⁴. Esto radica en su configuración como contrapartida de obligaciones de hacer por parte del ente estatal, de manera que su vulneración se hace notoria en “lagunas normativas y/o carencia en las prestaciones”, cuya exigibilidad coercitiva no siempre es accionable. Así, la constitucionalización de los DES no sólo obliga al legislador a llenar las lagunas a través de leyes o políticas presupuestarias redistributivas, sino que fija directivas de relevancia en la labor hermenéutica de los tribunales⁷⁵.

Tal imperfección estructural (principalmente derivada de la relatividad de su cumplimiento) ha llevado a algunos autores a concebir los DES como *principios* y no como *reglas*, como sería propio de los derechos tradicionales de libertad⁷⁶. Las *reglas* son normas que “sólo pueden ser cumplidas o no”, siendo válida una regla cuando se realiza lo que ella prescribe, en cambio los *principios* son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible”, son “mandatos de optimización” que pueden realizarse en diferentes grados, dependiendo de las posibilidades reales y jurídicas. Con este marco teórico se puede elaborar un modelo para la determinación de los DFS de los sujetos, cuyo aspecto central es la “ponderación entre principios”: entre el principio de libertad fáctica por un lado y los principios formales de competencia del legislador y el principio de la división de poderes, así como también principios materiales, específicamente referidos a la libertad jurídica de otros y otros DFS y bienes colectivos. Para tal objeto se deberá considerar qué es lo exige el principio de libertad fáctica,

⁷³ PRIETO SANCHIS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales (septiembre-diciembre), 1995, pp. 12-21.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 4ª edición, Trotta, Madrid 2004, p. 108 y s.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1994, capítulo IX (pp. 419-503).

el principio de división de poderes y el principio democrático, así como si los principios materiales opuestos (particularmente la libertad jurídica de otros) se ven afectados únicamente de manera reducida. Se desprenden fácilmente de este modelo los DES a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional, a una protección mínima de la salud⁷⁷.

Para esta categoría se utiliza la expresión “derechos prestacionales en sentido restringido”, conceptualizados como “los derechos a prestaciones en sentido estricto son 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”⁷⁸.

Por otro lado, la problemática configuración jurídica de los DES se ha entendido como consecuencia de una construcción social excesivamente “introvertida”⁷⁹. Tal introversión tiene una representación multifactorial, derivada de la relevancia del ente estatal en el otorgamiento de prestaciones, de la pretendida universalidad de los DES, donde el Estado garantiza y paga ciertas prestaciones a determinados ciudadanos y en el elemento disolvente de la reciprocidad entre los ciudadanos (unos pagan y otros reciben) de los DES producto del rol de mediación estatal que disuelve este juego (ciudadanos / DES), la visión de los actores y la reciprocidad del canje. Se hace necesario entonces pasar de la “*introversión*” a la “*des-introversión*”, sincerando posiciones, pues quien paga las prestaciones en definitiva no es el ente estatal, sino los ciudadanos contribuyentes, que coexisten con los ciudadanos beneficiados por ese pago. Por eso se debe buscar y descubrir en los textos sobre DES “contornos de reciprocidad concreta y balanceo”⁸⁰.

5.2.2. La perspectiva afirmativa amplia: la estructura jurídica bidimensional y los DES como derechos de inhibición y acción estatal

Frente a esta concepción mayoritaria de la doble dimensión (estatalidad y carácter prestacional) se ubica una vertiente más amplia que considera superada dicha conceptualización, por cuanto no daría cuenta de la real situación de los DES en los ordenamientos constitucionales, y que le otorga categoría constitucio-

⁷⁷ Ibid., pp. 81-87, 494 y 495.

⁷⁸ ALEX Y utiliza esta denominación para diferenciarlos de los derechos de prestación en “*sentido amplio*”, clasificación que congrega, además, a los “derechos de protección” (protección de los derechos frente a terceros – derecho subjetivo -), y a los “derechos a organización y procedimiento” (el establecimiento de normas procedimentales de protección de derechos fundamentales).

⁷⁹ GÓMES CANOTILHO, José Joaquim, “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Derechos y Libertades* N° 6, 1998, p. 39.

⁸⁰ Ibid., p. 39 y s.

nal indudable a estos derechos. Esta corriente critica la vieja concepción liberal contraria a los DES, que no daría respuesta al constitucionalismo democrático moderno. Los DES son una tipología heterogénea conformada por derechos de estructura idéntica a los derechos de libertad y por derechos que requieren mayor intervención del Estado (acción e inhibición estatal). Ante la imposibilidad de generar una definición única y omnicomprensiva de las diversas sub-tipologías de DES se indica que lo razonable es elaborar una definición articulada, en la cual se diferencien los DES según las diferentes configuraciones que éstos exhiben, pero manteniendo los elementos unitarios⁸¹.

Así, los DES se han clasificado como DES de libertad; DES incondicionados y DES condicionados. Sólo los derechos de libertad son autoejecutables (self-executing). A esta categoría pertenecen DES como la libertad para elegir profesión, la libertad de enseñanza y de instituir y administrar escuelas, la libertad sindical, etc. Los DES “*incondicionados*” son aquéllos referidos a relaciones jurídicas instituidas libremente entre los sujetos. Se hace referencia a ellos para cualificar el tipo o la calidad de determinadas prestaciones debidas (por ejemplo, el derecho a una retribución suficiente, el derecho al descanso, el derecho de los hijos a la educación). No plantean mayores problemas por cuanto se refieren a determinadas prestaciones concretas que se pueden hacer valer ante el ente público o privado, de manera que por el solo reconocimiento constitucional “acceden automáticamente a las relaciones jurídicas a que se refieren”, debiendo fijar el juez únicamente el *quantum* de la prestación debida. En cambio, los DES “*condicionados*” son derechos sujetos a la concurrencia de un presupuesto de hecho, consistente en la existencia de una entidad que otorgue las prestaciones que los derechos imputan a los sujetos activos, sin la cual la norma no puede recibir cumplimiento (derecho a la asistencia y a la previsión, derecho de los trabajadores a la gestión de las empresas). Cuando concurre el presupuesto de hecho (presencia de la organización y de la institucionalidad necesaria), estos derechos se convierten en pretensiones directamente accionables y reclamables ante el juez, adquiriendo el carácter que el constituyente les confirió, de modo que no son normas meramente programáticas, sino que son derechos, aunque condicionados⁸².

⁸¹ BALDASSARRE, cit., pp. 186-190, sostiene que la vieja crítica a los DES, de únicamente constituir derechos legislativos (únicamente tenían “sentido jurídico” cuando eran dispuestos por una ley ordinaria), no concurre en las constituciones democráticas contemporáneas, donde su reconocimiento y garantía provienen directamente de la constitución. Expresa que el “vínculo” que el texto constitucional genera al legislador, que por antonomasia es libre, es una contradicción lógica. Además, el tradicional argumento invocado referido a que los derechos de libertad intervención estatal ha sido sobrepasado por la realidad, por cuanto los derechos de libertad requieren de la intervención del legislados como la generación de cierta organización estatal. Ilógica es, a juicio de este autor la relación que se establece entre la “factibilidad” de desarrollo de los DES y la naturaleza ontológica de ellos, pues, éstas no tienen conexión entre si, no obstante reconocer el problema constitucional de la garantía de los DES no estructurados como derechos de libertad.

⁸² BALDASSARRE, cit., Capítulo VIII.

Por su parte, algunos han fijado restrictivamente esta superación de la estatalidad / prestación, vinculando los DES únicamente al ámbito laboral, con lo cual restringen el círculo de sujetos tutelados. Tales posiciones exhiben una contradicción entre la amplitud conceptual de los DES y el carácter reducido del titular. A nivel general se han definido los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) como aquellos derechos que buscan hacer efectiva la dignidad, la igualdad y la solidaridad humanas, incorporando criterios que permitan la superación de la desigualdad social, la mejoría de las “condiciones de trabajo y vida, y cubrir sus estados de necesidad”. Bajo esta definición global de la categoría de los DESC, los DES se vinculan exclusivamente al sujeto trabajador. Se trata de derechos que deben amparar a la persona en su calidad de trabajador, mejorando sus condiciones de trabajo y de vida por medio de remuneraciones acordes a la dignidad humana y de la libre organización laboral con el fin de solventar sus estados de necesidad⁸³.

Cabe hacer presente que, desde una posición de derecho internacional que clarifica la conceptualización constitucional, se ha definido el DES como el “*derecho a un adecuado estándar de vida*”, indicándose que para su necesaria subsistencia cada persona debe gozar como mínimo de los derechos de alimentación y nutrición, vestido, vivienda y a las condiciones necesarias de cuidado. Lo positivo de esta conceptualización es su carácter abierto y superador de las clásicas posiciones doctrinales de estatalidad / prestación⁸⁴.

La principal diferencia entre las posturas amplias y la corriente mayoritaria radica en el punto de partida del análisis. El sector dualista concibe y analiza los DES “desde” el Estado como ente prestador, considerando como elemento consustancial al DF el papel positivo del Estado y los imperativos que sobre él impone el ordenamiento jurídico, aspecto que liga los DES con su origen socio-jurídico, pero que no los considera en su real dimensión. La corriente de mayor amplitud no tiene como punto de partida esta visión estatal, sino un elemento teleológico, consistente en la búsqueda imperiosa de un nivel de vida propicio para las personas, de manera que el Estado pasa a ser un simple instrumento para el cumplimiento de tal finalidad, no la sustancia del derecho (no se confunde Estado con derecho). Así, las posturas amplias no se reducen a la prestacionalidad estatal, sino que permiten abarcar y acoger en su conceptualización los DES de libertad, los que bajo los parámetros duales quedaban fuera de todo análisis jurídico.

⁸³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, Revista electrónica Foro Constitucional Iberoamericano, N° 2 (abril-junio), 2003. Disponible en Internet: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-hna1.htm>.

⁸⁴ ASBJØRN, Eide, “Economic, social and cultural rights as human rights”, en ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina, ROSAS, Allan, *Economic, social and cultural rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston - London 2001, p. 18.

Las últimas posiciones examinadas parten de un análisis realista de la consagración constitucional de los DES, los que en el constitucionalismo democrático contemporáneo están alineados bajo esta doble esfera. Se debe reconocer que los DES no sólo buscan el otorgamiento de prestaciones públicas, sino que también el ejercicio de libertades que permitan la realización material de las finalidades de un Estado de corte social, cuestión que claramente complejiza la explicación y el análisis de la categoría. No obstante, lo anterior no es razón suficiente para reducir la tipología con fines meramente explicativos parciales o con miras a fijar una diferenciación estructural entre las diversas categorías. La construcción de los derechos no se puede fundar en diferenciaciones configurativas reduccionistas, sino en la observación y explicación real de éstos.

5.3. Hacia una construcción conceptual bidimensional y de eficacia material de los DES

En virtud del análisis precedente, se debe tender a una conceptualización de los DES acorde con la realidad de éstos, que dé cuenta de su sustancia ontológica y teleológica, superando de esta forma la restrictiva posición dual (estatalidad / prestación) y recogiendo el doble carácter de ésta categoría: como derechos de libertad y como derechos a prestaciones estatales, ante lo cual el rol del Estado también es de doble cara: acción y omisión. La visión limitada de los DES se pueden deber a dos razones: a) por considerar que tales libertades no corresponden propiamente a una definición de DES, en cuanto ésta involucra únicamente el binomio Estado / prestación (canon rígido de clasificación); o b) por simplificación doctrinaria, pues enfrentados a la realidad configurativa de los DES (acción y abstención) se ha preferido conscientemente excluir parte de la realidad de los DES, por cuanto es más fácil abarcar su lado prestacional.

Una estructuración y conceptualización correcta de los DES como DDF (constitucionales) debe considerar los elementos constitutivos referidos a la sustancialidad de los DES y el carácter liberal / prestacional. Esto sólo se puede hacer efectuando, primeramente, un análisis de mayor abstracción definitoria de estos derechos, para luego ir especificando y concretando su contenido en cada DES particular. Se debe formular una definición global de esta categoría. Al efecto se propone que los DES son *“los derechos que tienen todas las personas de acceso al y preservación del mayor grado posible de realización material existencial, garantizando el Estado la autonomía individual y colectiva, como los bienes y servicios necesarios para el logro de tal objeto”*. La conceptualización propuesta permite los siguientes razonamientos:

a) Una definición de este tipo permite, en primer lugar, fijar la sustancialidad de los DES. Esta categoría jurídica busca la generación de situaciones igualitarias entre las personas, superando las situaciones de desigualdad material. Las nor-

mas jurídicas de carácter social disponen tanto derechos de libertad para que las personas puedan conseguir, exigir y conservar sus condiciones materiales, como obligaciones o imperativos estatales con miras a tal objeto (otorgamiento de bienes y servicios cuando las personas no pueden proveérselos por sí mismos).

b) La realización material existencial de las personas está referida al acceso y preservación de bienes y servicios sociales y de conservación ambiental, lo que se constituye como elemento distintivo de lo social como norma jurídica respecto de los derechos civiles (autonomía personal en la vida social) y políticos (participación política). Los DES permiten a las personas o grupos tal realización de forma particular. En contextos de desajuste material se debe tender a tal finalidad igualitaria con relación a las personas que por sus condiciones de insuficiencia no pueden acceder ni mantener una situación mínima suficiente (estándar de vida digno) o, accediendo a ellas, pueden sufrir menoscabos en la ejecución práctica del DES (por ejemplo, sufrir discriminaciones por razón de sexo o edad en la atención de salud, o la ausencia de regulación y fiscalización necesarias para el pleno desarrollo del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado).

c) Al mismo tiempo, esta definición permite superar la estatalidad / prestación como elemento consustancial a la definición, pues, incorpora en ella tanto los derechos de libertad como los de prestación. Concorre en ella el reconocimiento de libertades propias del ámbito de lo social, como por ejemplo la libertad de enseñanza, de educación o la libertad sindical y, por otro lado, en los casos en que los sujetos no pueden autosatisfacer sus necesidades, la afirmación de que sea directamente el Estado el sujeto pasivo de las obligaciones prestacionales⁸⁵.

d) El ente estatal tiene un rol relevante en la configuración de los DES, por cuanto tiene el deber de garantizar su cumplimiento. Concorre como un instrumento de materialización de éstos, dejando hacer y caucionando tal ejercicio (rol activo) en el caso de las libertades, y otorgando bienes y servicios en el caso de los derechos de prestación. Este rol estatal reviste un carácter tridimensional, garantizando los DES por la vía prestacional, con miras a la generación de estándares mínimos de vida y condiciones de igualdad (por ejemplo pensiones o acceso universal a la salud), regulando las actividades ligadas a los DES (medio

⁸⁵ Se debe advertir que todo DF requiere del Estado en mayor o menor grado intensidad, pero esto, no significa que el Estado se confunda con el derecho mismo, así, por ejemplo, en el derecho a sufragio el Estado es indispensable para el desarrollo y protección de este derecho, pero, no consideramos al Estado como elemento esencial de su definición, sino, como el mecanismo de cumplimiento (la existencia de todo el aparato administrativo y judicial que permitan el desenvolvimiento sin alteraciones del proceso democrático electoral), o, en el caso de la libertad de expresión, donde el derecho considerado en abstracto se refiere a la libertad de emitir ideas y posiciones políticas como a la libertad de información (derecho a recibir, transmitir información y ser informad), donde el Estado, y siguiendo a FISS, Owen N., *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona 1999, pp. 11-14, tiene un rol preponderante desde la perspectiva democrática en garantizar que todos los sujetos individuales y colectivos puedan ejercer libremente este derecho (protección a de las minorías). Confundir derecho y Estado constituye un error lógico y afecta la sustancialidad del derecho.

ambiente, vivienda, salud y educación privada, entre otras) y fiscalizando tales actividades (supervigilancia de los entes privados de otorgamiento de servicios sociales). Lo anterior deriva del hecho de que hay ciertas labores de control efectuadas por órganos estatales que involucran la toma de decisiones de tipo jurídico-político-administrativo que atienden a la protección de los DES (por ejemplo en materia medioambiental). En razón de lo anterior, podemos clasificar los DES en dos grandes grupos: DES de libertad y DES a la acción estatal. Ambos grupos pueden interrelacionarse y los podemos subclasificar de acuerdo a tres roles estatales: DES de acción-prestación (derechos a la acción estatal puros), DES de regulación (para los derechos de libertad y de acción estatal) y DES de fiscalización (para los derechos de libertad y de acción estatal).

e) Exigencia de máximos esfuerzos y regla de progresividad (*mayor grado posible*)⁸⁶. Este imperativo en la realización de los DES se instaura como una variable de adecuación en el cumplimiento de estos derechos, de conformidad con cada realidad estatal concreta, pero fijando como canon el avance permanente hacia el cumplimiento efectivo de los DES, y no un estancamiento ni menos un retroceso en su realización. Esta definición obliga a adecuar las definiciones particulares de los DES dispuestos en los preceptos constitucionales a la normativa internacional. La progresividad representa una forma de cumplimiento que permite la conciliación entre el deber de avanzar y la realidad fáctica de los Estados. Los Estados deben elaborar y desarrollar todo tipo de medidas (observancia polifacética) con el objeto de dar cumplimiento efectivo a los DES, ello de acuerdo a sus reales condiciones y políticas de cooperación internacional. La realidad concreta de un país no autoriza a que un Estado no lleve a cabo el máximo de esfuerzos en este sentido. En el ámbito español, el TCE ha reafirmado esta idea de progresividad con miras a la realización posible de los DES al expresar, en el caso del derecho al trabajo de los presos, que “la Administración Penitenciaria debe superar *gradualmente* las situaciones de carencia o de imposibilidad de proporcionar a todos los internos un trabajo retribuido, arbitrando las medidas necesarias a su alcance”⁸⁷.

⁸⁶ Esta parte de la definición se funda en las exigencias internacionales en materia de DES. El art. 2.1 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales establece: “cada uno de los Estado partes en el presente pacto se comprometen a adoptar medidas tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Por su parte, El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha enunciado, refiriéndose al derecho a la salud, que la “realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación específica y continua de moverse tan rápida y efectivamente como les sea posible...”, y ha definido el derecho a la salud como “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”. Vid. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación N° 14, El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud, párrafos 9 y 31.

⁸⁷ STC 172/1989, f.j. 3°. Vid. ATC 256/1988, f.j. único; ATC 95/1989, f.j. único.

f) Respecto del sujeto titular de los DES, la definición objeto de comentario fija como sujeto activo de los derechos a todas las personas, pues, en abstracto, todas las personas pueden requerir el mejoramiento de sus condiciones de vida en sus más diversas variables de presentación, ya que todas las personas pueden requerir de realización material existencial. Por ejemplo, la libertad de enseñanza, la libertad de elección de la profesión u oficio, el derecho a la seguridad social, el derecho a vivir en un ambiente adecuado e incluso el derecho a la protección a la salud, tienen un titular general, no circunscrito a los integrantes de algún grupo determinado. Reconociendo esto, cabe precisar que en la realidad concreta los sujetos carentes en determinado tiempo y lugar son los titulares principales de los DES de prestación, tanto en el acceso al DES como en la conservación de los mismos.

g) En lo relativo al problema de su exigibilidad o eficacia, debemos reconocer que la tutela de los derechos se resuelve primeramente con criterios extrajurídicos pero de consecuencias jurídicas, dependientes del sujeto político (poder constituyente originario o derivado). Expresa PÉREZ LUÑO: “Si la Constitución puede formular positivamente los derechos económicos sociales, puede también tutelarlos en igual medida que a los demás derechos en ella proclamados”⁸⁸. O como indica DE CASTRO: “Y es obvio que eso dependerá [la eficacia], a su vez, de las concepciones jurídico-políticas y sociales de las que parten y en las que se apoyan los detentadores del poder y de la consiguiente profundidad de iniciativa que se atribuya al Estado para adoptar las medidas conducentes a la promoción y garantía de su ejercicio”⁸⁹.

Para entender esta posición debemos clarificar el origen normativo de la exigibilidad. Ésta puede tener, en abstracto, un doble fundamento: a) que el bien jurídico protegido sea de tal consideración que sea digno de protección, y b) que su cumplimiento sea factible en la realidad. En el primer caso, la consideración relevante será una posición del sujeto político (constituyente) que estima y hace digno de protección, a la vez que brinda exigibilidad constitucional a un determinado bien jurídico (libertad, conciencia, seguridad u otro), de modo que la consagración de la exigibilidad de un derecho u otro (de libertad o social) pasa por una decisión del poder político, que en un momento determinado puede considerar digno de radicación a nivel fundamental, de protección y de exigibilidad a todos, algunos o algún DES y excluir a otros. En cuanto al segundo caso, éste fija como elemento distintivo las condiciones socio-económicas de una Estado como límite a la exigibilidad de los DES, cuestión que hace recaer el problema nuevamente en lo político, pues si un Estado goza de bonanza suficiente como para dar cobertura a una mayoría creciente de DES se le consideraría como un

⁸⁸ PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 92.

⁸⁹ DE CASTRO CID, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., p. 175 y s.

Estado que protege los DES, pero si existe imposibilidad se tendría una opinión contraria, siendo el factor extrajurídico el elemento relevante de la consagración y exigibilidad de los DES. Frente a esta situación estamos obligados a reconocer en ambos casos el factor relativo y político de la consagración a nivel constitucional de la exigibilidad de un DFS, quedando ésta condicionada por las posiciones ideológicas del constituyente democrático (posiciones más o menos liberales-tradicionales o más o menos sociales), por la realidad factual de un Estado (capacidad económica del Estado), por la ponderación reflexiva generada (intensidad y calidad del debate y deliberación parlamentaria con miras a justificar la tutela) y por la correlación de las fuerzas existentes al interior de la sede parlamentaria (posibilidad real de obtener una tutela de los DES).

6. El fundamento de los DES como categoría de derechos

Todo derecho requiere de un fundamento, de una justificación existencial o una razón de ser. Bajo este supuesto, la fundamentación de los derechos mira a determinar cuál es el sentido del derecho, la finalidad intrínseca de su existencia y contenido. En los derechos de libertad tradicionales el fundamento es consustancial a los mismos, es decir, está autodefinido por su propia nomenclatura, pues se justifican con miras al reconocimiento de autonomía (libertad) de los sujetos. En cambio, y como suele ocurrir, en el análisis de la fundamentación de los DES nos encontramos con posturas diversas, que se pueden agrupar sintéticamente en tres posturas generales de fundamentación: la búsqueda de la igualdad material o sustancial, la libertad y, para corrientes minoritarias, la necesidad, la colaboración y la dignidad.

6.1. La igualdad material como objetivo y la desigualdad jurídica como instrumento

Para esta tendencia el soporte de existencia de los DES está constituido por la igualdad, en particular, por el requerimiento de igualdad material o sustancial que conllevan los DES. Esta igualdad debe ser realizada evitando las discriminaciones y principalmente la desigualdad, como contracara de la igualdad formal, lo que en términos jurídicos se traduce en la consagración de normas que dispongan un trato diferenciado o desigual de los sujetos que se encuentran en una situación de desigualdad de hecho. El argumento de la igualdad parte de la premisa empírica de que hay sujetos que se encuentran en una situación material de carestía, situación a la que el ordenamiento jurídico debe dar respuesta por la vía de los DES.

La igualdad material se esboza como un punto de llegada, debiendo considerarse los distintos niveles sociales y jurídicos en los que se encuentran los sujetos

con miras a suprimir la desigualdad factual real⁹⁰. La igualdad es una meta social, por lo que la intervención estatal en la configuración de los DES debe estar diseñada con tal finalidad⁹¹. Los DES derivan y persiguen la igualdad, afirmación en apariencia contradictoria, a menos que entendamos que el fundamento de los DES es la búsqueda de igualdad entre los hombres⁹². Es decir, hay un análisis de igualdad tanto justificativo como teleológico, ya que el recurso de existencia de los DES está determinado por las situaciones de carencia y la finalidad intrínseca de esta categoría también está prescrita por la igualdad como situación futura a concretar. Podemos hablar de una fundamentación de doble carácter igualitario (igualdad como motivo e igualdad como fin).

En este marco, se ha considerado que los DES están encaminados al establecimiento de un régimen jurídico diferenciado que permita superar las desigualdades, tratando desigualmente a las personas que se encuentran en estado de desigualdad⁹³. Los DES en su faceta prestacional consisten en dar o hacer en favor de algunos sujetos según parámetros que introducen desigualdades normativas con miras a tal igualdad final. Ahora bien, el punto relevante está en definir cuales serán los criterios bajo los cuales se permite introducir un trato diferenciado, concurriendo elementos fácticos y normativos. En palabras de PRIETO SANCHÍS: “la concurrencia de una circunstancia o propiedad debe ser, por tanto, el criterio que defina el universo de los destinatarios de la norma y asimismo la razón o fundamento de la consecuencia en ella prevista” (razonabilidad e interdicción de arbitrariedad según la jurisprudencia). Si existe alguna razón para la igualdad, ésta debe primar y, en caso de constar una desigualdad de hecho, debe concurrir una razón que justifique el trato desigual⁹⁴. En breve, en las situaciones en que no hay desigualdades entre sujetos equivalentes no cabe la diferenciación, pero entre sujetos que se sitúen en posiciones desiguales y tal diferencia ubica a alguno de los actores en situación de precariedad material, existirán razones para disponer una diferenciación normativa a su favor. Existe una relación bidireccional entre los DES y la igualdad, pues, los DES son el instrumento técnico por el cual se garantiza o se busca la igualdad y, por otro lado, la igualdad es un elemento constitutivo y fundamentador de estos DDF⁹⁵.

⁹⁰ AA. VV., *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 66 y s.

⁹¹ DÁVALOS MARTÍNEZ, cit., p. 45 y s.

⁹² CALVO POYATOS, Carmen, “El Estado bienestar en la Constitución española de 1978”, en THEOTONIO, Vicente y PRIETO, Fernando (directores), *Los derechos económico-sociales y la crisis del estado de bienestar*, Publicaciones ETEA, Córdoba 1996, p. 125.

⁹³ PRIETO SANCHÍS, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, cit., p. 17.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 25 y 31.

⁹⁵ AÑÓN ROIG, María José, “La contribución de los derechos sociales al vínculo social”, en AA. VV., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 299 y s.

En esta línea, la desigualdad normativa permitirá la universalidad de los DES, considerando previamente dicha universalidad como un objetivo a lograr, no como un punto de partida de esta tipología, siendo necesario introducir tratamientos diferenciados no para todas las personas sino únicamente para aquéllos que requieren ayuda. En síntesis: “Igualdad como diferenciación y universalidad en el punto de llegada son los rasgos identificadores de estos derechos”⁹⁶. El estado de universalidad es un estado de igualdad material, pues en la medida en que se establezcan desigualdades normativas se logrará la igualdad real y por ende la universalidad de ésta categoría jurídica. En el fondo, estamos ante “una opción ética sobre el derecho igual para todos los hombres, a realizarse plenamente como seres libres y autónomos”, siendo necesaria la remoción de las trabas socio-económicas que impiden la emancipación social⁹⁷.

6.2. La libertad y la utilización de los DES como vía de liberación social

La consecución de la libertad de todas las personas por la vía de los DES constituye la esencia de esta posición doctrinal. Para la consecución de tal objetivo se requiere revertir las insuficiencias diferenciadoras por medio de prestaciones estatales. Los DES se despliegan como “instrumentos para garantizar las condiciones reales que hagan posible un efectivo ejercicio de libertad”⁹⁸.

Los hombres considerados en abstracto son libres, pero en concreto se puede observar que hay algunos más libres que otros, porque el ejercicio de dicha libertad está condicionado por las limitaciones y carencias materiales de las personas, que pueden impedir su pleno ejercicio. Los DES vienen a revertir tal situación, permitiendo el desenvolvimiento de todos en condiciones de plena libertad, es decir, de una libertad real, no ficta o teórica. En este sentido, PÉREZ LUÑO distingue entre la libertad de los hombres y la libertad de los ciudadanos, pues los hombres en cuanto tales tienen muchos derechos, pero como ciudadanos muy pocos, de manera que la verdadera emancipación (libertad) humana se produce al fundirse hombre y ciudadano, acontecimiento que sólo es posible a través de la consagración de los DES⁹⁹.

⁹⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de filosofía jurídica y política)*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid 1999, p. 64 y s. Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto*, cit., p. 32.

⁹⁷ VELASCO ARROYO, cit., pp. 420 y 424.

⁹⁸ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, cit., p. 157 y s.

⁹⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio, “Los derechos sociales y sus críticos”, en THEOTONIO y PRIETO, *Los derechos económicos-sociales y la crisis del Estado de bienestar*, cit., p. 46.

Sin condiciones de vida material mínimas o básicas el ejercicio de las libertades está limitado y restringido, por lo que la fundamentación de los derechos siempre será la libertad¹⁰⁰. La participación en los bienes materiales representa un “presupuesto necesario” para la realización de tal libertad¹⁰¹. La libertad se asegura por medio de prestaciones estatales, lo que permite afirmar que no existe contradicción entre libertad liberal-burguesa y los DES, sino más bien que éstos son “consecuencia lógico-material de una situación social modificada”¹⁰².

La búsqueda de la libertad por la vía de una mayor intervención estatal es reflejo del cambio social que dejó al descubierto que la sola libertad negativa no era suficiente para forjar “iguales libertades subjetivas” para todos, requiriéndose una nueva categoría de derechos (los DES), asentada en el derecho a recibir prestaciones con miras a una justicia distributiva. Esto produjo una dependencia de la libertad fáctica de los sujetos, no de su propia autodeterminación o control sobre sí mismos, sino de las actividades y decisiones estatales¹⁰³. En este sentido, existiría una *estatalidad de la libertad*.

Esta libertad ligada a la nueva concepción estatal exhibe una vinculación consecuencialista entre igualdad y libertad¹⁰⁴. La libertad se logra por medio de la igualdad. La generación de condiciones de igualdad material conducirá a un ejercicio de libertad real de todos los miembros del grupo social. La búsqueda de la libertad real para todos los sujetos es requerida por la concurrencia conjunta de tres elementos: principio de dignidad humana, Estado social y democracia igualitaria. Bajo esta fórmula tripartita, el Estado social está obligado a generar las condiciones bajo las cuales todo ciudadano puede alcanzar y ejercer por igual las libertades garantizadas. La libertad igual para todos se obtiene por la vía de intervención y otorgamiento de prestaciones estatales, pero se debe evitar la igualdad total, ya que puede conllevar la pérdida de la libertad buscada¹⁰⁵.

6.3. La necesidad, la colaboración y la dignidad como imperativos morales justificantes

Otros sectores hacen recaer la razón de ser de los DES en otros cánones justificantes, como lo son la necesidad, la colaboración entre los hombres y el concepto

¹⁰⁰ TRUJILLO, Isabel, “La discutida juridicidad de los derechos sociales”, Revista Persona y derecho N° 45, 2001, p. 274 y s.

¹⁰¹ BÖCKENFÖRDE, cit., p. 74 y s.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ HABERMAS, cit., p. 484 y s.

¹⁰⁴ HÄBERLE, *Pluralismo y constitución*, cit., p. 204 y s.

¹⁰⁵ Ibid. Vid. HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Comares, Granada 2003, p. 47.

genérico de dignidad de la persona. Fundan su postura en una bidimensionalidad ético-jurídica, radicando la justificación de los DES en el deber moral de corregir las situaciones que ubican a determinadas personas en situaciones degradadas, lo cual se debe traducir en la fijación de normas jurídicas que dispongan derechos con tal objetivo enmendador.

Desde la perspectiva de la necesidad como motivación de la existencia de los DES, la insuficiencia material que las personas padecen se erige como la razón de ser y de legitimación (justificación) de esta categoría. Esta carestía se constata de dos formas: por medio de la aprensión de sentido común, por la cual se comprueba que los sujetos no son plenamente autónomos ni pueden gozar de su existencia si no están cubiertas sus necesidades básicas. Por otra parte, concurre un imperativo moral, ya que si existe la posibilidad de satisfacer las carencias de los ciudadanos se “debe” proceder a ello¹⁰⁶.

Desde una postura comunitarista, que observa a las personas como sujetos interrelacionados e interactuantes entre sí y no como sujetos únicamente autónomos y autodeterminados, se han fundado los DES en la colaboración entre los hombres. Tal auxilio mutuo es un elemento consustancial a los DES, demandando para su efectividad la intervención de otros sujetos ante la imposibilidad de ser cumplidos con la sola inhibición estatal. Los demás sujetos sociales deben participar directa o indirectamente en el mejoramiento de las situaciones particulares de las personas vulnerables y carentes. Este requerimiento se articula en el otorgamiento de prestaciones y auxilios que en la actualidad son conferidos por el Estado, aunque su razón de ser sea la cooperación entre los ciudadanos¹⁰⁷.

La dignidad humana como razón primaria y fundamento originario de todo DF se presenta también como razón de existencia de los DES. Tal categoría de derechos se puede instaurar, con el objeto de reconocer y tutelar esa dignidad, desde una doble perspectiva: como exigencias pragmáticas para la realización de la dignidad personal¹⁰⁸, o como una clasificación de derechos que cumple funciones al servicio de dicha dignidad y de la libre determinación personal¹⁰⁹. La propia realidad muestra empíricamente la urgencia de amparar dichos derechos, porque su vulneración contradice la consustancialidad y respeto del ser humano, instituyéndose los DES como un instrumento hacia el logro de la dignidad. El punto inicial de toda búsqueda de fundamentación debe ser aquélla que considera

¹⁰⁶ CONTRERAS PELÁEZ, cit., p. 41.

¹⁰⁷ TRUJILLO, cit., p. 263 y s.

¹⁰⁸ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, “Derechos sociales y derechos de la sociedad”, *Revista Persona y Derecho* N° 41, 1999, p. 121 y s.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Los derechos fundamentales en el estado social de derecho y el derecho administrativo constitucional”, en AA. VV., *X Jornada de estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Volumen II, Madrid 1988, p. 1243.

al hombre (en sentido amplio) como el “centro de referencia de toda la trama de la vida social”, y por ende, del armazón y de la regulación jurídico-política¹¹⁰. Bajo este supuesto, los DES son “exigencias ineludibles que el principio de dignidad de la persona humana proyecta en la actualidad sobre la organización jurídico-política de la vida social; son derechos en sentido radical”¹¹¹.

6.4. Hacia un argumento igualitario de fundamentación

La igualdad representa la razón de existencia en la construcción de los DES. Desde una perspectiva histórica, su articulación constitucional tuvo su origen en las situaciones de desigualdad material entre los sujetos sociales. La precariedad de las condiciones de vida generó un movimiento social de consecuencia jurídicas con miras a resolver dicha situación de disparidad. Socialmente, los DES vinieron - y vienen - a resolver parcialmente una situación de desigualdad de mayor alcance, la desigualdad de *status societatis*, representando un quiebre en las relaciones jerárquicas entre las personas, ya que su aparición permitió - y permite - reducir la brecha existente entre los grupos socio-económicamente privilegiados y los menos favorecidos. Al tener los DES por finalidad la generación gradual de condiciones igualitarias, se produce una menor distancia real entre las condiciones sociales de uno y otro grupo.

La igualdad como fundamento de los DES responde a la contradicción existente entre la igualdad como un valor objetivo en los Estados constitucionales democráticos, con especial énfasis en aquéllos de corte social, a cuya realización deben aspirar el ordenamiento jurídico y los poderes públicos, y la existencia de situaciones de desigualdad real o factual. Ante dicha antinomia, los DES se constituyen como instrumento de igualación o corrección y de eficacia de los mandatos constitucionales.

De esta forma, y razonando de manera inversa, la inexistencia de situaciones desiguales, es decir, la realización de la igualdad, haría innecesaria la presencia de los DES, puesto que, y siguiendo los razonamientos de ALEX Y PRIETO SANCHÍS, si las personas contaran con los instrumentos materiales suficientes como para acceder a tales bienes (situación de igualdad material), no se requeriría la consagración de tales derechos.

Frente a una realidad social materialmente heterogénea, la vía jurídica trata de reducir o corregir los grados de desigualdad con miras al logro de

¹¹⁰ DE CASTRO CID, *Los derechos económicos, sociales y culturales, Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., pp. 122, 123, 128 y 129.

¹¹¹ DE CASTRO CID, *Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., p. 41 y s.

una sustancialidad igualitaria. Para el logro de la igualdad requerida se debe recurrir primero a una igualación en la norma fundamental, fijando DES a nivel constitucional y legal para todas las personas, las cuales, de acuerdo con su particular situación de carencia, accederán y se mantendrán en su ejercicio. Junto a ello, se acude el tratamiento normativo desigual - reverso del principio de igualdad - que busca nivelar las posiciones desiguales o situaciones que, por su especial particularidad, requieren de un trato diferenciado con miras a evitar o prevenir una situación de desigualdad. La diferencia de trato busca la estructuración de un sistema jurídico que fije parámetros igualitarios según las circunstancias particulares. La interpretación de cuál debe ser ese parámetro igualitario (grado o intensidad) debe responder a una política inclusiva y respetuosa de la diversidad (criterio democrático), en la que todos los sujetos tengan una posición jurídica garantizada acorde con su condición específica. Es decir, mientras existan desigualdades materiales y subsista la urgencia de su corrección, se debe disponer de criterios de igualdad y desigualdad jurídica con miras a corregir dicha situación de irregularidad.

Los motivos que justifican la diferenciación deben responder a criterios de “corrección necesaria para la igualdad”. La diferenciación jurídica procederá cuando la igualdad deseada sólo puede obtenerse por vía desigualadora, es decir, cuando la corrección de las situaciones de desigualdad no se pueda lograr sin el trato diferenciado. Esto sólo puede ser entendido desde una perspectiva político-jurídica, pues para proceder a la corrección de la desigualdad es necesario que el sujeto político (el constituyente y el legislador democrático) defina el grado o nivel de igualdad que desea lograr. Teniendo claro la mayor o menor intensidad de la igualdad buscada se puede proceder a ponderar los argumentos justificantes de la igualdad, ya que el resultado será diferente dependiendo de si el Estado y los sujetos políticos desean profundizar la igualdad material existencial entre las personas o, por el contrario, si no tienen tal prioridad. Así, tiene una relevancia crucial el tipo de Estado y el régimen político de que se trate, pues tales propósitos podrán ser ejecutados con base a un criterio igualitario más intenso en un Estado social que en uno de corte liberal o neo-liberal, al ser examinadas las normas fundamentales en perspectiva social y democrática (inclusividad), constituyendo los razonamientos redistributivos con miras a la igualdad material el eje central de su concepción y ejecución.

Bajo este prisma, los tribunales con jurisdicción constitucional también tienen un rol preponderante al tener que determinar cuál es la significación y el contenido de las normas constitucionales. Para dicha labor deben tener en consideración el modelo de Estado existente o deseado, de manera que su función hermenéutica está sujeta a las consideraciones sociales del texto constitucional, ya sean expresas (valor o principio de igualdad consagrado) o derivadas de una interpretación igualitaria de su contenido (enunciados que permiten una significación con miras a la igualdad, sea por sí solos o considerados sistémicamente).

Ahora bien, el único derecho que no respondería a la lógica de la igualdad pura como fundamento es el derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado, puesto que su razón de ser radica en la necesidad de evitar su contaminación (salvo que se estime que todos tenemos en igualdad de condiciones el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación). La conservación del medio ambiente se instaura como objetivo social de relevancia y frente a tal valoración se pueden producir situaciones que atenten o vulneren tal objetivo, de manera que evitar el proceso de deterioro ambiental se transforma en una urgencia social, conllevando la consagración de normas con tal finalidad.

7. Elementos estructurales de la relación jurídica: sujeto activo, objeto y sujeto pasivo

Los DES están consagrados a favor de sujetos determinados, los que, de acuerdo con la regulación particular que hace cada ordenamiento constitucional, podrán ejercer o no las acciones pertinentes para obtener la tutela de estos derechos ante los sujetos obligados a su cumplimiento, organizándose una relación jurídica clara con sujeto activo, objeto y sujeto pasivo.

Respecto de la titularidad de los DES se ha producido un giro posicional desde las perspectivas originarias, que vinculaban los DES únicamente a determinados grupos o colectivos, hasta nuevas posturas que reconocen una titularidad individual de tales derechos, dando cabida a razonamientos universalistas o al menos tendencialmente universalistas que buscan reconocer la titularidad de dicha categoría a todas las personas.

El titular de los DES es el sujeto individual, no el grupo o la comunidad¹¹². Se ha señalado que tal titularidad individual se sostiene en razón de que la variable comunitaria de los DES está fundada en la incapacidad de los sujetos para satisfacer individualmente sus necesidades, de modo que requieren de la comunidad para la satisfacción de éstas, así como en la necesidad de un mínimo de solidaridad para la viabilidad de los DES. Así las cosas, en la medida en que los DES exigen la cobertura de las necesidades humanas básicas, de las cuales son titulares sólo los individuos, los DES también son derechos de los sujetos individualmente considerados, que buscan “asegurar el disfrute individual mediante la colaboración y la solidaridad colectivas”¹¹³.

La ordenación individual del titular de los DES tiene como consecuencia su efecto expansivo, con el reemplazo de las teorías de titularidad colectiva por las de cualquier sujeto en situaciones normales como titular. La titularidad colectiva aparejaba que únicamente las personas pertenecientes al grupo pudieran

¹¹² CONTRERAS PELÁEZ, cit., pp. 29-31.

¹¹³ Ibid.

ser sujeto activo de los DES, dejando fuera de su amparo a una multiplicidad de personas y situaciones que requieren de una tutela por parte del ordenamiento constitucional. Este inconveniente llevó al replanteamiento de la extensión de su titularidad, dando lugar a la configuración de unos derechos “tendencialmente universales”, proceso expansivo que se comprueba con la ampliación numérica de los sujetos beneficiados y la multiplicidad de los factores sociales considerados para el ejercicio de los derechos. Esto conllevará que en el futuro los beneficiarios podrán ser todos los individuos, por lo que la universalidad de los DES queda circunscrita más bien a una potencialidad de universalización¹¹⁴. Los sujetos titulares de los DES serán aquéllos que se sitúen en una posición de necesidad, ligando la universalidad al deber de protección de cualquier persona que se encuentre en posición de insuficiencia, por medio de la articulación del principio de igualdad que obliga al trato desigual a los sujetos en condiciones desiguales. La universalidad radica en su extensión a todos los que estén en situación equivalente y, por último, desde una perspectiva valórica, es en el hombre abstracto donde tienen su origen las necesidades y pretensiones¹¹⁵.

Minoritariamente en la doctrina se han distinguido dos clases de titularidad en materia de DES: una concreta, vinculada a quienes están en determinada situación de carencia (educación, trabajo, salud, vivienda, etc.) o sujetos a la contingencia (seguridad social), y una titularidad genérica, referida al derecho al medio ambiente descontaminado, dirigido al mejoramiento de las condiciones de vida de toda la sociedad, situando como sujeto titular a todos los ciudadanos¹¹⁶.

Un análisis particular de los DES en su faceta de libertad y de prestación muestra, como se indicó anteriormente en este capítulo, que la titularidad de los DES es individual y heterogénea, pues todas las personas pueden requerir de realización material existencial. Por ejemplo, la libertad de enseñanza, la libertad de elección de profesión u oficio, el derecho a la seguridad social, el derecho a vivir en un ambiente adecuado e incluso el derecho a la protección de la salud tienen un titular individual (sujeto afectado, que puede ser uno o varios), que no integra necesariamente ningún grupo determinado (los trabajadores, por ejemplo). Reconociendo esto, cabe precisar que en la realidad concreta, los sujetos carentes en determinado tiempo y lugar serán los titulares principales de los DES de prestación, tanto en el acceso al DES como en su preservación.

Se estima que el titular de los DES es el sujeto individual, no el grupo, pues éste no es más que una categorización genérica explicativa del surgimiento y desarrollo de los DES. El derecho en concreto, sin embargo, está vinculado a un sujeto específico que lo hace valer ante el Estado o ante terceros. La calidad individual del derecho se acredita cuando analizamos la vulneración del derecho,

¹¹⁴ CONTRERAS PELÁEZ, *ibid.*, pp. 33-37; PISARELLO, *cit.*

¹¹⁵ AA. VV., *Lecciones de derechos sociales*, *cit.*, pp. 62-65.

¹¹⁶ MARTÍNEZ ESTAY, *cit.*, p. 88 y s.

es decir, la transgresión del DFS al sujeto a quien se le reconoce. La respuesta en este evento es del individuo, no del grupo colectivo al cual el sujeto puede pertenecer (por ejemplo, trabajador o estudiante). Si aceptáramos la tesis de que los DES tiene una titularidad colectiva, deberíamos aceptar una vulneración colectiva del mismo. Así, por ejemplo, si un trabajador es despedido injustamente o no se cumplen a su respecto las obligaciones previsionales deberíamos entender que el sujeto vulnerado es toda la categoría, conclusión a la que, sin embargo, no se arriba ni resulta plausible.

En lo referente al *objeto* de los DFS, debemos tener en cuenta que, desde la perspectiva descriptiva de las relaciones jurídicas, el objeto está referido a la “actividad o comportamiento que deben o pueden ejecutar los sujetos integrantes de la relación”¹¹⁷. Así, y en consideración a los DES, éste debe examinarse considerando los DES desde su bidimensionalidad: acción y omisión estatal. El objeto de los DES está determinado por este binomio. El objeto de los DES consistirá en prestaciones en lo relacionado con aquellos DES que requieren una intervención estatal directa y que implican el otorgamiento de bienes o servicios por parte del Estado. En aquellos DES que no comprenden prestaciones estatales sino el ejercicio de una libertad (sindical, educacional u otra), el objeto está prescrito por el deber del Estado de inhibirse de entorpecer la acción individual y de garantizar tal ejercicio. Por ejemplo, en el caso del derecho a sindicalización, será la facultad de asociación entre trabajadores o, en el caso del derecho a huelga, el objeto será el poder ejercer dicho derecho sin entorpecimiento de parte del Estado. Los DES de libertad y acción estatal requieren igualmente de una actividad estatal reguladora y fiscalizadora que garantice su ejercicio.

Por último, a partir del giro político-jurídico del Estado desde una posición de abstención a un lugar preponderante en el desenvolvimiento social de las personas, éste es el principal *sujeto pasivo* en la relación jurídica de los DES. De esta forma, los DES como derechos de prestación tienen como sujeto pasivo al Estado, ente obligado a conceder aquellos bienes y servicios (prestaciones positivas y medidas intervencionistas) necesarios para la corrección de la desigualdad, estructurándose para los particulares un derecho subjetivo público hacia el Estado, el que tendrá una eficacia mayor o menor según la forma en que se consagren los DES en los distintos ordenamientos constitucionales. Con relación a los DES de libertad el sujeto pasivo Estado tiene una obligación de inacción o inhibición, aunque la realidad indica que tal neutralidad no es tal, pues para la garantía de un derecho de libertad se requiere, con diferentes intensidades, de un rol activo del Estado, el que debe tomar las medidas necesarias para caucionar tal libertad.

Además de este lugar preeminente del Estado como sujeto obligado, a la luz del desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, los DES han adquirido *eficacia ante terceros* (*Drittwirkung der Grundrechte*), pues hay imperativos normativos que no están llamados a ser realizados por el

¹¹⁷ GAVARA DE CARA, “Derechos fundamentales”, cit., p. 35.

Estado, sino que su ejecución recae en los particulares, como ocurre, por ejemplo, con las obligaciones del empresario en la relación laboral. De este modo, la aplicación de los DDFF se produce también en las relaciones entre particulares y no únicamente entre el Estado y los personas. La razón justificativa de esta eficacia horizontal ha sido el carácter *objetivo* de las normas de DDFF, ya que éstas “contienen principios ordenadores de la vida social (*Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben*), que tienen también relevancia inmediata para las relaciones jurídico-privadas”¹¹⁸. Los DDFF representan valores que se propagan a todo el ordenamiento jurídico, en todos sus campos particulares, incluyendo el derecho privado, de modo que los jueces deben considerar tales valores al efectuar su labor hermenéutica¹¹⁹. Se ha indicado que las relaciones entre particulares en torno a los DDFF son “relaciones de derecho público”, aunque su contenido sea de derecho privado¹²⁰.

Si se considera que los sujetos pasivos pueden ser tanto el Estado como los terceros particulares, la horizontalidad de los DES, planteada a raíz del derecho del trabajo y la relación empresario / trabajador, debe ser extendida a toda relación entre privados que vincule DES. La eficacia frente a terceros, además de la dimensión objetiva (efecto de irradiación) de los DDFF, deber estar fundada desde su opuesto, que es la relación privada entre sujetos. Una relación entre privados relacionada con derechos de carácter social no es una relación meramente privada, sino que goza de una dualidad consustancial pública y privada, debiendo distinguirse entre el “contenido social” de la relación privada ligada a la finalidad social del derecho (asegurar el derecho al trabajo, protección de la salud, previsión, etc.) y el “contenido privado” ligado a los derechos y obligaciones que los particulares pactan y que no son contrarias a la ley ni al contenido constitucional de los DES. En el caso de contratación privada pero ligada a DES de orden constitucional, la dualidad consustancial viene dada por el objeto de la relación, ejecutando por vía contractual un DFS, de manera que lo privado está limitado por el carácter constitucional del objeto regulado.

8. La garantía de los DES

Hay que partir de un hecho claro: los DES no tienen la misma certeza configurativa que los derechos de libertad no sociales. Así, su consagración a nivel

¹¹⁸ PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, cit., pp. 90-93.

¹¹⁹ MARTÍNEZ ESTAY, cit., p. 76.

¹²⁰ BIDART CAMPOS, cit., p. 332 y s. Para CASCAJO CASTRO, José Luis, cit., p. 68, la eficacia frente a terceros de los DES tiene su “inspiración” o “vinculación” en el principio de igualdad, adquiriendo este derecho (igualdad) la estructura jurídica de DF de carácter social. Se trata de un mandato al legislador para que traduzca este derecho en las relaciones laborales.

constitucional todavía no se incorpora al acervo constitucional como una exigencia consustancial a éste. Como se indicó precedentemente, lo anterior puede deberse principalmente a dos factores. Por una parte, la incredulidad en cuanto a la relevancia constitucional y al carácter de DFFF de los DES, de manera que éstos pueden ser regulados y garantizados a un nivel infraconstitucional, y las situaciones factuales, principalmente económicas, que se constituyen como el principal factor de restricción de la extensión progresiva de esta tipología¹²¹. Tal situación de restricción ubica a los DES de prestación en un lugar de protección débil, pues los diferentes ordenamientos constitucionales no han dispuesto mecanismos de tutela de la misma eficacia de la que gozan los derechos de libertad tradicionales, lo cual, ha llevado a proteger tal categoría a través de los vericuetos del Estado social, sin que se haya ideado un armazón coherente y fuerte con miras a su protección¹²². Como indica FERRAJOLI, enlazando la estructuración del Estado social a la desprotección de los DES: “El Estado social... se ha desarrollado sin un proyecto garantista, por medio de una caótica acumulación de leyes, aparatos y prácticas político-administrativas”¹²³.

Ante esta situación desalentadora algunos han estimado que la principal garantía o tutela de los DES se debe desplegar por la vía del desarrollo legislativo, como consecuencia de la carencia de aplicabilidad inmediata, siendo el legislador democrático (depositario de la soberanía) el ente acreditado para su tratamiento. Junto a ello, la administración también se erige en sujeto competente en la protección de estos derechos, asentándose como un poder capaz de dar eficacia material en lo real a tal categoría. El legislador y la administración deben “procurar el acceso a los bienes materiales y la participación en ellos” y, una vez estructurado este sistema de acceso a bienes y de participación, se podrán defender por vía jurídica estos derechos ante ataques estatales. Así, considerando el marco constitucional democrático en el cual se desenvuelve esta problemática, corresponde al legislador en primer lugar y a la administración en segundo lugar la labor de llevar a cabo esta tarea¹²⁴. El desarrollo legislativo tiene como límite negativo las disposiciones constitucionales, constituyéndose éstas en barreras ante los posibles excesos por parte del poder legislativo, cuando no concurra el control de constitucionalidad de las leyes o en caso de ausencia de ley. En lo

¹²¹ LLAMAS CASCÓN, Angel, “Algunas consideraciones en torno a los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Derechos y Libertades* N° 6, 1998, p. 81 y s.; DE CASTRO CID, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., p. 174; CONTRERAS PELÁEZ, cit., Capítulo IV.

¹²² DE CASTRO CID, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., p. 177, nota al pie N° 20.

¹²³ FERRAJOLI, cit., p. 110.

¹²⁴ BÖCKENFÖRDE, cit., pp. 76-78. Este autor estima que no le corresponde al intérprete constitucional permitir su exigibilidad directa por vía judicial, pues, estos derechos por su “propia naturaleza” no constituyen derecho inmediatamente aplicable, requiriendo, siempre, la mediación legislativa.

que respecta a la administración, la jurisdicción contencioso-administrativa es una vía legítima como alternativa o en ausencia de protección jurisdiccional, dando origen a un interés legítimo protegido que no exige la prestación, sino la anulación del acto administrativo¹²⁵.

Para evitar la configuración infraconstitucional de los DES que conlleva el tratamiento legislativo y la labor de la administración, la jurisdicción constitucional se presenta como un referente primordial. La labor del órgano de control de constitucionalidad es vital, principalmente porque los DES tienen la particularidad de que confluyen en su examen tanto la normativa constitucional, la legal y la reglamentaria. No obstante esta triple concurrencia que complejiza y relativiza su protección, la labor del legislador se puede atenuar - como lo demuestra el caso alemán - cuando el Tribunal Constitucional lleva a cabo su labor hermenéutica en un sentido o perspectiva social, ya que a partir de escasos elementos constitucionales sociales se puede extender la protección de manera dinámica y sostenida hacia los DES, para lo cual es muy relevante el derecho procesal constitucional. En esta línea, un instrumento de tutela lo representan las *sentencias aditivas*, mediante las cuales se extienden ciertos beneficios a un grupo determinado o a todos los ciudadanos en razón del principio de igualdad, cuando se ha estimado restrictiva una regulación normativa. Conjuntamente, aunque con escasa relevancia práctica, encontramos la *cuestión de inconstitucionalidad*. En síntesis, la jurisdicción constitucional cuenta con innegables instrumentos jurídico-constitucionales que permiten “subjektivizar e interpretar en clave individual, principios constitucionales como el de igualdad y el de Estado social”¹²⁶

¹²⁵ CASCAJO CASTRO, cit., p. 80.

¹²⁶ CASCAJO CASTRO, cit., págs. 81-91.

II. EL MODELO JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL DE TUTELA DE LOS DES

1. Introducción

La Constitución española (CE) consagra una multiplicidad de DES. Tales derechos están distribuidos geográficamente entre las secciones 1ª (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas)¹²⁷ y 2ª (De los derechos y deberes de los ciudadanos)¹²⁸ del Capítulo II (Derechos y libertades) y, principalmente, en el Capítulo III (De los principios rectores de la política social y económica)¹²⁹ del Título Primero del texto constitucional. De esta configuración espacial se derivan diversas consecuencias relativas a la tutela de tales derechos, pues de acuerdo a la ubicación de los preceptos sociales, el constituyente español dispone diversos instrumentos de protección.

De un modo general, la CE ha instituido un sistema decreciente de protección de derechos. El mayor nivel de amparo lo reciben los DDFD consagrados en la sección 1ª del Capítulo II, y así en forma decreciente¹³⁰. La regulación constitucional privilegiada de los derechos de la sección 1ª del Capítulo II conlleva un desequilibrio de eficacia entre los DES consagrados en dicha sección y el resto de los DES, que carecen de tutela directa, lo que dificulta su real y efectivo cumplimiento.

En este contexto de desequilibrio protector, la labor del TCE en el amparo de los DES no se ha limitado únicamente a los derechos tutelados en forma directa (derechos que gozan de tutela reforzada), sino que ha dispuesto una protección de mayor extensión, permitiendo amparar con mayor o menor intensidad, por vía

¹²⁷ Esta sección establece el derecho a la educación (art. 27), el derecho a la libre sindicación (art. 28.1) y el derecho a la huelga (art. 28.2).

¹²⁸ La sección 2ª del mismo capítulo fija el derecho al trabajo (art. 35) y el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1)

¹²⁹ El Capítulo III del texto fundamental consagra el derecho a la seguridad social (art. 41), el derecho a la protección de la salud (art. 43.1), el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado (art. 45.1) y el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47.1).

¹³⁰ De conformidad al art. 53 CE los derechos de la sección 1ª vinculan a todos los poderes públicos, desarrollo legislativo – reserva de ley - sólo por ley orgánica (art. 81.1 CE), respeto al contenido esencial de los derechos y gozando de tutela reforzada por medio del recurso de amparo ordinario y constitucional. Los de la sección 2ª vinculan también a los poderes públicos, disponen de reserva legal aunque sólo ordinaria y están protegidos por la garantía del contenido esencial de los derechos. Finalmente, los derechos del Capítulo III tiene un rol informador para el legislador, la jurisprudencia y demás poderes públicos, y podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria según las leyes que los desarrollen.

constitucional (recurso de amparo, recurso y cuestión de inconstitucionalidad y cuestiones de competencia), la mayoría de los DES¹³¹.

De esta forma, se plantea que la jurisprudencia del TCE ha estructurado la protección de los DES sobre la base de tres líneas argumentativas principales:

a) Una “*matriz institucional de garantía*” constituida por la cláusula social y democrática del art. 1.1 CE. Esta fórmula se instituye como puntal genérico de amparo, cuyos elementos componentes (Estado social y democrático de derecho) permiten al TCE una flexibilidad analítica e interpretativa con el objeto de delinear, desarrollar y profundizar el contenido de los DES con un criterio social y democrático;

b) Los mecanismos de “*protección directa*” de algunos DES. Bajo el patrocinio de la “*matriz institucional de garantía*” se dispone el amparo de ciertos DES que gozan de tutela reforzada de conformidad con el art. 53.2 CE, como el derecho a la educación (art. 27), el derecho a la libre sindicación (art. 28.1) y a la huelga (art. 28.2), respecto de los cuales la protección se ajusta a las reglas generales indicadas en dicho artículo. Igualmente, el TCE ha complementado y otorgado esta tutela por vía del recurso de inconstitucionalidad, determinando el contenido y alcance constitucional de los DES.

c) Los mecanismos de “*protección indirecta*”. Bajo el mismo patrocinio de la matriz antes indicada, el TCE ha extendido la protección a los DES de las secciones 1ª y 2ª del Capítulo II y a los DES del Capítulo III por vía indirecta, a través de un amparo por “conexión” o “incorporación”. Ha otorgado amparo a los DES por tres caminos:

aa) Por vía de conexión, invocando el principio de igualdad (art. 14 CE), ya sea a través de la cláusula de no discriminación (falta de justificación del tratamiento diferenciado) o por el tratamiento normativo diferenciado con miras a lograr mayores niveles de igualdad sustancial (dispensando protección al derecho a la educación, a la libertad sindical, al trabajo, a la negociación colectiva, a la seguridad social y a la vivienda digna).

bb) Efectuando una conexión entre el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, como instrumento indirecto de protección del derecho a la libertad sindical (triple tutela)¹³².

cc) Mediante un amparo indirecto por incorporación, a través de la anexión al contenido esencial de algunos DDFD del contenido constitucional de ciertos DFS.

¹³¹ Únicamente queda excluido de esta protección el derecho a la protección de la salud, pues, la jurisprudencia es escasa y carente de relevancia para estos efectos.

¹³² El derecho a la libertad sindical tiene en este caso una triple tutela, por cuanto está protegido por el recurso de amparo constitucional, por el principio de igualdad y por el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar.

Así, el TCE ha protegido el derecho a la negociación colectiva, situándolo como elemento componente del contenido esencial del derecho a la libertad sindical. De igual manera, en algunos casos ha extendido la protección al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y al derecho a una vivienda digna como derechos integrantes del contenido esencial del derecho de propiedad, en concreto, de la función social de este derecho.

El modelo español de protección es un modelo dinámico y social de tutela de los DES. El dinamismo está dispuesto por la ampliación de la tutela a DES que no encuentran amparo en el mecanismo de protección directa y reforzada del art. 53.2 CE. Para ello, se ha estructurado una protección indirecta, utilizando diversos instrumentos y caminos jurídicos que ofrece el ordenamiento constitucional, como la protección conexa o la protección por incorporación recién mencionadas. Asimismo, el método indirecto se ha caracterizado por la utilización de todas las vías procesales constitucionales para configurar la tutela, como el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestiones de competencia. La labor hermenéutica flexible y extensiva ejecutada por el TCE se constituye como el principal elemento fundamentador de la protección de esta categoría de derechos. Asimismo, la jurisprudencia da cuenta de un modelo social de tutela al tener como eje central de sus criterios y argumentaciones la necesidad de la realización material de los sujetos, con base en criterios igualitaristas y fundando sus razonamientos desde una perspectiva iusfundamental social, permitiendo la conciliación y adecuación del accionar jurisprudencial al modelo de Estado constitucional.

La intensidad de la protección no es completamente fuerte, al estar la mayoría de los DES excluidos de la tutela directa, en tanto que las vías indirectas todavía se aplican restrictivamente (salvo el principio de igualdad), vinculadas únicamente a casos concretos y referidos a ciertos derechos particulares. Por lo mismo, se trata de un modelo de tutela de intensidad que podemos catalogar como media ascendente.

En lo que sigue, y con el objeto de lograr mayor claridad analítica, se efectuará primero un estudio sinóptico de los DDF en la CE, determinando la posición y el valor jurídico de los DES en el cuadro constitucional. Seguidamente se examinará el modelo español de protección, procediendo al análisis jurisprudencial particularizado de cada uno de los elementos componentes del modelo.

2. Estructuración y valor jurídico de los DES en la CE

La CE ordena los derechos constitucionales en dos capítulos del Título I (Capítulos II y III). El Capítulo II consta de dos secciones, la primera denominada “De los derechos fundamentales y las libertades públicas”, y la segunda titulada “De los derechos y deberes de los ciudadanos”. El Capítulo III está referido a los

“Principios rectores de la política social y económica”. A partir de esta ordenación geográfica, la determinación de cuáles de estos derechos ostentan la calidad de DDFF no ha sido una tarea simple.

La doctrina no ha logrado una postura homogénea y consensuada en torno a los criterios de fundamentalidad de los derechos de la CE. Podemos diferenciar dos corrientes al respecto, una “extensiva” que otorga la calidad de fundamentales a todos los derechos regulados en estos capítulos (equiparación entre derechos constitucionales y DDFF) y otra formal “restrictiva” o “limitativa”, que reduce la fundamentalidad a ciertos derechos del cuerpo constitucional (desigualdad valorativa). La diferencia de criterios de fundamentalidad se debe a diversas perspectivas de análisis, ya sean éstas de carácter formal o material, también referidas a elementos distintivos de algunos derechos. Cabe destacar que dentro de la postura formal restrictiva o limitativa se ubica la doctrina jurisprudencial del TCE (posición ultra restrictiva). El estudio previo de esta disputa doctrinal aportará la claridad conceptual necesaria para el análisis de los DES en la jurisprudencia española.

2.1. Posiciones extensivas de fundamentalidad: equiparación entre derechos constitucionales y DDFF

Esta corriente confiere el carácter de DF a los derechos consagrados en los Capítulos II y III del Título primero, identificando constitucionalidad con fundamentalidad, en razón de que todos los derechos constitucionales gozan de determinadas particularidades jurídicas que permiten su homologación y clasificación unitaria. Se debe distinguir entre lo sustancial y lo accesorio de un derecho, lo cual permite sostener que la fundamentalidad de un derecho no está determinada por el nivel de protección o tutela constitucional (considerado un elemento accesorio), sino que por el carácter de norma jurídica de orden superior, lo que implica consecuencias jurídicas relevantes que exigen una reinterpretación del sentido formalista utilizado por la CE en su art. 53, con respecto a la regulación en orden decreciente de los niveles de protección jurídica de los derechos de la sección 1ª y 2ª del Capítulo II y de los principios normados en el Capítulo III.

Si bien se acepta la estructuración geográfica diferenciada, tal situación no altera la sustancia de la constitucionalidad y fundamentalidad de los derechos¹³³.

¹³³ En este sentido, PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 8º edición, Tecnos, Madrid 2004, pp. 46 y 164, define estos derechos como “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”. Los derechos constitucionales son fundamentales, pero, reconoce un criterio formalista (no material) en el armazón de fundamentalidad, ya que éstos han sido ordenados en diversos niveles según su grado de tutela. La forma de la calificación es jerárquica, fijando un criterio decreciente según la fórmula de garantía. APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, “Sobre la estructura de los

La asimilación se funda en tres características principales: a) la capacidad de resistencia igualitaria de todos los derechos constitucionales ante el poder; b) la posibilidad mediata o inmediata de exigir el cumplimiento del contenido de los derechos al Estado; y c) el carácter homologable de los derechos constitucionales ante los ordenamientos extranjeros (único elemento asimilador) y su estructuración como relación jurídica.

El primer argumento se refiere a que la consagración constitucional dota a los derechos de una resistencia ante los poderes constituidos, resistencia que permite distinguirlos de otros derechos subjetivos. En razón de su configuración geográfica, los derechos constitucionales tienen diferentes grados de resistencia ante el poder, no afectando ello su fundamentalidad, sino sólo el nivel de protección o tutela. Se debe distinguir, en consecuencia, entre un DF y su amparo¹³⁴.

En cuanto a la intensidad de la eficacia, la asimilación entre constitucionalidad y fundamentalidad se efectúa en razón de que todos los derechos, mediata o inmediatamente, “reconocen a los ciudadanos la facultad de exigir del Estado, o de los poderes públicos, los deberes de éstos, correlativos a su titularidad” (distinción de intensidad o grado de exigibilidad), sin perjuicio de que los derechos del Capítulo II son derechos públicos subjetivos que vinculan a todos los poderes

derechos constitucionales en la Constitución española y otras acotaciones al respecto”, en APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (coordinador), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Cedecs, Barcelona 2001, p. 69 y s., reconoce la situación descriptiva de la norma fundamental española, pero considerando el factor de sustancialidad que algunos “Principios rectores” poseen (por ejemplo, el derecho a la salud, o a la vivienda digna), el autor clasifica genéricamente a todos los derechos como “constitucionales” y, específicamente como “derechos reforzados” los derechos del Capítulo II.

¹³⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudio sobre los derechos fundamentales*, Debate, Madrid 1990, pp. 97-100. El autor critica aquellas posturas reduccionistas que pretenden circunscribir la categoría de derechos fundamentales a determinadas secciones del Título I de la CE, de acuerdo al grado o nivel de protección constitucional otorgada a los diferentes derechos constitucionales (que excluyen expresamente a los Principios rectores de la política social y económica). Para el autor, la observancia del Título I presenta diferencias de garantía que no dan razones para fijar la fundamentalidad en una sección específica de dicho Título sin caer en arbitrariedad. La Constitución dispone de un “respaldo normativo” igual para todos los preceptos, pero diferencia garantías o formas de tutela. Distingue tres niveles o grados de resistencia: a) el constituido por los derechos y libertades del Capítulo II, caracterizados por la reserva de ley (sólo por ley) en su regulación, la cual deberá respetar el “contenido esencial” de tales derechos y libertades. En este primer nivel destaca los DDFF de la Sección 1º del Capítulo II, derechos que deben ser desarrollados mediante “ley orgánica”, los cuales, junto a la igualdad (art. 14) y la objeción de conciencia (art. 30.1) están protegidos por un recurso preferente o sumario ante la jurisdicción ordinaria y del recurso de amparo constitucional; b) conformado por los derechos del Capítulo I, que no poseen la protección de reserva legal y, c) los principios rectores del Capítulo III, que únicamente pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de conformidad a la leyes que los desarrollen. En síntesis, expresa el autor: “El reconocimiento constitucional y la consiguiente vinculación de todos los poderes públicos, con todo lo que ello comporta, sería el lazo de unión de todos estos grupos o categorías o, si se prefiere, el grado mínimo de resistencia que autoriza a calificar un derecho como fundamental”.

públicos y no necesitan de un desarrollo legislativo para su existencia (autoaplicación). La CE consagra DDDFF pero con distintos grados o niveles de eficacia, con tratamientos y valores diversos según su relevancia constitucional¹³⁵.

Por otro lado, se ha indicado que tal asimilación es la única que permite la homologación de los derechos consagrados en la CE ante cualquier sistema normativo comparado. Los DDDFF constitucionales gozan de fuerza y rango

¹³⁵ DE ESTEBAN, Jorge, GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *Curso de derecho constitucional español*, T. I, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1992, pp. 271-273. Estos autores clasifican los derechos constitucionales en tres tipos de derechos fundamentales: a) derechos fundamentales básicos (arts. 14-29); b) derechos fundamentales complementarios (arts. 30-38) y c) derechos fundamentales informadores (Principios rectores de la política social y económica, art. 39-52). Sostienen que todos los derechos normados por la Constitución puede convertirse en derechos públicos subjetivos (incluso los del Capítulo III). Desde la perspectiva de la complejidad de la eficacia de los principios rectores, COBREROS MENDAZONA, E., “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, *Revista Vasca de Administración Pública* N° 19 (septiembre-diciembre), 1987, p. 34 y s., expresa que la eficacia de los principios rectores se expresa en la obligatoriedad del legislador para su cumplimiento, instaurado como principal destinatario, pero también en el imperativo impuesto a todos los poderes públicos para la realización de la finalidad genérica del Estado social y la de los principios rectores. Por su parte, CARMONA CUENCA, Encarnación, “Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica”, *Revista de Estudios Políticos* N° 76 (abril-junio), 1992, p. 109 y s., le ha otorgado el carácter de “principios y normas finales” a las normas de contenido social de la CE (entre las cuales se incluyen los principios rectores, más lo dispuesto en el art. 1.1 CE – principio de estado social de derecho -, art. 9.2 CE – promoción de condiciones para la efectividad de la libertad e igualdad -, y las normas de contenido social del Título VII – Economía y hacienda -), normas que requieren de una ley para su desarrollo, no considerándose como auténticos derechos subjetivos. Los principios revisten un carácter general, cuestión que dificulta su eficacia, aunque al estar consagrados en el texto fundamental tienen la calidad de “verdadera norma constitucional”. El problema de la eficacia radica en su estructura jurídica, ya que se ordenan más bien, y siguiendo a De Otto, como normas de “programación final”, prescribiendo el logro de un fin. Tales normas no contienen una conducta a realizar, sino que al fijar un fin, dejan un amplio margen al destinatario de norma para su ejecución. Bajo estas premisas, el problema de la eficacia de los principios rectores radica, siguiendo a Solozábal, en su carácter de normas “incompletas”, requiriendo no sólo su concreción normativa, sino también su “especificación interpretativa”, referido este último a la exigencia de otorgarle a los valores y bienes protegidos por la Constitución la “conciencia jurídica de la comunidad en cada momento quiera conferirles”. La eficacia de las normas de contenido social radica en tres elementos constitutivos de estas: a) su configuración como auténticos deberes de los poderes públicos, imponiendo tales deberes a todos los poderes públicos, no sólo al legislador, y no configurando derechos subjetivos. El legislador es el principal destinatario de esta normas de contenido social, ya que él es el ente encargado de desarrollar el contenido constitucional de los principios y estructurar normas jurídicas plenamente exigibles; b) el carácter de parámetro de constitucionalidad, en el caso que un acto del legislador contravenga el texto constitucional, haciendo efectiva su plena eficacia para posibilitar una declaración de inconstitucionalidad de cualquier ley o disposición contrarias a ellas (recurso o cuestión de inconstitucionalidad, aunque el TCE no les ha conferido tal eficacia) y, c) como criterio interpretativo del resto del ordenamiento jurídico, al derivar de su carácter de norma jurídica suprema el deber para todos los operadores públicos y privados de interpretar el conjunto del ordenamiento en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales.

jurídico uniforme - el constitucional -, fundamentándose en las “garantías generales propias de la Constitución y no en garantías específicas destinadas a un tipo de norma en una constitución concreta”. Al utilizarse un criterio realista para la calificación de fundamental de un derecho, se debe conferir tal carácter a aquellos enunciados normativos que se estructuran como relaciones jurídicas, de manera que la fundamentalidad no se extiende a todos los preceptos del Capítulo III (principios rectores), sino sólo a aquéllos que gozan de tal configuración jurídica, como el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE) y derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE)¹³⁶.

2.2. Posiciones formal-restrictivas de fundamentalidad

Para este enfoque doctrinal los derechos constitucionales se organizan en distintos niveles jerárquicos, de modo que se debe distinguir entre DDFFF y otros tipos de derechos o principios. La fundamentalidad de los derechos está determinada por ciertos elementos establecidos en la CE. Respecto de cuáles son esos componentes constitucionales que determinan la fundamentalidad coexisten opiniones diversas, aunque no necesariamente contradictorias. Entre las posturas formal-reduccionistas la posición más restrictiva es, paradójicamente la del TCE, el que a través de sus sentencias ha reducido los DDFFF a ciertos y determinados derechos de la CE (los de la sección 1ª del Capítulo II). Al interior de esta corriente podemos diferenciar dos modos de reflexión, uno de carácter político-jurídico material, que considera como variable explicativa de fundamentalidad al sujeto político constituyente y la traducción jurídica de su decisión (subposición político-jurídica), y otro meramente jurídico, que define la categoría de DDFFF en razón de criterios netamente jurídico-formales extraídos del texto fundamental español (subposición jurídica pura).

Desde la posición político-jurídica se plantea que los DDFFF están clasificados según su nivel de protección o tutela (art. 53 CE), ordenación que responde a una decisión del sujeto político (constituyente) en consideración a la importancia (materialidad) que la sociedad española de 1978 concedió a algunos derechos

¹³⁶ GAVARA DE CARA, “Derechos fundamentales”, cit., pp. 29-32. El autor critica las posiciones doctrinales excluyentes de fundamentalidad a los principios rectores por su carencia de tutela reforzada, por cuanto las garantías otorgadas por la Constitución son elementos externos a los DDFFF, que permiten su reconocimiento pero no son unidades consustanciales a ellos, gozando, además, los principios rectores de garantías generales sobre regulación e interpretación de los DDFFF. Formalmente el art. 53.3 CE forma parte del Capítulo 4º (De las garantías de las libertades y derechos fundamentales), de modo que cabe una interpretación exegética que considere a los principios rectores como DF, regulando el art. 53.3 CE las garantías particulares de tales derechos. Finalmente, indica que nada impide al legislador hacer extensivo al Capítulo 3º las garantías específicas de eficacia (todas o algunas), e incluso el recurso de amparo constitucional (vía art. 161.1d CE).

en perjuicio de otros y a las condiciones económicas del país, factores políticos y socio-económicos que limitaron las garantías de los derechos constitucionales. La calificación final recayó en “criterios de prudencia política”¹³⁷. De esta forma, la incorporación al sistema jurídico estuvo determinada por una decisión política (ya sea de política jurídica o de política económica), en la que el criterio material de distinción entre los derechos fue la “identidad y funcionamiento” del sistema. Para apreciar cuál es la decisión del constituyente se deben considerar dos elementos: a) la *garantía de efectividad*, que concede firmeza inmediata o autoaplicabilidad, obligando al legislador a desarrollar los derechos de un modo ordenado y de acuerdo a su contenido, y b) su *inviolabilidad*, que se expresa mediante garantías formales (reserva de ley reforzada) y jurisdiccionales (recurso de amparo), así como la exclusión de suspensión (art. 55 CE), la dificultad constitucional para su modificación (reforma agravada del art. 168 CE) y cláusulas de intangibilidad constitucional (art. 79.3 LFB). En este sentido, los DDFF son derechos graduados. Algunos derechos gozan de mayor fundamentalidad que otros en razón de la mayor o menor protección dispuesta en favor del titular del derecho, y ello estará determinado por su mayor o menor carácter de “norma fundamental del ordenamiento y fuente de las relaciones jurídicas”¹³⁸.

En similar línea restrictiva se ha indicado que la falta de concreción sería la característica distintiva entre los DDFF y los principios rectores de la política social y económica, por cuanto estos últimos carecen de “capacidad normativa

¹³⁷ TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de derechos constitucional español*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1992, p. 351. El autor sostiene que todos los derechos vinculan a poderes públicos, pero con diferente intensidad. De esta forma, los derechos del Capítulo II, “vinculan a los poderes públicos del modo más intenso, puesto que la Constitución ha establecido: a) Su aplicabilidad inmediata, sin esperar a su regulación legal. c) Una reserva de ley orgánica para la regulación de los de la sección 1ª y de ley para los demás. c) El límite infranqueable del contenido esencial de cada derecho, que esta regulación legal ha de respetar en todo caso. d) El recurso de inconstitucionalidad, si la ley rebasa ese límite. e) La tutela preferente y sumaria por parte de jueces y tribunales en caso de violación de los derechos comprendidos en la sección 1ª más el art. 14... Los preceptos del capítulo III vinculan a los poderes públicos de otro modo. Estos han de orientar o informar su actividad (legislativa, jurídica, administrativa, de gobierno) en tales principios, sin posible vulneración; pero no es necesaria una norma de rango legal para su regulación ni derivan de ellos prestaciones estatales inmediatas. El legislador está limitado en su desarrollo por la superior jerarquía normativa de la Constitución, de manera que la vulneración legal de uno de estos preceptos puede ser recurrida por inconstitucionalidad. En la práctica judicial no se los puede alegar directamente sino sólo de acuerdo con la ley que los desarrolle”. Bajo este doble factor de discernimiento (importancia política y posibilidades económicas), el autor clasifica los derechos en tres grupos: a) los de mayor importancia y posibilidades, los cuales tienen un mayor nivel de protección y cabe su exigibilidad (Sección 1ª del Capítulo II), derechos que, en definitiva se constituyen como los DDFF de la CE; b) derechos de importancia y posibilidades intermedias, gozando de protección menor que los de la letra a) (sección 2ª del capítulo II) y, c) aquellos derechos de importancia social y posibilidades de cumplimiento menor, calificándolos como “Principios rectores de la política social y económica”. Vid. TORRES DEL MORAL, cit., pp. 351, 359-360.

¹³⁸ AA. VV., *Teoría general de los derechos fundamentales*, cit., pp. 41 y 44.

interna”, es decir, tiene una mayor imprecisión jurídico-conceptual, reduciéndose su carácter imperativo. Del mismo modo, la exclusión en el Capítulo III de la expresión derechos para algunos de sus enunciados representa la intención del constituyente de otorgarles menos fuerza normativa. Desde la perspectiva de su efectividad los DES de los Capítulos II y III se han entendido de diversa forma, considerándose el derecho a la educación como un derecho público subjetivo y el derecho al trabajo como una “garantía institucional”¹³⁹, en tanto que entre los derechos del Capítulo III se han distinguido aquéllos que conceden un derecho a un mínimo necesario para la existencia digna (por ejemplo, el derecho a la salud o el derecho a la vivienda). A lo anterior se suma una limitación externa político-económica, representada por el nivel económico del país, pues la realización de los DES como derechos de prestación dependerá del desarrollo económico y social de un país¹⁴⁰.

La subposición jurídico-formal expresa que el elemento distintivo de los DDF – predicable únicamente de los derechos del Capítulo II del Título I de la CE (arts. 14-38) - está determinado por la garantía de respeto al contenido esencial y de tutela judicial que poseen tales derechos (fuerza o virtualidad de éstos según CRUZ VILLALÓN). Los derechos mencionados tienen una capacidad consustancial de limitar el accionar legislativo. La garantía del contenido esencial les confiere una preexistencia frente al legislador, pues la garantía existe aun en ausencia de intervención del órgano legislativo (JIMÉNEZ CAMPO). Bajo este punto de vista los DES no son fundamentales, pues carecen de contenido esencial. Los principios del Capítulo III no contemplan un mínimo de

¹³⁹ Se ha entendido la “garantía institucional” como aquellas garantías constitucionales de alguna organización u institución, confiriendo a éstas su aseguramiento por medio de la limitación de la injerencia del poder estatal. La existencia de la garantía institucional se funda en una concepción restringida de los derechos fundamentales, circunscribiéndolos sólo a su dimensión subjetiva individual (derechos de defensa), pero, la actual doctrina y jurisprudencia han entendido que los DDF se construyen tanto con su aspecto subjetivo como con la garantía de determinadas instituciones o la fijación de mandatos al legislador. La CE no establece una distinción entre derechos subjetivos y garantías institucionales, sino que en el examen de cada DF, junto con el reconocimiento de aspecto de libertad, se pueden reconocer aristas institucionales, careciendo de utilidad tal distinción. El fundamento de esta inutilidad de la garantía institucional radica en el reconocimiento del contenido objetivo de los derechos fundamentales, complementando la dimensión subjetiva de los derechos. Esta dimensión objetiva expande el efecto jurídico de los DDF a todo el ordenamiento, al representar los derechos fundamentales el fundamento de éste. Este contenido objetivo conlleva determinadas obligaciones de actuación al Estado para que las libertades públicas sean reales y efectivas, como también el otorgamiento de determinadas subvenciones o prestaciones que se pueden constituir como derechos subjetivos para su titular. La garantía institucional se hace innecesaria al poder obtener todos los objetivos que persigue dicha construcción teórica por medio de la dimensión objetiva. Vid. BAÑO LEÓN, José María, “La distinción entre el derecho fundamental y la garantía institucional en la constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 24 (septiembre-diciembre), 1988, p. 155 y ss.; GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos fundamentales y garantías institucionales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 103-107.

¹⁴⁰ GARCÍA MACHO, cit., pp. 136, 146 y 147.

indisponibilidad que los sitúe como límite al legislador, sino que éste puede desarrollarlos y configurarlos. Su incorporación al ordenamiento se ubica en un nivel infraconstitucional, adquiriendo realidad jurídica únicamente por medio de la ley, de modo que no constituyen derechos subjetivos constitucionales vinculantes para el legislador¹⁴¹.

Como polo ultrarreduccionista, el TCE ha otorgado la calidad de DDFF únicamente a los derechos estatuidos en la sección 1ª del Capítulo II. Esto se cimenta en una razón de jerarquía normativa de origen constitucional, pues en esta sección el principio de reserva de ley goza de mayor refuerzo mediante la exigencia de regulación por ley orgánica. Ante la estructura decreciente de la ordenación espacial de los derechos en la CE, el TCE otorgó el carácter de fundamental a aquellos derechos regulados por el tipo de ley inmediatamente inferior a la Constitución¹⁴². Su fundamentalidad también está determinada por el hecho de que gozan de una tutela jurisdiccional de mayor fortaleza, que tiene como cauce procesal la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante el TCE (arts. 53, 81 y 161 C.E.)¹⁴³. Así, se ha reconocido el carácter de DF a todo derecho que se ubique en la sección primera, es decir, por medio de un criterio geográfico-constitucional¹⁴⁴.

2.3. El criterio de fundamentalidad de los derechos constitucionales y la ordenación de los DES en la CE

Para los efectos de esta investigación, siguiendo a la corriente extensiva de fundamentalidad, el carácter de DDFF en la CE corresponde a todos los derechos constitucionales. Ello por razones formales y materiales. Desde la perspectiva formal-estructural, el Título I de la CE se denomina “De los derechos y deberes fundamentales”, de modo que en dicho Título, que incluye los Capítulos II y

¹⁴¹ CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 25 (enero-abril), 1989, p. 39 y s.; CRUZ VILLALÓN, Pedro, “El legislador de los derechos fundamentales”, en LÓPEZ PINA, Antonio (editor), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid 1991, p. 127 y s.; JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, Trotta, Madrid 1999, p. 26 y s.

¹⁴² Vid. STC5/1981, f.j. 22°; STC 76/1983, f.j. 2° y STC 160/1987, f.j. 2°.

¹⁴³ STC 123/1992, f.j. 4°.

¹⁴⁴ STC 26/1987, f.j. 4°. En este caso sobre el DF de la autonomía universitaria el TCE expresa: “Pero allí donde, dentro de la Sección 1ª, se reconozca un derecho, y no hay duda que la autonomía de las Universidades lo es, su configuración como fundamental es precisamente el presupuesto de su ubicación. El constituyente, que en otros preceptos de la Constitución se remite a los derechos fundamentales por su colocación sistemática en la misma [arts. 53.2 y 161.1 b)] para dotarlos de especial protección, no podía desconocer la significación de ese encuadramiento”.

III, se ubican todos los que, a juicio del constituyente, son los DDFD constitucionales. Siguiendo a GAVARA DE CARA cabe destacar que el Capítulo IV del Título I, “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”, establece en su art. 53 CE distintos niveles de protección constitucional, lo que permite diferenciar entre el DF y su tutela, distinción que no atañe a la fundamentalidad del derecho. En síntesis, la CE contiene una regla genérica de calificación de DF, expresada en el enunciado del Título I y, de modo particular, reforzada por lo dispuesto en el Capítulo IV con sus diversos grados de tutela.

El criterio de robustecer unos derechos en perjuicio de otros responde a las particulares circunstancias del proceso constituyente de 1978, en el que el sujeto político (poder constituyente originario) le confirió una mayor relevancia a algunos derechos, en atención a las condiciones sociales y económicas de la sociedad española de aquella época. Tal análisis socio-económico con traducción jurídica estableció como garantías para los derechos y libertades del Capítulo II su carácter vinculante para todos los poderes públicos, la reserva de ley (orgánica en el caso de la sección 1^a), el respeto a su contenido esencial y, en el caso de los derechos y libertades de la sección 1^o, el amparo ante los tribunales ordinarios y ante el TCE.

Ahora bien, la protección reforzada de los derechos del Capítulo II y en particular de la sección primera, no le resta valor a los DDFD del Capítulo III, pues los “Principios rectores” de dicho capítulo tienen dos características relevantes en el ordenamiento jurídico: actúan como parámetro o canon de constitucionalidad de las leyes (cuestión de difícil ocurrencia en la realidad) y representan ciertos “valores o bienes jurídicos constitucionalmente dignos de protección”¹⁴⁵. Lo anterior quiere decir que el contenido material de los principios rectores determina su fundamentalidad, al estar vinculados a los valores superiores del ordenamiento. Así, los derechos de Capítulo III son expresión de los valores enunciados en el art. 1 CE (libertad, justicia, igualdad y pluralismo), y del mandato constitucional del art. 9.2 CE, que impone la obligación de los poderes públicos de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, removiendo “los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”. Tales obligaciones se ven reforzadas por la vinculación de la CE a todos los poderes públicos, los que expresamente están “sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (art. 9.1 CE). De esta forma, por su contenido material, que viene a especificar los valores superiores, los derechos del Capítulo III deben gozar de la calidad de fundamentales.

No todos los principios rectores son DES, puesto que formalmente en dicho apartado concurren también derechos económicos y culturales y porque en el interior del Capítulo III podemos distinguir entre DES y mandatos o principios generales. El derecho a la protección de la salud, el derecho a disfrutar de un

¹⁴⁵ DIEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2^a edición, Aranzadi, Navarra 2005, p. 66 y s.

medio ambiente adecuado, el derecho a una vivienda digna o adecuada y el derecho a la seguridad social (estructurado no desde la perspectiva del sujeto activo del derecho, sino desde el punto de vista de un imperativo categórico impuesto hacia el Estado, es decir, configurado desde el prisma del sujeto pasivo de la relación jurídica) tienen el carácter de derecho, al perseguir el logro del mayor grado posible de las condiciones materiales de existencia de las personas.

Desde una dimensión de eficacia del sistema constitucional, los principios rectores gozan de un contenido de fundamentalidad, ya que sus enunciados son esenciales para la configuración del modelo de Estado, siendo imposible entender el modelo social del art. 1.1. CE sin la existencia de los DES, pues ante tal negación éste no podría responder a su formulación constitucional. En este sentido, coincidimos con SERRANO MORENO en cuanto a que los principios rectores cumplen una función correctiva, permitiendo la concreción de la idea del Estado social, la cual se debe realizar por medio de la enmienda de los desequilibrios socio-económicos mediante la serie de instrumentos provistos por el Capítulo III y que permiten evitar los costos de tales desequilibrios¹⁴⁶. Como se indicó en el Capítulo I, el Estado social de derecho como modelo constitucional tiene como elemento consustancial los DES, de modo que al estructurarse un Estado con tal denominación sustantiva, estos derechos adquieren relevancia primaria, pues representan la categoría de derechos que permitirá dar contenido material a la fórmula estatal. La lógica es simple: si el Estado de Derecho liberal no se concibe sin la consagración constitucional de los derechos de libertad tradicionales (por ejemplo, la libertad de conciencia o de expresión) por cuanto, tales derechos le son consustanciales, el Estado social de derecho, aplicando igual razonamiento, no se entiende sin el establecimiento a nivel constitucional de los DDFD que le dan forma.

La regulación legal sólo se incorpora como un elemento de ejecución necesario y acorde con la dimensión prestacional y regulatoria de algunos DES, pero sin alterar su condición de Constitución material. El resto de la normativa está constituida por principios normativos del actuar de los poderes públicos con miras a tal realización sustantiva. De esta forma, el carácter de DES de los principios rectores está determinado por su fundamentalidad material y por la búsqueda del mayor grado posible de realización material de las personas.

¹⁴⁶ SERRANO MORENO, José Luis, “Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica”, *Revista de Estudios Políticos* N° 56 (abril-junio), 1987, pp. 97, 98 y 100. Para el autor los principios rectores cumplen funciones y estas funciones pueden (aunque no necesariamente deban) ser correctivas, quedando abierta la posibilidad de utilización. Esta función correctiva concreta tres dimensiones de la CE: a) los enunciados generales del preámbulo (“garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo” y el “promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”), b) los valores superiores del ordenamiento reconocidos en el art.1.1, en especial el valor de la igualdad y, c) la idea de Estado social.

Fijado el criterio de fundamentalidad de los derechos constitucionales, la categoría de los DES se encuentra desarrollada en los tres niveles estructurales de DDFE de la CE, sujetos en consecuencia a los distintos niveles o grados de protección. Al apuntar en el Capítulo I de esta investigación que los DES están conformados por derechos de libertad y de prestación, reconociendo grados de autonomía individual y de inhibición estatal, así como la exigencia de intervención del Estado, debemos efectuar el análisis constitucional de los DES bajo este parámetro estructural. En términos generales, los DES se configuran de la siguiente manera:

a) DES de la sección 1ª de Capítulo II CE. Aquí encontramos tres DFS: el derecho a la educación (art. 27 CE), el derecho a libre sindicación (art. 28.1 CE) y el derecho a la huelga (art. 28.2 CE). Estos derechos, de acuerdo a lo ya antes expresado y de conformidad con el art. 53.1 CE, son vinculantes para los poderes públicos y deben ser desarrollados por el legislador. Gozan de tutela reforzada en material legal, pues se exige que su regulación se efectúe por medio de ley orgánica (art. 81.1 CE), regulación que debe respetar su contenido esencial. Asimismo, de acuerdo con el art. 53.2 CE están protegidos por el amparo ordinario y constitucional.

b) DES de la sección 2ª del Capítulo II. Esta sección norma dos DES, el derecho al trabajo (art. 35 CE) y el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE). Su grado de protección es menor que el de los derechos y libertades de la sección primera, pues si bien son vinculantes para los poderes públicos, gozan de la reserva de ley y de la protección de su contenido esencial, no tienen reserva reforzada de ley (orgánica), ni dan lugar a amparo ordinario ni constitucional.

c) DES del capítulo III. Finalmente, este Capítulo consagra cuatro DFS: el derecho a la seguridad social (art. 41 CE), el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45 CE) y el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). La protección de estos derechos está dada, de conformidad con el art. 53.3 CE, por su carácter informador u orientador del legislador, la jurisprudencia y el actuar de los poderes públicos, pudiendo alegarse su cumplimiento ante la jurisdicción ordinaria de conformidad con las leyes que los desarrollen. Su carácter vinculante para los poderes públicos no es menor al relacionarlos con lo dispuesto en los arts. 9.1 y 9.2 CE anteriormente analizados. El TCE ha dispuesto que tales principios no pueden ser considerados como normas jurídicas sin contenido, obligando a los órganos judiciales a considerarlos para la interpretación del resto de la normativa constitucional y legal¹⁴⁷.

¹⁴⁷ STC 19/1982, f. J. 6º.

3. La cláusula social y democrática como “matriz institucional de garantía” y su ejecución a través de su doble significación constitucional

Como se ha indicado precedentemente, la jurisprudencia del TCE ha estructurado la protección de los DES bajo un modelo dinámico y social de tutela de intensidad media ascendente, compuesto por una “*matriz institucional de garantía*” constituida por la cláusula social y democrática del art. 1.1 CE; por mecanismos de “*protección directa*” de algunos DES y por mecanismos de “*protección indirecta*”, ya sea por conexión a través del principio de igualdad (no discriminación y tratamiento normativo diferenciado) o del derecho al honor e intimidad personal y familiar, o bien por incorporación, a través de la garantía del contenido esencial de los derechos, anexando al contenido esencial de ciertos DDF el contenido constitucional de ciertos DES sin protección directa.

El art. 1.1 CE dispone que “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho”. Esta fórmula incorpora conjuntamente un triple sustrato conceptual: Estado de Derecho, Estado social y Estado democrático, elementos fundantes del Estado moderno¹⁴⁸. El precepto concilia en una misma cláusula variables jurídicas y políticas, reflejando la doble naturaleza del Estado social y democrático: política y jurídica, es decir, concepciones políticas que son juridificadas a nivel constitucional. La articulación de la cláusula se complejiza por dos fórmulas jurídicas simples: el Estado social de derecho y el Estado democrático de derecho. La complicación radica también en una interpretación que resulta dificultosa y de límites inciertos, principalmente en lo que respecta al análisis jurídico del contenido social de la fórmula¹⁴⁹. Se ha indicado que la operatividad jurídica de la cláusula se debe buscar en la interacción entre la posible autonomía o fusión de los adjetivos social y democrático, la definición del modelo capitalista de Estado y el alcance jurídico del contenido de la fórmula, debiendo examinarse la significación de la cláusula dentro de la propia CE, contexto en el cual el Estado de Derecho está garantizado a través de instituciones, derechos, funcionamiento de poderes, control político y jurisprudencia, etc., bajo la supervigilancia del TCE, lo que resulta complejo respecto de la definición social del Estado, por carecer su operatividad de una fácil delimitación¹⁵⁰.

El Estado democrático de derecho responde a la necesidad de legitimar el poder de los gobernantes (derecho a gobernar), legitimidad que, a partir de la Primera Guerra Mundial, recayó exclusivamente en el poder soberano de la sociedad (pueblo o nación), siendo la forma de gobierno democrática el fundamento de la

¹⁴⁸ DIEZ MORENO, Fernando, *El Estado social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2004, pp. 175 y 179.

¹⁴⁹ PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, cit., p. 187.

¹⁵⁰ APARICIO PÉREZ, Miguel Angel, “El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en CAMARA VILLAR, Gregorio y CANO BUESO, Juan, *Estudios sobre el Estado social*, Tecnos / Parlamento de Andalucía, Madrid 1993, pp. 55-57.

justificación del poder y del Estado de Derecho, instaurándose como Estado de Derecho únicamente el derivado de la voluntad social. El Estado social de derecho debe conciliar el principio de Constitución económica con el carácter social del Estado, lo que obliga a no perder de vista la responsabilidad del Estado como productor de sociabilidad, conexión que se refleja en la cláusula social. La fórmula está desarrollada en diversos preceptos de la CE, principalmente en el art. 9.2 CE, pero también en lo referente a la función social de la propiedad privada y de la herencia (art. 33.2 CE), y en lo dispuesto en el Capítulo III y en el Título VII, arts. 128 y 131 CE¹⁵¹. Esta sociabilidad del Estado se expresa en los imperativos fijados a los poderes públicos de suministrar a los ciudadanos los servicios y bienes esenciales para “subvenir las necesidades vitales” (desempleo, enfermedad, vivienda, medio ambiente)¹⁵².

La cláusula social es una norma jurídica de rango constitucional, pero vinculada a postulados y decisiones políticas. La variable política de la fórmula no debe reducir su carácter a lo meramente político, en razón de que tales lineamientos no serían nada sin la juridificación, de modo que existe una relación bidireccional de recíproca dependencia. Esta norma jurídica es vinculante para la judicatura, el legislador y orienta la actuación de los poderes públicos. Como expresa GONZÁLEZ MORENO: “Su potencialidad se despliega, por lo tanto, en una triple vertiente: como fijación teleológica del Estado, con valor interpretativo del resto del ordenamiento; y como parámetro de constitucionalidad”¹⁵³.

La Constitución como norma suprema dispone los instrumentos jurídicos por medio de los cuales deben ser protegidos y promovidos los DES. Se estima que la cláusula social y democrática se instaure en la jurisprudencia constitucional como una “*matriz institucional de garantía*” de los DES de significación amplia, es decir, como un soporte jurídico fundamental (puntal genérico de amparo) que fija el parámetro constitucional bajo el cual deben efectuar su labor el legislador democrático y el TCE, confiriéndole la flexibilidad necesaria para lograr sostener el amparo de los DES. A estos órganos les corresponde realizar tales funciones con un criterio social y democrático, debiendo encontrar en dichas concepciones sustanciales (lo social y lo democrático) el contenido analítico necesario para determinar el sentido y alcance de un precepto constitucional y legal relativo a los DES, otorgando de esta forma protección a tales derechos. En este sentido, la protección se confiere con la interconexión entre la consideración de la cláusula como un puntal de tutela y el otorgamiento de diversos significados por parte del TCE (ejecución de la fórmula). Lo anterior lleva a no considerar dicha expresión político-jurídica como un mero principio programático, sino con un contenido concreto derivado de la aplicabilidad directa del texto fundamental¹⁵⁴.

¹⁵¹ Ibid., pp. 190-192.

¹⁵² PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, cit., p. 193.

¹⁵³ GONZÁLEZ MORENO, cit., p. 55 y s.

¹⁵⁴ FREIXES SANJUÁN, cit., p. 223.

La ejecución de esta “matriz institucional de garantía” se ha desplegado por medio de dos significados que el TCE le ha otorgado a la cláusula: uno general y teleológico, por medio del cual el TCE, como imperativo categórico impuesto por la cláusula, busca la realización de los valores superiores del ordenamiento, principalmente el de igualdad, y un significado particular conforme al cual, a partir de una concepción primaria abierta y genérica de la cláusula, se le otorgan alcances múltiples y concretos con miras al amparo. El TCE no se limita únicamente al aseguramiento formal de los DDFF, sino que exige su garantía material o cumplimiento¹⁵⁵.

En aplicación del primer significado, el TCE exige la búsqueda de efectividad de los valores superiores que la Constitución consagra (art. 1.1 CE), en particular los de *justicia e igualdad* (justicia por vía igualitaria), quedando los poderes públicos obligados a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2 CE)¹⁵⁶. La cláusula social y democrática articula un

¹⁵⁵ COBREROS MENDAZONA, cit., p. 32. APARICIO PÉREZ, “El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., p. 61, ha sostenido que el TCE no ha conferido un significado específico a la cláusula social y democrática, sino que la ha utilizado como fórmula de concreción o interpretación de otros preceptos constitucionales. Para este autor el tribunal fija primero el significado concreto del derecho y luego imputa ese sentido al contenido de la cláusula. No compartimos este criterio, pues parte de la omisión de la premisa expuesta en este trabajo, que es la consideración de la fórmula como una “matriz institucional de garantía” de amplia significación, lo cual permite al tribunal, a partir de tal consideración, otorgarle la doble significación (general y específica). Al no hacer esa consideración abstracta, el autor al analizar el caso concreto únicamente liga el significado específico fijado por el TCE al derecho vinculado, lo cual lleva a estimar la cláusula como una fórmula carente de significación, cuestión que a la luz de las expresiones del TCE no es así. El entender la fórmula como una matriz de garantía otorga las herramientas necesarias para comprender que la lógica del tribunal es la de considerarla como un soporte institucional que le permite tutelar los DES al hacer parte del contenido de la fórmula las significaciones necesarias para la protección.

¹⁵⁶ La STC 34/1981, f.j. 3º, expresa: “B) Partiendo de esta afirmación debemos ahora señalar que el principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.3)”. Por STC 27/2004, f.j. 4º, el TCE dispuso: “En cuanto a lo primero debe recordarse que el sistema normal de fijación del salario y, en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva que proclama el art. 37.1 CE. Mas un Estado social y democrático de Derecho, que propugna entre los valores superiores de su Ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (art. 1.1 CE), y en el que se encomienda a todos los poderes públicos el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), ha de complementar aquel sistema de determinación del salario asegurando los valores de justicia e igualdad que den efectividad al mandato constitucional contenido en el art. 35.1 CE (STC 31/1984, de 7 de marzo, f.j. 9º, y 119/2002, de 20 de mayo, f.j. 6º)”.

sistema de protección de DFS a través de tres elementos: a) la propia cláusula social y democrática como matriz que sirve de soporte ideológico-jurídico; b) los valores superiores del ordenamiento que fijan las finalidades del Estado, y c) el imperativo impuesto a los poderes públicos de ejecutar acciones con miras a la efectividad y realidad de la igualdad. De esta forma, y razonando de manera ascendente, los poderes públicos están obligados a llevar a cabo políticas igualitarias de conformidad con los valores superiores del ordenamiento, ello determinado por el modelo social y democrático de derecho del Estado¹⁵⁷.

La protección de los DES está determinada por el desarrollo de tales elementos de confluencia sistémica. El TCE fija como parámetro de constitucionalidad la ejecución de los valores de la justicia e igualdad a través de un imperativo de concreción impuesto a los poderes públicos, es decir, la obligación de generar condiciones materiales para el logro de la igualdad sustancial, igualdad que se materializa por medio del desarrollo de los DES. El Tribunal recurre a este sentido amplio de la cláusula para medir y justificar el desarrollo del legislador democrático, de manera que la regulación y protección de los DES tiene su fundamento primario de amparo en este significado. La constitucionalidad de una medida igualitaria va a quedar supeditada a la adecuación de dicha medida a los valores superiores fijados por el modelo de Estado de Derecho.

En el nivel particular, la cláusula social y democrática conlleva diversos alcances concretos para la protección de los DES. El TCE le ha concedido alcance específico con el propósito, por ejemplo, de amparar a grupos vulnerables de la sociedad (trabajadores); para la irreversibilidad injustificada de las conquistas sociales; para la fijación de mínimos sociales (salario mínimo) y para la incorporación del principio de solidaridad. La lógica del TCE es incorporar al concepto genérico de la cláusula social y democrática diversos alcances determinados que, según el Tribunal, corresponden también a una conceptualización de la cláusula. De este modo, en el contexto de una significación abierta de la fórmula del art. 1.1. CE, va concretando su contenido con el objeto de brindar protección a los DES en forma específica.

Para la protección de determinados grupos en desigualdad posicional (trabajadores), el TCE le otorga a la cláusula social un sentido de justificación de los “medios de defensa a los grupos o estratos de la población socialmente dependientes” (el derecho a huelga u otro)¹⁵⁸. En un Estado social los instrumentos de presión son reconocidos a los trabajadores como mecanismos de defensa de

¹⁵⁷ Cabe hacer presente que la cláusula social y democrática, el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás conforman el fundamento de los derechos fundamentales como principios objetivos del ordenamiento, operando como “componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico”. Vid. ATC 382/1996, f.j. 3º.

¹⁵⁸ STC 11/1981, f.j. 9º; STC 123/1992, f.j. 4º.

sus intereses en los conflictos socioeconómicos¹⁵⁹, significando lo social “una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor”¹⁶⁰. Desde la perspectiva democrática, conlleva la obligación de garantizar los cauces institucionales para la ejecución de tales instrumentos¹⁶¹ y la plena libertad de acción según el carácter y finalidad de dichos grupos (libertad sindical de conformidad con el art. 7 CE)¹⁶².

En una misma línea protectora, la búsqueda de igualdad entre los sujetos ha determinado la no regresividad injustificada de las conquistas sociales como significado del modelo de Estado de Derecho social y democrático, de modo que es procedente la extensión de tales logros sociales pero no su reversibilidad¹⁶³. De igual modo, se le ha conferido una dimensión de permisión para la nivelación social, que permite fijar ciertos mínimos sociales que, de conformidad con los valores superiores y a la búsqueda de la igualdad real y efectiva, permitan desarrollar el contenido de las normas sociales constitucionales¹⁶⁴. Estos mínimos encuentran su razón de ser en la protección de un determinado grupo que se “estima digno y necesitado de la atención del Estado, según los principios constitucionales”, limitando la libertad de ciertos sujetos que se encuentran en

¹⁵⁹ STC 11/1981, f.j. 9°.

¹⁶⁰ STC 123/1992, f.j. 5°.

¹⁶¹ STC 11/1981, f.j. 9°.

¹⁶² STC 70/1982, f.j. 3°.

¹⁶³ STC 81/1982, f.j. 3°. En este caso, en el cual se reclamó discriminación en perjuicio de los ayudantes técnicos sanitarios de sexo masculino con relación a sus pares de sexo femenino, el TCE dispuso: “3. Dada la conclusión a la que se ha llegado en los apartados anteriores, surge un segundo problema que es el mecanismo que se ha de utilizar para restablecer la igualdad, pues, como ya expusimos más arriba, puede privarse a la mujer de la condición privilegiada que en un momento anterior se le concedió o puede ampliarse el contenido de los derechos del varón para que llegue a poseer el mismo alcance. Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los arts. 9.2 y 35 de la Constitución de promover la condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores”.

¹⁶⁴ En materia de fijación del mínimo salarial, el TCE ha dispuesto que de conformidad con la cláusula social y democrática que propugna los valores de justicia e igualdad, y el deber de los poderes públicos de promover las condiciones de igualdad reales y efectivas, se faculta a los poderes pública fijar “techos salariales mínimos que respondiéndolo a aquellos valores de justicia e igualdad den efectividad al también mandato constitucional contenido en el art. 35.1”. Vid. STC 31/1984, f.j. 9°.

una mejor posición¹⁶⁵. Así, el reconocimiento del carácter público de una relación aparentemente privada (relación laboral) faculta para la imposición de limitaciones a dicha libertad. El modelo de Estado de Derecho (social y democrático) exige la intervención de los poderes públicos en la protección de los grupos en situación desmejorada.

Finalmente, la cláusula social y democrática produce la incorporación al ordenamiento jurídico de principios de relevancia social, como es el principio de solidaridad. Al pretender la realización del valor de la justicia (art. 1.1 CE), lo que se complementa con otras normas constitucionales (como, por ejemplo, el deber de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (art. 40.1 CE), la cláusula permite un análisis hermenéutico de los preceptos constitucionales con miras a la incorporación y ejecución de dicho principio general¹⁶⁶.

4. La “protección directa” de los DFS de la sección 1ª del Capítulo II: principales criterios configurativos del amparo

La CE consagra un mecanismo privilegiado de tutela para ciertos DDFF. El art. 53.2 CE establece la protección del principio de igualdad (art. 14 CE) y de los derechos y libertades normados en la sección 1ª del Capítulo II del Título I, indicando que, frente a una vulneración de tales derechos o libertades, se podrá obtener su garantía por medio de un procedimiento (preferente y sumario) ante los tribunales ordinarios y a través del recurso de amparo constitucional ante el TCE (este recurso constitucional se extiende también al derecho de objeción de conciencia, del art. 30 CE). El constituyente español instituyó un recurso extraordinario y subsidiario en miras a la protección de dichos derechos y libertades fundamentales ante el TCE¹⁶⁷.

El recurso de amparo constitucional tiene un carácter doble: es un mecanismo de tutela o protección de derechos subjetivos y es un instrumento de garantía e

¹⁶⁵ STC 31/1984, f.j. 11º.

¹⁶⁶ En un caso de pensiones, en el cual se fijó un límite a las pensiones iniciales de seguridad social, el TCE expresó que para el examen de la limitación debe analizarse el sistema de pensiones en su conjunto, considerando las limitaciones económicas del Estado y el *deber de solidaridad entre todos los ciudadanos*, indicando que las pensiones limitadas están entre las más altas del sistema de seguridad social. Lo contrario sería vulnerar este principio, “una de cuyas exigencias esenciales es, precisamente, el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios”. Vid. STC 134/1987, f.j. 5º.

¹⁶⁷ A nivel constitucional el recurso de amparo está regulado en este art. 53, y los arts. 16.b, 162.b y 164.1). A nivel legal se desarrolló con mayor precisión en el Título III de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (LOTC) entre sus arts. 41 a 58.

interpretación de la CE entendida como norma jurídica¹⁶⁸. El desarrollo constitucional y legal del recurso se ha desarrollado principalmente desde la perspectiva subjetiva. Sobre la base de dicho horizonte se ha expresado que no son procedentes recursos que únicamente tengan por objeto una defensa abstracta de la CE, sino que el recurso de amparo, al tenor del art. 41.2 LOTC, “protege a todos los ciudadanos... frente a violaciones de los derechos y libertades”, concretas, específicas¹⁶⁹.

La CE establece un criterio restrictivo de protección (sección 1ª del Capítulo II), siendo tutelables por este mecanismo protector sólo los derechos comprendidos en tal sección, dejando fuera del amparo directo a una multiplicidad de DDFP constitucionales. Respecto de los DES, sólo son amparables el derecho a la educación (art. 27 CE), el derecho a la libre sindicación (art. 28.1 CE) y a la huelga (art. 28.2 CE). Cuantitativamente la protección constitucional de los DES es minoritaria y residual, pues la mayoría de los DES normados constitucionalmente no gozan de esta tutela. En efecto, seis de los nueve DES regulados se encuentran consagrados entre la sección 2ª del Capítulo II y el Capítulo III: en la sección 2ª el derecho al trabajo y el derecho a la negociación colectiva, y en el Capítulo III el derecho a la seguridad social, el derecho a la protección de la salud, el derecho a un medio ambiente adecuado y el derecho a una vivienda digna y adecuada. Con todo, se debe agregar que el contenido material de los DDFP tutelados también ha sido fijado y complementado por medio del recurso de inconstitucionalidad ante el TCE, siendo necesaria para un análisis completo la revisión conjunta de ambos recursos.

La protección directa que establece el constituyente español tiene una doble significación. Por una parte la posibilidad de protección cierta a nivel jurisdiccional (certeza jurídica), pues se sabe de antemano que el DES goza de un privilegio protector por parte del constituyente en caso de que se produzca un menoscabo en su ejercicio. Por la otra, la eficiencia y eficacia en la protección del DES, pues

¹⁶⁸ PÉREZ TREMPs, Pablo, *El recurso de amparo*, Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 30. Este doble perfil ha sido recogido por la Jurisprudencia del TCE por STC 1/1981.

¹⁶⁹ Sobre esta finalidad de tutela frente a violaciones concretas PÉREZ TREMPs, cit., pp. 72-74, indica: “Desde el punto de vista normativo esta idea viene consagrada, en primer lugar en el art. 53.2, que define el recurso de amparo como un instrumento hábil exclusivamente para ‘recabar la tutela de las libertades y derechos’. En esta misma línea, el art. 161.1 b) CE se refiere al recurso de amparo como un proceso ‘por violación de los derechos y libertades’. LOTC coherente con el diseño constitucional, se refiere al recurso de amparo como un mecanismo de protección frente a ‘violaciones de los derechos y libertades’ (art. 41.2, en el que sólo pueden hacerse valer pretensiones ‘dirigidas a reestablecer los derechos o libertades’ (art. 41.3), y en el que sólo caben pronunciamientos coherentes con dicha finalidad, tal y como se desprende del art. 55 LOTC (v. cap. IX apdo. 4). (...) Coherente con esta idea, se exige, pues, que el amparo solicite la protección frente a una lesión concreta específica y fácilmente identificable. Paralelamente, ellos supone que el Tribunal rechace toda aquella demanda de amparo que realiza una denuncia de lesión sobre derechos genérica o hipotética, por muy probable que ésta sea. (...) Como ya se ha indicado, el recurso de amparo no sólo debe dirigirse a reparar una lesión concreta y específica, sino también real y efectiva”.

frente a la violación de un derecho el sujeto vulnerado sabe que será amparado y reestablecido en su derecho, mediante un procedimiento que garantiza al menos teóricamente cierta inmediatez.

El TCE ha dispensado la protección inmediata o directa de los DFS en los términos generales de la teoría de los DDDFF. De esta forma, el amparo de los DES de la sección 1ª no difiere de la tutela establecida para el resto de los DDDFF regulados en tal sección. Para la doctrina del TCE los derechos en comento tienen un doble carácter jurídico: son derechos subjetivos y son DDDFF:

El perfil de subjetividad está dado por el reconocimiento de tales derechos como derechos propios de los sujetos, de modo que el titular de éstos puede exigir por vía jurisdiccional su protección. De esta forma, por STC 86/1985 el TCE reconoce la subjetividad del derecho a la educación, indicando en este fallo que el derecho subjetivo a la educación tiene como límite en su cumplimiento el acceso a la educación gratuita en centros privados, al no poder extenderse los recursos públicos hasta donde lo deseen las preferencias individuales¹⁷⁰. Las STC 118/1983 y STC 61/1989 regulan el derecho de la libre sindicación desde la perspectiva subjetiva, estructurándose dicho derecho tanto por su contenido constitucional como legal (ámbito de amparo del DF), pudiendo el legislador ampliar o restringir su regulación siempre que permita el ejercicio de la actividad sindical. De igual manera, se detalla el alcance subjetivo de este derecho en relación con el derecho de negociación colectiva, expresándose que la libre sindicación en su vertiente colectiva, a la luz del art. 7 CE, alcanza únicamente al sindicato y no al comité de empresa¹⁷¹. Por su parte, la STC de 11/1981 le confiere expresamente al derecho a huelga un doble carácter de derecho subjetivo y de DF, en coherencia con el Estado social y democrático. Lo anterior se deriva de la expresión semántica constitucional “se reconoce”, fórmula idéntica a la dispuesta para los derechos de reunión y asociación¹⁷².

Respecto de la calidad de fundamentales de estos derechos, el TCE la ha reconocido sólo a un subconjunto de los derechos constitucionales. El TCE únicamente reconoce como DDDFF a los derechos ubicados en la sección 1ª del Capítulo II, ello por una simple razón de ubicación geográfica y por la mayor intensidad protectora que les ha brindado el constituyente al exigir un quórum más alto para la aprobación, modificación o derogación de su regulación (ley orgánica de conformidad con el art. 81.1 CE). Su fundamentalidad también está determinada por la tutela jurisdiccional de mayor intensidad, con un cauce procesal especial por la vía judicial ordinaria y del recurso de amparo (arts. 53, 81 y 161 CE)¹⁷³.

¹⁷⁰ STC 86/1985, f.j. 4º.

¹⁷¹ STC 118/1983, f.j. 4º y STC 61/1989, f.j. 2º.

¹⁷² STC 11/1981, f.j. 9º. Vid. STC 123/1992, f.j. 4º y 5º.

¹⁷³ STC 5/1981, f.j. 22º; STC 76/1983, f.j. 2º; STC 160/87, f.j. 2º; STC 123/1992, f.j. 4º y STC 26/1987, f.j. 4º.

En este contexto de protección constitucional, el TCE ha fijado como principales criterios en la regulación y protección jurisprudencial de estos derechos los siguientes: determinación del sentido y alcance de la “garantía del contenido esencial” de los derechos; la forma y extensión del desarrollo legislativo del que pueden ser objeto los DES en comento, conciliando el contenido esencial con las facultades de regulación de los derechos consagradas por la CE y, los límites que pueden afectar a los DDF, al reconocerse que tales derechos no son ilimitados en su ejercicio, sino que pueden ser objeto de restricciones bajo determinados supuestos.

La tutela de estos DES se estructura sobre la base de estos tres elementos. Frente a una situación de potencial vulneración, el TCE examina primero el DF involucrado (educación, libertad sindical o huelga), determinando los elementos configurativos de su contenido esencial, que constituye el núcleo infranqueable que no puede ser objeto de menoscabo ni por disposiciones normativas ni por actuaciones concretas de los sujetos. El núcleo de indisponibilidad de los derechos está determinado tanto por el contenido literal de los enunciados normativos como por el sentido y alcance que les otorguen la labor hermenéutica del TCE a través de una interpretación sistémica de la norma fundamental. Además del contenido esencial, el TCE controla el desarrollo legislativo del que pueden ser objeto los DFS, desarrollo que se sitúa como garantía (reserva de ley) y como límite externo de estos derechos, pues el legislador podrá regular el contenido de los derechos, ampliándolo o reduciéndolo siempre y cuando no trasgrede el contenido esencial del mismo. El DF se conforma tanto por su contenido constitucional esencial como por el desarrollo legislativo.

La construcción jurídica del DFS está limitada por su pertenencia a un ordenamiento constitucional coherente, con interacción entre sus normas. Bajo esta premisa, los DES de la sección 1ª están limitados por los derechos de los demás, pues no es concebible el ejercicio de éstos sin el respeto del ejercicio de los derechos de los demás individuos, de modo que tales ejercicios se deben armonizar. Igualmente, los DES se ven restringidos por los demás bienes y derechos constitucionales derivados mediatamente de la CE, lo que también exige un trabajo de conciliación entre el contenido constitucional de los DES y la coexistencia y respeto de derechos derivados no constitucionales. Los principios y valores fundamentales del ordenamiento se instituyen como límites a los DDF, ajustándose el desarrollo de éstos a los parámetros jurídicos generales ordenados en la norma fundamental como un marco jurídico finalista de realización. Finalmente, y en casos de excepción, los DES pueden ser restringidos por la autoridad administrativa, limitación sujeta a estrictos requisitos de procedencia.

4.1. La garantía del contenido esencial de los DDFF

El art. 53.1 CE dispone que la ley podrá regular el ejercicio de los DDFF, respetando el contenido esencial de éstos. La Constitución no explicita qué debe entenderse o cómo se configura constitucionalmente esta garantía de indisponibilidad legislativa. En este contexto de incertidumbre conceptual, el TCE ha definido lo que debe entenderse por el contenido esencial de los DDFF. Por STC 11/1981, en un asunto relativo al derecho a huelga, el TCE dispuso que para la determinación del contenido esencial de un derecho existen dos vías: la primera, que busca el contenido esencial en la naturaleza jurídica o en el modo de concebir cada derecho. Al efecto se deben relacionar los enunciados normativos de la CE con las “ideas generalizadas y convicciones generalmente aceptadas entre los juristas, jueces y, en general, los especialistas del derecho”. La conceptualización abstracta del derecho precede a su concreción legislativa, pudiendo reconocerse ese tipo abstracto en una normativa legal concreta, constituyendo el contenido esencial del derecho “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose”. El segundo camino para la definición de este límite consiste en recurrir al “interés jurídicamente protegido, como núcleo o médula de los derechos subjetivos”, siendo el contenido esencial de un derecho “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”¹⁷⁴. A partir de esta sentencia que fija una metodología abstracta para la determinación del contenido concreto, el TCE ha determinado el contenido esencial de los derechos en cada caso particular, adoptando un método híbrido de determinación¹⁷⁵.

Al conocer de una alegación de vulneración de un DFS, el TCE determina en abstracto cuál es el contenido esencial del derecho supuestamente vulnerado y a partir de esa definición da solución al caso concreto. Para ello generalmente realiza un examen del derecho, vislumbrando su núcleo fundamental, y en este contexto de fijación de su esencialidad, analiza las situaciones factuales planteadas que acarrearán la vulneración del DF. Se efectúa un procedimiento de cotejo entre el mínimo indisponible y los hechos invocados, con el propósito de determinar si tal situación de hecho forma parte o no del contenido esencial del derecho y si existió vulneración o no de éste. En este sentido, el contenido esencial de los derechos conforma “la medida de la constitucionalidad de los actos que le afecten”, entendiéndose por constitucional todo aquello que no me-

¹⁷⁴ STC 11/1981, f.j. 8°.

¹⁷⁵ GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994, pp. 445-447.

noscabe el núcleo medular e infranqueable de un derecho concreto¹⁷⁶. De igual modo, la garantía del contenido esencial se instaura como el canon de control de la legislación de desarrollo de los derechos.

La mencionada STC 11/1981 establece que como punto central para la determinación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos que regulan el derecho a huelga debe situarse el canon del art. 53 CE, norma que permite la regulación legal de este derecho siempre que se respete su contenido esencial. La CE reconoce el derecho a huelga, lo consagra, le otorga rango constitucional y las garantías necesarias para su ejercicio, debiendo el legislador desarrollar su contenido dentro de los límites concretos de la norma constitucional y del límite genérico de su contenido esencial¹⁷⁷. En esta línea de razonamiento, el TCE declara que este derecho confiere a los trabajadores la facultad de poner el contrato de trabajo en una “fase de suspensión” que limita la libertad del empresario (prohibición de contratar otros trabajadores y el cierre de la empresa), legitimándolo como medio de presión constitucionalmente reconocido¹⁷⁸.

Respecto del derecho a la libre sindicación, la STC 91/1983, en un caso que trataba sobre la prohibición de una reunión de la asamblea local de un sindicato de funcionarios del Cuerpo Superior de Policía, frente a la cual se alegó la vulneración del derecho a la libre sindicación, el TCE indicó el alcance del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, señalando que éste representa el “derecho a celebrar reuniones a las que concurran los afiliados al sindicato que las convoque, con el objeto de desarrollar los fines del propio sindicato, pues de otra forma el ejercicio del derecho sería lógicamente imposible”. A partir de esta fijación del núcleo indisponible examinó los hechos invocados por los recurrentes (la convocatoria a la reunión de los funcionarios sindicalizados) y, en razón de esta operación concreta, determinó que la celebración de reuniones

¹⁷⁶ STC 86/1985, f.j. 3°.

¹⁷⁷ STC 11/1981, f.j. 7° y 9°. Expresa el considerando 7°: “Tras las premisas que han sido establecidas en los apartados anteriores de esta Sentencia, el tema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos de la vigente regulación del derecho de huelga tiene que colocarse en directa relación con el art. 53 de la Constitución, que permite que se regule el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I -entre los que se encuentra el que nos ocupa-, siempre que en tal regulación legal se respete y no se rebase el contenido esencial. Que la cuestión se centra en este punto, lo demuestra palmariamente que a él se han dirigido tanto el recurrente como el Abogado del Estado que, expresamente, han alegado el art. 53 y la idea en él plasmada del ‘contenido esencial’, en apoyo de sus respectivas tesis... La Constitución lo que hace es reconocer el derecho de huelga, consagrarlo como tal derecho, otorgarle rango constitucional y atribuirle las necesarias garantías. Corresponde, por ello, al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53”.

¹⁷⁸ STC 11/1981, f.j. 9°. Vid. STC 123/1992, f.j. 4° y 5°.

por miembros de los grupos sindicales formaba parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical¹⁷⁹.

Ahora, bien, el contenido esencial de los derechos se conforma según la propia naturaleza de cada derecho y el modo en que la CE norma cada DF (regulación genérica). La garantía es de significación amplia, tiene un contenido constitucional abierto, correspondiéndole al TCE ir fijando en cada caso, al tenor de la naturaleza y regulación constitucional de los derechos, cómo se va conformando. La amplitud del contenido esencial del derecho está enmarcada dentro de ciertos cánones que determinan su alcance, los que están referidos a su conexión e interacción con otros derechos constitucionales protegidos en forma más o menos intensa y a los límites cuya determinación se deja entregada a la ley, siempre y cuando ésta respete este núcleo esencial.

En materia educacional, por STC 86/1985, en un recurso de amparo desestimado e interpuesto contra una sentencia que invalidó algunas de las condiciones y criterios para la adjudicación de subvenciones, perjudicando supuestamente a determinados centros educacionales en el acceso y medida de las subvenciones, el TCE determinó el contenido esencial de este derecho complejo consagrado en el art. 27 CE. De acuerdo con el texto constitucional, el derecho a la educación se extiende a derechos de libertad (por ejemplo, apartados 1º, 3º y 6º), a deberes (por ejemplo, en el apartado 4º, sobre obligatoriedad de la enseñanza básica), a la garantía de instituciones (apartado 10º) y a derechos de prestación, atribuyendo competencias a los poderes públicos o imponiendo mandatos al legislador (apartado 8º y 9º). La problemática del derecho a la educación se presenta por su configuración heterogénea, especialmente por la distinta naturaleza jurídica de los apartados del precepto. El TCE no reconoce el carácter de DF a todo el art. 27 CE, pues le niega tal calificación al derecho de todos a la prestación pública regulada en el apartado 9º, cuya regulación compete al legislador. No obstante, el accionar legislativo está limitado por los derechos y libertades consagrados en dicho artículo y por el principio de igualdad. No existe un deber de ayudar a todos los centros docentes, de modo que el poder público puede fijar, dentro de tales márgenes, los criterios de la ayuda¹⁸⁰.

Respecto del derecho a la libertad sindical, en las STC 73/1984 y STC 134/1994 (entre otras)¹⁸¹, el TCE ha reconocido la significación amplia de este derecho / libertad, indicando que su significado no se limita al concepto restrictivo del art. 28.1 CE (fundación de y afiliación a sindicatos), sino que también comprende una conceptualización colectiva. Se ha reconocido el derecho de los trabajadores para llevar a cabo aquellas actividades que les permitan la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7

¹⁷⁹ STC 91/1983, f.j. 2º.

¹⁸⁰ STC 86/1985, f.j. 3º.

¹⁸¹ Vid. STC 4/1983, STC 12/1983, STC 37/1983, STC 59/1983.

CE)¹⁸². En cuanto al derecho a huelga, la STC 123/1993 expresa que al instituirse como un derecho subjetivo y fundamental, se legitima como un medio idóneo para la “defensa de intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes”, de acuerdo con los cauces institucionales. No obstante, este derecho se debe ejercer dentro de un doble contorno delimitador, constituido por la conexión u oposición respecto de otros derechos constitucionales con mayor o menor intensidad de tutela, y los límites que el legislador le impone, no pudiendo éste, en todo caso, vulnerar el contenido esencial del derecho¹⁸³.

Por otro lado, la garantía del contenido esencial de los DES en el ordenamiento constitucional se arregla desde una doble perspectiva: una externa y una interna. La externa, desde un nivel general de análisis de los DDF, se vincula con que cada derecho tiene un mínimo indisponible unitario que debe ser respetado por el legislador en el desarrollo o ejecución de los preceptos constitucionales. El art. 53.1 CE consagra esta perspectiva externa del contenido esencial, sin considerar los detalles concretos de la conformación específica del contenido esencial de cada derecho en particular. Desde el punto de vista interno, el contenido esencial de los derechos concretos tiene una conformación multidimensional, de concurrencia múltiple en su integración, pues, el contenido esencial de un derecho no responde a una conceptualización única y sin matices, sino que se compone de subconjuntos de esencialidad. El contenido esencial de cada DF está integrado por distintas definiciones del contenido esencial al tenor de cada enunciado normati-

¹⁸² STC 73/1984, f.j. 1º. Por STC 134/1994, f.j. 4º, en un caso sobre libre sindicación, criterio reiterado en múltiples sentencias, el TCE afirmó que el derecho a la libre sindicación “comprende los derechos de actividad relativos a los medios de acción necesarios para que el sindicato pueda cumplir las funciones a las que es llamado por el art. 7 C.E”. Como se puede observar, el Tribunal, según la naturaleza de este derecho, otorgó un contenido amplio a este derecho, lo que afirma que la garantía del contenido esencial está concretizada de acuerdo al carácter propio de cada derecho constitucional, es decir, de conformidad a la manera en que cada derecho se estructura constitucionalmente.

¹⁸³ Indica la STC 123/1992, f.j. 4: “La huelga, que como hecho consiste en la cesación o paro en el trabajo, es un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de Derecho. ‘Entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes’, como instrumento de presión constitucionalmente reconocido ‘que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales’. Como cualquier otro derecho, el de huelga ha de moverse dentro de un perímetro que marcan, por una parte, su conexión o su oposición respecto de otros derechos con asiento en la Constitución, más o menos intensamente protegidos y, por la otra, los límites cuyo establecimiento se deja a la Ley, siempre que en ningún caso se llegue a negar o menoscabar su contenido esencial. Este, en principio, consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, núcleo que implica a su vez la facultad de declararse en huelga, estableciendo su causa, motivo y fin y la de elegir la modalidad que se considera más idónea al respecto, dentro de los tipos aceptados legalmente. En tal contexto también resulta esencial la consecución de una cierta eficacia, como indica nuestra STC 41/1984”.

vo del derecho o de la interpretación más o menos extensa de éste. Todos estos subconjuntos de esencialidad conforman un todo unitario global que compone la perspectiva externa del contenido esencial de ese derecho.

Ello es claro en el derecho a la educación, en cuanto el contenido esencial externo se conforma por una conceptualización amplia del derecho, pero cada apartado del art. 27 CE constituye en sí mismo el contenido esencial interno del mismo. La STC 86/1985 indica la conceptualización genérica del derecho a la educación, conformada por los diversos enunciados jurídicos del art. 27 CE, señalando que a su contenido primario como derecho de libertad se le debe sumar su contenido prestacional, cuestión que obliga a los poderes públicos a procurar la efectividad de este derecho en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que dispone el art. 27.4. Para tales fines estatales y para concurrir a la ayuda de los centros docentes que reúnan los requisitos que señale la ley, se sitúan tanto los “instrumentos de planificación y promoción” del apartado 5º como el mandato al legislador del apartado 9º. Igualmente, esta sentencia fija el contenido del apartado 9º, remitiendo al legislador su regulación y no instituyéndolo como un derecho a la prestación pública. No obstante, el accionar legislativo en torno al régimen de ayudas está restringido, al no poder contrariar los derechos y libertades educativas que el mismo artículo consagra, ni el principio de igualdad, debiendo el legislador velar por el cumplimiento de los objetivos de igualdad y eficacia en el disfrute de los derechos constitucionales, quedando facultado para fijar como criterios las condiciones sociales y económicas como pautas de adjudicación de las ayudas públicas¹⁸⁴.

En esta línea de razonamiento, la STC 77/1985 fija el contenido de la libertad de enseñanza pública o concertada, facultando a los poderes públicos para establecer determinados criterios en la selección de alumnos, como consecuencia de la carencia de plazas en los centros educacionales. Esta sentencia regula el contenido esencial del art. 27.9 CE, en términos que el legislador debe regular tal enunciado normativo conjugando los diversos valores y mandatos constitucionales (igualdad, recursos disponibles y los límites que la propia CE dispone). Simultáneamente determina parte del alcance del contenido de la libertad de enseñanza, que reconoce a los titulares de los centros docentes el

¹⁸⁴ STC 86/1985, f.j. 3º. En igual sentido, la STC 5/1981, f.j. 7º, 8º y 13º define el contenido constitucional del apartado 27.1 referido a la libertad de enseñanza, conceptualizada como el derecho a crear centros educativos, reconociendo a aquellos que desarrollan dicha labor a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan. También delimita la esencialidad del apartado 6º, indicando que la libre creación de centros docentes dice relación con la posibilidad de crear tales centros, limitada por el respeto de los principios constitucionales, los valores democráticos (art. 27. 2), los derechos fundamentales y la necesidad de proteger a la juventud y la infancia, y del apartado 7º, que consagra el derecho de los padres a intervenir en la gestión y control, recayendo en el legislador su regulación, enunciado amplio que fija como límite al legislador el genérico del art. 53.1 de respetar el contenido esencial del derecho garantizado y la reserva de ley contenida en el art. 81.1 CE.

derecho a dirigirlos. Este derecho a la dirección se estructura desde una doble perspectiva: una positiva, referida a garantizar el derecho al carácter propio y a asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión. Desde la perspectiva negativa, este derecho se vincula a la prohibición de limitaciones absolutas que lo despojen de la necesaria protección (dificultad objetiva de actuar), dejando a salvo su contenido esencial. En cuanto al 27.7 CE, éste es considerado como una variedad del derecho de participación consagrado en el art. 27.5 CE dentro del ámbito del control y la gestión. El límite máximo a la intervención en el control y gestión estaría en el contenido esencial de los derechos de los demás miembros de la comunidad escolar, particularmente del derecho del titular a la creación y dirección del centro docente¹⁸⁵.

Estas sentencias son importantes puesto que regulan aquellas situaciones conflictivas que se pueden generar entre los derechos emanados de los diversos apartados del art. 27 CE. Tales derechos específicos no son ilimitados, de modo que se debe efectuar una interacción recíproca entre todos ellos, permitiendo su coexistencia. La coordinación entre los derechos del art. 27 CE se deriva de su propia consagración como derechos, no pudiendo afectarse el contenido esencial de los mismos. Se hace manifiesta la necesidad de conciliación entre los diversos contenidos esenciales del derecho a la educación, con la finalidad de no desvirtuar el derecho ni sus partes integrantes, configurando así el derecho global a la educación y su contenido externo. En resumen, la protección del DFS se produce desde la perspectiva interna aquí mencionada, por cuanto cualquier violación de un subconjunto de esencialidad significará la vulneración del DFS y su protección por parte del TCE.

¹⁸⁵ STC 77/1985, f.j. 11º, 20º y 21º. La sentencia se refiere a un caso en que la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación reconoce los miembros de la comunidad escolar, profesores, padres y alumnos, no indicando el deber de éstos de respetar el ideario del centro de estudio. Expresa su considerando noveno: “9. En cuanto al hecho de que el art. 22.1, mencione los derechos de los miembros de la comunidad escolar, Profesores, padres y alumnos, omitiendo el deber de éstos de respetar el ideario del Centro, no tiene por qué suponer, ni que tal deber no exista (o no tenga virtualidad limitante) ni que se produzca una inversión de la relación general establecida en ocasiones anteriores por el TC en supuestos de conflicto o concurrencia entre los derechos de los citados miembros de la comunidad escolar y los del titular del Centro. Sobre el primer aspecto, la no expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional expresamente configurado como tal no significa sin más su inexistencia, sino que ese límite puede derivar directamente del reconocimiento constitucional o legal, o de ambos a la vez, de otro derecho que pueda entrar en colisión con aquél. El no señalamiento expreso de los límites, derivados de los derechos del titular del Centro, a los derechos de los padres, alumnos y profesores, no significa que éstos sean ilimitados, ni que deje de producirse una articulación recíproca entre todos ellos, sino únicamente que el legislador no ha estimado oportuno explicitar normativamente la correlación entre diversos derechos, correlación cuyo alcance se desprende de la misma existencia de esos derechos. Por otro lado, cabe recordar que el derecho del titular del Centro no tiene carácter absoluto y está sujeto a límites y a posibles limitaciones, quedando siempre a salvo, de acuerdo con el art. 53.1 de la C.E., su contenido esencial”. Vid. STC 77/1985, f.j. 9º.

4.2. Desarrollo legislativo de los DFS

Fuera del contenido constitucional esencial de los DDF, la CE faculta al legislador para que desarrolle los DDF. Los genéricos enunciados normativos de la CE le conceden al legislador un amplísimo campo de acción, aunque sujeto a una doble limitación: por una parte el contenido esencial de los DDF al tenor del art. 53.1 CE, y el quórum especial para la regulación de estos derechos exigido por el art. 81.1 CE, es decir, la exigencia de ley orgánica. En lo concerniente al contenido esencial de los derechos, la ley está facultada para regular extensamente el DF siempre y cuando no menoscabe este mínimo de indisponibilidad¹⁸⁶. Esquemáticamente, el DF se estructura como un núcleo duro e invulnerable a partir del cual nacen las facultades legales para su desarrollo. La ley puede regular todo aquello que no esté en contra del contenido esencial, constituyéndose éste como un límite duro pero abierto, en cuanto a que la ley puede regular restrictivamente o más allá de lo previsto por el constituyente. En este sentido, la STC 61/1989, sobre libertad sindical, sostiene que se debe distinguir entre el contenido esencial del derecho como límite a la actividad legisladora (art. 53.1 CE) y el “ámbito de protección en amparo del derecho fundamental” (art. 53.2 CE), que involucra el goce del derecho considerando su regulación legislativa, regulación que puede, respetando el contenido esencial, ampliar o restringir los derechos o medios instrumentales que permitan al sindicato y a sus afiliados el ejercicio de dicho derecho / libertad¹⁸⁷.

Al incluirse en el ámbito de protección del DF tanto la regulación constitucional y legal (e incluso reglamentaria) del derecho, la normativa legal regulatoria se integra al contenido del DF, de modo que un menoscabo a esta parte adicional a los mínimos indispensables es considerado como una vulneración al DF. La STC 9/1988 señala que la normativa legal e infralegal reguladora de la libertad sindical, que confiere derechos a los trabajadores u otros medios de acción sindical, adicionales al mínimo constitucional, impide su alegación como vulneración del contenido esencial de dicho derecho-libertad, pero al integrarse tales derechos al núcleo de la libertad sindical, los actos contrarios a las normas legales pueden considerarse vulneradores del DF, integrado por el contenido esencial y por los “derechos o facultades básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir”¹⁸⁸.

Con relación a la segunda limitación, los DDF de la sección 1ª gozan de protección adicional en comparación con otros DDF constitucionales, puesto que su desarrollo normativo debe realizarse por medio de ley orgánica, lo que supone para su aprobación, modificación o derogación una mayoría calificada del congreso (mayoría absoluta). Se trata de una doble garantía: por una parte la exigencia de ley, es decir, opera la llamada reserva de ley, que impide una regulación a nivel

¹⁸⁶ STC 5/1981, f.j. 12º.

¹⁸⁷ STC 61/1989, f.j. 2º.

¹⁸⁸ STC 9/1988, f.j. 2º.

reglamentario de los DDFE, y, por la otra, dicha ley debe ser orgánica, es decir, requiere para su aprobación un acuerdo mayor entre los congresistas (garantía democrática). En materia educacional, la STC 5/1981 considera inconstitucional la remisión que hace el legislador al reglamento para normar los centros educativos privados financiados con fondos públicos, indicando que la regulación reglamentaria únicamente procede cuando tal ordenación emane de los sujetos titulares del derecho de cuyo ejercicio se trata y se refiera únicamente a cuestiones de detalle que no afecten la reserva de ley (arts. 53.1 y 81.1 CE)¹⁸⁹.

Esta sentencia expresa que cuando la CE consagra una reserva de ley, debe entenderse que la reserva es en favor de una ley orgánica, cuestión que debe ser expresa en la CE. No todo enunciado normativo dispuesto en una norma orgánica tendrá la jerarquía o rango normativo de ley orgánica. Puede ocurrir que, por la naturaleza de las materias tratadas, haya materias orgánicas y otras que no lo sean, incurriéndose en un vicio de inconstitucionalidad al regularse por vía orgánica una materia de ley ordinaria. A priori se produce un efecto congelador del rango de las normas para mantener la certeza jurídica del ordenamiento, pero corresponderá a la propia ley orgánica o al TCE efectuar la distinción entre unas y otras, mecanismo que permite purificar el sistema normativo y no generar situaciones de incerteza. Lo anterior tiene por objeto evitar una “petrificación abusiva” de las normas por parte de las mayoría parlamentarias, contrariando el principio democrático, pues en democracia la existencia de quórum calificados es una regla de excepción¹⁹⁰.

La actuación normativa del legislador está determinada por las circunstancias históricas de la soberanía popular y del sujeto político. Al fijar el sentido y alcance del derecho a huelga, la STC 11/1981 reconoce la existencia de un elemento político en la determinación de la extensión del desarrollo legislativo. El derecho a huelga es un instrumento de realización de la democracia social y del principio de igualdad, pero la amplitud o restricción de su regulación recae en el ente político legislativo, siempre y cuando éste no vulnere el límite genérico impuesto por el art. 53.1 CE. No es un derecho ilimitado, por lo que no es necesario que la regulación legal abarque todas las formas o modalidades, ni se extienda a todas las posibles finalidades pretendidas o a toda clase de actividad o acción de los trabajadores. La justicia constitucional debe juzgar si la actividad legislativa infringe o no el contenido esencial. En este sentido, la acción legislativa para normar las condiciones de ejercicio de los DDFE debe reunir una triple concurrencia: a) no ser arbitraria, b) proteger otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos, y c) no ser de una rigidez tal que haga imposible el ejercicio del derecho¹⁹¹.

En síntesis, entre la garantía del contenido esencial y el desarrollo legislativo de los DDFE existe una relación recíproca y complementaria, pues la

¹⁸⁹ STC 5/1981, f.j. 15°.

¹⁹⁰ STC 5/1981, f.j. 21°.

¹⁹¹ STC 11/1981, f.j. 7° y 15°.

determinación del contenido esencial permitirá al juez constitucional examinar la constitucionalidad de algún precepto legal, en términos de si éste respetó ese mínimo indisponible. Asimismo, la existencia de este núcleo inexpugnable para el legislador fija la medida en la cual podrá llevar a cabo libremente su actividad legislativa con miras al desarrollo de tales preceptos básicos constitucionales.

4.3. Límite de los DFS

Los DDF no son ilimitados. Su contenido se debe conciliar con todo el orden jurídico constitucional. Los DDF con tutela directa están limitados desde una perspectiva interna por su propia naturaleza, según el contenido concreto de cada derecho, y externamente delimitados desde una cuádruple perspectiva: a) los DDF de los demás; b) los demás bienes y derechos constitucionales; c) los principios y valores fundamentales del ordenamiento constitucional; y d) muy excepcionalmente, en materia sindical, por la autoridad administrativa.

Externamente, los DDF de las demás personas constituyen el límite central de los derechos. La titularidad de un derecho o libertad debe conciliarse con la titularidad de otros sujetos, siendo necesario, en caso de colisión, un procedimiento de ponderación entre los derechos, con el objeto de equilibrar su ejercicio y determinar en cada situación la forma en que éstos serán ejercidos y limitados. No es posible una conculcación absoluta de un DF en beneficio de otro DF, sino que la interpretación debe mantener la vigencia y eficacia de los derechos colisionados, en una situación de equilibrio. En el campo sindical, por STC 134/1994, referida a un recurso de amparo contra una sentencia del Juzgado de lo Social de Granada que no revocó la sanción impuesta al representante de los trabajadores por no haber comunicado a éstos la opinión contraria del empleador a la celebración de un paro simbólico de cinco minutos, el TCE analizó el alcance de este DF expresando que éste no es ilimitado. Al delimitar el contenido de la libertad sindical se deben tener en cuenta los derechos y bienes constitucionalmente protegidos de los demás, encontrándose en tal situación los “derechos de los empleadores y otros bienes de índole económica y empresarial”. Ahora bien, esta limitación debe considerar que la libertad sindical se encuentra en una posición dialéctica con respecto a los intereses empresariales, es decir, no se trata de una relación fundada en la colaboración o composición de intereses, sino en la autodefensa, de modo que no existe un deber genérico de lealtad de los trabajadores hacia el empresariado, en tanto que están vedadas las interferencias genéricas del empresario en la actividad sindical¹⁹².

¹⁹² STC 134/1994, f.j. 4°. Vid. STC 91/1983, f.j. 3°.

Los límites de los DES pueden estar expresamente señalados en la CE o, como sucede en ciertos casos, derivar de manera mediata de la norma fundamental. La STC 11/1981 sobre la huelga expresa este criterio, sosteniendo que los derechos constitucionales no sólo están acotados por límites que les fija la propia CE o los derechos en ella consagrados, sino que también por los derechos derivados de ésta en forma indirecta, con la finalidad de tutelar otros bienes constitucionales. El legislador, como órgano encargado de dar forma particular a los ambiguos enunciados normativos constitucionales, debe respetar en su regulación legal las limitaciones que fija el orden constitucional¹⁹³. Del texto fundamental se deriva una protección indirecta de otros derechos no constitucionales, de forma tal que la configuración del contenido, sentido y alcance de un DF, se debe realizar en un sentido que permita el respeto del DF (su contenido esencial) y también la coexistencia y respeto de estos derechos de protección derivada o indirecta.

Los principios fundamentales y determinados valores representan un marco jurídico finalista de realización, pues el desarrollo de los DDDFF debe ajustarse a los parámetros jurídicos generales ordenados en la norma fundamental, los cuales están representados en tales valores y principios. La ejecución de un DF no puede contrariar un valor o un principio constitucional. En el caso de la libertad de enseñanza, el TCE ha expresado por STC 5/1981 que ésta, al contemplar el derecho de crear centros docentes, se debe ceñir a límites más estrechos dados por el respeto de los demás DDDFF, la protección de la juventud y la infancia y particularmente el respeto a los principios constitucionales que no consagran DDDFF y a determinados valores fundamentales como el principio democrático o de convivencia. El respeto a los derechos de los demás, a los principios constitucionales y a los valores constituye límite genérico de esta libertad. No constituye un simple límite a los DDDFF, sino que tiene un papel informador del resto del ordenamiento¹⁹⁴.

En determinadas situaciones los DES pueden verse limitados por actuaciones de la autoridad administrativa. En el caso del derecho a huelga, se faculta a la autoridad para la adopción de ciertas medidas de aseguramiento de los servicios esenciales, restricción que *a priori* está prohibida, pero que se estima procedente si se invocan motivos que justifiquen la medida restrictiva del derecho. La STC 26/1981 expresa que es la propia CE (art. 28.2) la que autoriza que la ley establezca las garantías necesarias para la mantención de los servicios esenciales en caso que la huelga afecte servicios de reconocida e inaplazable necesidad o esenciales para la comunidad. Las limitaciones que pueden afectar este derecho con miras al mantenimiento de los servicios esenciales deben ser establecidas por el gobierno o por un órgano que ejerza potestad de gobierno, para los efectos de la responsabilidad jurídica y política. El acto limitativo es de tal gravedad que requiere la expresión de la causa y el hecho o conjunto de hechos que lo

¹⁹³ STC 11/1981, f.j. 7° y 9°.

¹⁹⁴ STC 5/1981, f.j. 7°.

justifican. Tal argumentación explicativa debe exteriorizarse en forma adecuada, con la finalidad de que los “los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó”, constituyendo un “riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos”. De igual manera, se exige ajustar la restricción a las circunstancias concretas y sujetarse a una regla de proporcionalidad, considerando la “extensión de la huelga, la duración prevista, la que ya hubiese tenido, las necesidades que en la concreta coyuntura existan, sin olvidar ni desoír la oferta de mantenimiento o de preservación de servicios que los convocantes de la huelga y las organizaciones sindicales hayan hecho”¹⁹⁵.

Las razones legitimantes de la restricción no pueden ser aportadas posteriormente, sino que desde el momento mismo de la limitación del DF, pues de lo contrario se crearía una situación de desconocimiento por parte de los afectados de la restricción de su derecho. La autoridad debe aportar los criterios o factores cuya ponderación llevó a una determinada medida¹⁹⁶.

5. La “protección indirecta”: la conexión e incorporación entre DDFD como mecanismo colateral de amparo

El TCE ha utilizado dos mecanismos indirectos para la protección de los DES: la tutela por *conexión* y por *incorporación*. El primer instrumento establece una vinculación entre un DF no social y algún DES determinado, alcanzando el amparo del DES por medio del primer derecho. El TCE configura la tutela bajo los parámetros jurídico-constitucionales del DF no social y bajo este armazón concede la protección. Por su parte, la tutela por incorporación se ordena por vía de la agregación al contenido esencial de algunos derechos constitucionales el contenido constitucional de ciertos DES.

La tutela por conexión se ha estructurado en el modelo español por medio de dos líneas: a) mediante el principio de igualdad, ya sea por la aplicación del principio de no discriminación o del tratamiento normativo diferenciado, y b) mediante la protección por conexión específica entre los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar y la libertad sindical. La primera línea protectora se funda en los criterios jurídicos generales que norman el principio de igualdad, el que se instituye en el ordenamiento constitucional español como una exigencia de igualdad, imponiendo al legislador y al aplicador de la ley la prohibición de dictar normas que establezcan privilegios o beneficios en favor de determinadas personas o grupos, quedando así vedada toda discriminación normativa. Bajo esta premisa general que recoge la exigencia de abstracción de la ley, el principio de igualdad se conforma también a través de la permisividad del

¹⁹⁵ STC 26/1981, f.j. 8º, 11º, 14º y 15º.

¹⁹⁶ Vid. STC 122/1990, f.j. 3; STC 8/1992, f.j. 2º y 4º.

tratamiento normativo diferenciado. La CE faculta al legislador para consagrar normas que fijen diferencias entre los individuos, pero, al representar esta faceta de la igualdad una excepción a la premisa general, el constituyente exige que su incorporación al ordenamiento esté justificada. La finalidad de la diferenciación normativa radica en el propio principio de igualdad y su objeto de lograr mayores cuotas de igualdad material desde la perspectiva del art. 9.2 CE, que establece el deber de los poderes públicos de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

Para la construcción de la tutela por diferenciación normativa - como lo han expresado sentencias referidas al derecho al trabajo, a la huelga, a la seguridad social y a negociación colectiva - es necesario que la diferencia introducida sea relevantes desde la perspectiva del derecho, y lo será cuando la desigualdad normativa sea objetiva, razonable y/o proporcional. Tal armazón tridimensional pueden concurrir tanto conjunta como separadamente. El TCE no define el contenido específico de tales elementos, sino que los instaura como una construcción de contenido indeterminado, cuyo sentido y alcance debe fijarse en cada caso concreto. El proceso racional llevado a cabo por el TCE se denomina *juicio de legitimidad*¹⁹⁷. Al efecto el TCE examina las razones justificantes de la diferenciación, determinando si ella es procedente o, por el contrario, si vulnera el art. 14 CE. Tal juicio no es homogéneo, ya que respecto de aquellas condiciones sobre las que el art. 14 CE prohíbe expresamente discriminar, la diferenciación será aceptada únicamente bajo un canon más estricto y riguroso de justificación.

A través de esta construcción intelectual del principio de igualdad, el TCE ha prohibido la razón de sexo como justificación de la diferenciación en materias relativas al derecho al trabajo y a la seguridad social, ordenando la protección de tales derechos de tres formas: a) por medio de la generación de situaciones de igualdad entre sexos, igualando en el goce de los DES al trabajo y a la seguridad social; b) prohibiendo la “discriminación indirecta” que afecta a mujeres trabajadoras en jornada parcial, de modo que está vedada toda norma que sitúe en una posición desmejorada a un grupo considerable de mujeres en comparación con los hombres; y c) estimando improcedente toda discriminación en materia laboral en razón de una condición objetiva de salud como lo constituye el estado de embarazo, que no afecta en sentido alguno los términos de la relación laboral.

En tal línea protectora, la jurisprudencia ha considerado que ciertas diferencias normativas establecidas en materia de negociación colectiva y de derecho a la vivienda no pueden ser consideradas como justificadas, al carecer de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Se han protegido los DES declarando la situación de discriminación en la cual se encuentran los individuos afectados por la norma discriminatoria no legitimada, ordenando el TCE el restablecimiento de la situación de igualdad. De las sentencias analizadas se puede extraer que no se consideran justificadas las diferencias con base en un criterio *temporal*.

¹⁹⁷ STC 200/2001, f.j. 4°.

Así, por ejemplo, se ha estimado contrarias al art. 14 CE normas que disponen que determinados trabajadores (trabajadores temporales o trabajadores que han ingresado a una determinada fecha a un empresa), no puedan acceder a ni gozar de determinados derechos o beneficios laborales en razón de tales circunstancias temporales. Tampoco se considera justificado un criterio meramente *institucional formal*, razón por la cual el TCE ha declarado contrario al principio de igualdad la exclusión del derecho del cónyuge sobreviviente a subrogarse en el contrato de arriendo del cónyuge fallecido, respecto del conviviente sobreviviente no casado, ello con la finalidad de tutelar el derecho a la vivienda de la persona que convivió *more uxorio*.

Sin perjuicio de lo anterior, el TCE ha protegido los DES al trabajo, a la seguridad social, a la educación y a la vivienda a través de la incorporación de normas diferenciadoras justificadas. La corrección de situaciones de desigualdad factual con miras a dar mayor efectividad o protección a ciertos DES constituye el argumento de orden constitucional que faculta al legislador a establecer la diferencia de trato. Así, la determinación de la diferencia (su objetividad, razonabilidad y proporcionalidad) está dada por criterios factuales y jurídicos. Lo anterior se refiere a la invocación de situaciones de hecho que acreditan la precariedad de determinados sectores de la población, que hace exigible una diferenciación normativa con miras a corregir tal posición de desigualdad, cuestión que debe estar fundada en algún precepto constitucional. Tal situación puede conllevar un posible límite para ciertos DDFF, dado que para dar efectividad al DES amparado se deberán disponer restricciones a otro derecho constitucional. Es lo que se produce, por ejemplo, al establecer beneficios en favor de los arrendatarios, como consecuencia de la escasez de vivienda y fundada en el derecho respectivo, que implica una limitación al derecho de propiedad del dueño del inmueble.

Respecto de la segunda línea de protección conexas, la jurisprudencia constitucional ha tutelado el derecho a la libre sindicación (art. 28.1 CE) por medio de los derechos a la intimidad y el honor (art. 18.4), en lo que respecta a los límites que el legislador debe imponer al uso de la informática para garantía de este derecho. El TCE ha estimado que la utilización por parte del empleador de ciertos datos informáticos recolectados con fines sindicales para objetivos distintos a los de su recolección, importa una vulneración de la libertad sindical. La tutela por vía del art. 18.4 CE de los datos informatizados permite la protección conexas de la libertad sindical.

Como segundo instrumento de amparo indirecto de los DES, el TCE ha tutelado determinados derechos (a la negociación colectiva, a un medio ambiente adecuado y a una vivienda digna y adecuada) por medio de la tutela por *incorporación* al contenido esencial de algunos derechos constitucionales (libertad sindical y derecho de propiedad) del contenido de los mencionados DES. Así, por ejemplo, al examinar el contenido esencial del derecho a la libertad sindical, la jurisprudencia constitucional le ha otorgado a ésta una significación amplia, incorporando a tal

núcleo de indisponibilidad ciertos elementos conformadores del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), por medio de un criterio racional-reflexivo amplio que permite concebir la libertad sindical más allá del enunciado concreto del art. 28.1 CE. Para la construcción de tal significación el TCE ha utilizado un criterio hermenéutico sistémico, haciendo confluír lo dispuesto en el art. 28.1 CE, lo prescrito en el art. 7 CE y el canon hermenéutico del art. 10.2 CE, que remite a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

Por otro lado, el TCE ha protegido el derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado y el derecho a una vivienda digna y adecuada (no tutelables por vía de amparo constitucional a la luz del art. 53.2 CE) a través del contenido esencial del derecho de propiedad (art. 33 CE), que tampoco está protegido por el recurso de amparo constitucional, de modo que la tutela ha debido estructurarse por la vía del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Al fijar el contenido del derecho de propiedad, la jurisprudencia le ha conferido una estructuración múltiple, no sólo a partir de su dimensión subjetiva individual, sino también desde una perspectiva social representada por la denominada “función social” de la propiedad. A través de este concepto de función social el tribunal ha dispuesto la incorporación del derecho al medio ambiente y a la vivienda al derecho dominical, como partes integrantes de su arista social, lo que necesariamente conlleva ciertas limitaciones a la propiedad.

6. Protección por “conexión”: el principio de igualdad, la aplicación del principio de no discriminación y el tratamiento normativo diferenciado

La protección de los DFS a través del principio de igualdad se desarrolla por dos vías derivadas del contenido constitucional de este principio: mediante la aplicación general del mismo con miras a evitar toda diferenciación injustificada que conlleve una discriminación prohibida, y por medio del tratamiento diferenciado entre las personas, estableciendo algunas desigualdades normativas protectoras de ciertas personas o grupos de personas, con la finalidad de corregir situaciones de desigualdad factual.

El principio de igualdad tiene una configuración doble en el ordenamiento jurídico, como principio jurídico objetivo y como derecho subjetivo. Su carácter objetivo está relacionado con el deber que recae sobre los poderes públicos de proteger el contenido de este derecho, siendo el poder legislativo el ente primariamente obligado y limitado, que debe evitar la existencia de normas que establezcan tratos discriminatorios y abogar por la superación de las condiciones factuales de desigualdad en busca de la igualdad sustancial o material¹⁹⁸.

¹⁹⁸ GAVARA DE CARA. Juan Carlos, “El principio de igualdad”, en GAVARA DE CARA, Juan Carlos (editor), *Constitución, desarrollo, rasgos de identidad y valorización en el XXV aniversario (1978-2003)*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, J. M. Bosch Editor, Barcelona 2004, p. 71.

El principio de igualdad otorga el derecho subjetivo de exigir un trato igual. Desde esta perspectiva lógico-subjetiva, el principio de igualdad tiene un carácter *relacional*. Se funda en una pluralidad de entidades que se relacionan entre si, de modo que si no hay nexo relacional no hay igualdad que analizar¹⁹⁹. Para efectuar un juicio de igualdad es necesario contar con una base sobre la cual comparar las situaciones y poder establecer la existencia de diferencias de trato, requiriéndose en consecuencia un *tertium comparationis* (término de comparación), esto es, “indicar los supuestos de hecho con los que se ha de comparar aquél en que el recurrente se encuentra a fin de verificar si ha existido o no la discriminación que alega”²⁰⁰. Se efectúa un examen definiendo si existen decisiones o acciones que producen diferencias entre personas, grupos de personas o cosas similares o con elementos comunes, por medio de una comparación entre ellas²⁰¹. En definitiva, y en razón del principio de igualdad, se debe velar por la no existencia de leyes de tipo particular en contraposición con la abstracción requerida para las normas jurídicas, sin impedir en todo caso la posibilidad de disponer de normas específicas que comprendan a una categoría concreta de personas, para lo cual se exige una justificación de la especialidad de la ley.

Bajo este marco cabe examinar el principio de igualdad ante la ley y la posibilidad de disponer tratamientos diferenciados que aparentemente vulnerarían esta igualdad de derecho. El respeto primario a la igualdad está fundado en el aforismo de origen filosófico platónico-aristotélico según el cual hay que “tratar igualmente a los iguales”, lo que impide al legislador establecer normas que atenten contra esta igualdad formal. Además, el aforismo continúa indicando que debe “tratarse desigualmente a los desiguales”, es decir, que frente a ciertas situaciones de hecho es posible establecer normas que afecten el principio de igualdad formal y dispongan una desigualdad de trato.

¹⁹⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Dimensiones de la igualdad*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Fundación el Monte, cuadernos “Bartolomé de las Casas” N° 34, 2005, p. 18.

²⁰⁰ SUAY RINCÓN, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1985, p. 154.

²⁰¹ GAVARA DE CARA, “El principio de igualdad”, cit., p. 62 y s. Vid. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Thomson - Aranzadi, Navarra 2005, p. 36. En relación al término de comparación PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, cit., p. 18, sostiene: “La relación de igualdad se explícita en la *comparación* entre los entes de los que se predica. Se precisa contar, por ello, con un elemento que haga posible la comparación: un *tertium comparationis*. Esto equivale a decir que dos o más entes iguales, es decir, pertenecen a una misma clase lógica, cuando en ellos concurre una cualidad común, el *tertium comparationis* que opera como elementos definitorio de la clase y son desigualdades cuando tal circunstancia no se produce. La determinación de este término de comparación es básica para calificar a dos o más entes como iguales. La exigencia de un juicio comparativo se explícita en la necesidad de establecer qué entes y qué aspectos de los mismos van a considerarse relevantes a efectos de la igualdad”.

El tratamiento diferenciado es una regla de excepción, pues en primera línea debe aplicarse el principio de igualdad como no diferenciación, procediendo la desigualdad normativa sólo en casos justificados²⁰². El TCE ha recogido tal regla de aplicación, reconociendo que el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE admite diferenciaciones de trato con miras a lograr mayores cotas de igualdad material desde la perspectiva del art. 9.2 CE, que establece el deber de los poderes públicos de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva²⁰³.

En lo que respecta a los DES, el principio de igualdad general y la diferenciación normativa se expresan en un doble sentido: primero como prohibición de toda discriminación, que es lo que ocurre cuando se establecen diferencias normativas no justificadas que ocasionan perjuicios a determinados sujetos en el ejercicio de DES, de modo que el DES será protegido por medio de la aplicación general del principio de igualdad (prohibiendo la discriminación), así como norma diferenciadora justificada, incorporada al ordenamiento jurídico con el objeto de proteger de modo particularizado a determinados sujetos en situación

²⁰² Para ALEXY, cit., pp. 395-414, la desigualdad normativa esta justificada cuando existen “razones suficientes” que justifique la diferencia. La igualdad es la regla general, por cuanto, sino existe razón suficiente para desigualar deberá aplicarse un tratamiento igual, pero, en caso de concurrir razones jurídicas suficientes deberá disponerse la diferenciación normativa. Para saber cuándo existe una razón suficiente que justifique un tratamiento diferenciado, Alexy construye un modelo abstracto basado en la teoría de los principios. Para justificar la existencia de la igualdad de hecho, y darle el carácter de derecho subjetivo, atribuye a la desigualdad de hecho la forma de principio, otorgándole significación y valor jurídico a la igualdad de hecho, de manera que el “principio de la igualdad de hecho” será razón suficiente para constituir un derecho subjetivo a la desigualdad de iure y se constituya como fundamento para la creación de la igualdad de hecho, “sólo si desplaza a todos los otros principios opuestos que estén en juego” (entre ellos, el principio de igualdad de iure; principio formal de libertad de formación del legislador democráticamente legitimado, pues el Tribunal Constitucional limitará claramente la libertad normativa del legislador por cuanto el Tribunal Constitucional es quien hace la valoración y la exigencia al legislativo para hacer efectiva la igualdad de hecho; principios vinculados a libertades negativas etc.). De esta forma, existe una “razón suficiente” cuando la igualdad de hecho (considerada como principio) tiene prioridad ante todos los demás principios opuestos relevantes. Gregorio Peces-Barba utiliza el concepto de “relevancia” para indicar la calidad de las razones que se deben aducir para permitir un trato diferenciado. Para hacer posible la igualdad material, reflexiona PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1999, pp. 285-287, debe consagrarse diferencias de trato, pero dichas fundamentaciones deben ser tales que permitan la diferenciación. La determinación de la “relevancia” es compleja desde la perspectiva teórica, debido a que “no estamos ante relaciones de hecho sino ante valoraciones que deben hacerse para fijar el ámbito de los contenidos normativos y las consecuencias jurídicas (en este caso, de diferenciación). (...) La relevancia o irrelevancia de las condiciones se ha planteado hasta ahora sólo en relación con hechos o circunstancias personales, que afectan a los contenidos de la relación jurídica pero, con el proceso de especificación de los derechos, la igualdad de trato formal como diferenciación se extiende también a la atribución de derechos a los titulares que, como hemos visto, se encuentran en inferioridad por razones culturales, físicas o de situación.

²⁰³ STC 3/1993, f.j. 3°.

de desigualdad, caso en el cual la diferenciación estará ajustada a la normativa constitucional si está acreditada su incorporación. La protección de los DES se produce “desde” el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. De este modo se logra la protección del DES sin necesidad de introducirse en su examen, ya que el razonamiento del TCE se desarrolla bajo los supuestos del principio igualador. El TCE examina las situaciones factuales en las que está comprometido algún DES y el principio de igualdad, haciendo girar su razonamiento en torno a este principio, lo que permite dar protección y efectividad a tales derechos. La tutela conexa se estructura primariamente desde el análisis de la motivación de la diferenciación. La jurisprudencia requiere que el fundamento de ésta sea jurídicamente relevante, y lo será al fundarse en criterios objetivos, razonables y proporcionales. Lo anterior permite vislumbrar si se está ante un acto discriminatorio. El tribunal admitirá que se incurre en una vulneración del art. 14 CE cuando las diferenciaciones normativas incorporadas son injustificadas.

6.1. La “relevancia jurídica” como motivo concurrente de la permisión de diferencias normativas y los elementos configuradores de dicha desigualdad de trato: la objetividad, la razonabilidad y la proporcionalidad

La protección por vía igualitaria y por desigualdad normativa de los DES exhibe como punto central la determinación de la permisión de la diferencia, cuestión que será relevante para considerar si la legislación que ordena una desigualdad entre los individuos se encuentra o no justificada y si se produce una discriminación en la ley o en la aplicación de ésta. Para el TCE no toda diferencia de trato conlleva una vulneración al art. 14 CE, sino sólo cuando la desigualdad no se ajusta a derecho, esto es, cuando el fundamento del trato diferenciado no consiste en motivos de “relevancia jurídica”. Las situaciones diferenciadoras deben tener interés para el mundo del derecho para que sean procedentes, de manera que no cualquier motivación puede dar lugar a una desigualdad normativa válida. Desde una perspectiva jurídica la motivación debe ser apreciable, de modo que se prohíben las desigualdades arbitrarias o carentes de una consideración razonable de incorporación. Esta relevancia se obtiene de los criterios y parámetros hermenéuticos establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), debiendo conciliarse el criterio de relevancia jurídica interno con el concepto de relevancia jurídica del TEDH.

El TCE no ha definido en forma concreta lo que debe entenderse por jurídicamente relevante, sino que ha dispuesto una construcción sistémica tridimensional, de tres líneas de concurrencia no conjunta, afirmando que la diferencia de trato estará justificada si es “objetiva, razonable y proporcional”. La STC 22/1981, en materia de protección del derecho al trabajo (art. 35.1 CE), expresa que no toda desigualdad conlleva una discriminación y que sólo se vulnera la igualdad en

caso que la desigualación carezca de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, considerando estos tres elementos como relevantes jurídicamente²⁰⁴. Para la declaración de relevancia no es necesaria la concurrencia conjunta de los tres elementos, sino que el TCE puede construir argumentaciones que interconecten los elementos o simplemente concurrir uno o más de ellos. La apreciación y regulación normativa de este armazón triple es competencia del legislador democrático, el que podrá considerar determinadas situaciones merecedoras de un trato diferenciado, estableciendo una excepción al principio igualitario. La STC 34/1981, en materia de derecho a huelga, afirma que es el legislador el ente facultado para apreciar las situaciones concretas desde una doble perspectiva: la necesidad de que la ley disponga la procedencia de diferencias o tratos desiguales o, por el contrario, estime la concurrencia de un trato igualitario. Tal labor legislativa no es libre ni ilimitada, sino que tiene como cortapisa los derechos y libertades reconocidos por la Constitución (art. 53.2 CE), los preceptos o principios constitucionales (sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y a la interdicción de arbitrariedad, art. 9.1 y 9.3 CE), y la sustancialidad propia del principio de igualdad, que objeta las diferencias irrazonables que generar situaciones de discriminación²⁰⁵.

Como se indicó, la doctrina jurisprudencial no ha fijado el significado de lo que debe entenderse por una “justificación objetiva y razonable”, sino que ha precisado la posibilidad de introducir desigualdades en el marco del principio de igualdad. El principio de igualdad no prohíbe cualquier diferencia de trato, sino sólo aquellas desigualdades que, como lo indican algunas sentencias referidas a la seguridad social y a los convenios colectivos, resultan “artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados”²⁰⁶. Es decir, fija la medida o canon respecto del cual debe ser analizada la objetividad y razonabilidad, lo que efectúa a través de un razonamiento inverso, pues no será objetiva ni razonable la diferenciación “artificiosa o injustificada”. Como se puede observar, sin embargo, esto no es una definición sino una medida general de cotejo para los distintos supuestos que el legislador invoca para consagrar una desigualdad, operación que el TCE denomina “*juicio de legitimidad*”. Ante

²⁰⁴ STC 22/1981, f.j. 3°. La jurisprudencia del TCE reitera en casi todas las sentencias sobre desigualdad normativa su doctrina al respecto. Tal criterio es reiterado en las STC 119/2002, f.j. 3° y STC 27/2004, f.j. 3° sobre negociación colectiva, y STC 34/1981, f.j. 3° sobre el derecho a huelga. Expresa esta última sentencia: “Las consideraciones anteriores reflejan, por otra parte, los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas sentencias, como las de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975, al señalar que se produce una discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable; afirmando, que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de *proporcionalidad* entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.

²⁰⁵ STC 34/1981, f.j. 3°.

²⁰⁶ STC 49/1990, f.j. 3° y 4°; STC 177/1993, f.j. 2°; STC 104/2004, f.j. 4°.

este parámetro general corresponde al TCE definir en cada caso concreto si la diferencia normativa es artificiosa o injustificada, lo cual únicamente se logra por vía hermenéutica. El TCE compara el supuesto invocado por el legislador para la diferenciación con los criterios de artificialidad e injustificación, lo cual, nos deja en el mismo problema conceptual, pues el tribunal no define lo que debe entenderse por artificioso ni injustificado, construyendo más bien un argumento tautológico, según el cual para que esté justificada la diferencia de trato ésta no debe ser artificiosa ni injustificada.

La proporcionalidad requerida por la jurisprudencia constitucional exige que la diferenciación no sea desequilibrada o asimétrica en relación con los fines perseguidos y los efectos de la medida, evitando que la desigualdad produzca resultados descomedidos. Es decir, se debe impedir que la diferencia, en vez de constituir una medida de corrección de desigualdades con miras a la igualdad real, se transforme en una medida de desigualdad mayor. Lo que busca esta exigencia, en palabras del TCE, es que “la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”²⁰⁷. Lo gravoso o desmedido, como lo señala una sentencia sobre pensiones, está vinculado a la vulneración de otros bienes o derechos constitucionales, de modo que la proporcionalidad de la medida debe ponderarse con respeto al grado de constricción de los derechos de los individuos afectados por la diferenciación, teniendo como límite infranqueable el respeto del contenido constitucional de dichos derechos²⁰⁸. En suma, la relación de equilibrio entre fines y efectos perseguidos (proporcionalidad) le conferirá a la desigualdad el carácter de constitucionalmente lícita, recayendo en el TCE apreciarlo²⁰⁹.

El juicio de legitimidad no se efectúa del mismo modo para todas las diferencias de trato introducidas por la ley, ya que en caso de que la diferencia de trato se funde en condiciones respecto de las cuales la CE prohíbe expresamente discriminar (nacimiento, raza, sexo, opinión u otra), el TCE exige un parámetro más exigente de justificación. Así, por STC 200/2001, en un caso de seguridad social donde se negó al demandante una pensión de orfandad al no cumplir éste los requisitos legales de carácter temporal dispuestos para los hijos adoptados, discriminando en razón de tal condición, el tribunal expresa que la carga probatoria en el enjuiciamiento de la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad basadas en las condiciones de discriminación prohibidas por el art. 14 CE resultan mucho más estrictas y rigurosas. Sostiene el TCE: “a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican

²⁰⁷ STC 177/1993, f.j. 2°.

²⁰⁸ STC 158/1993, f.j. 2°.

²⁰⁹ STC 34/1981, f.j. 3°; STC 177/1993, f.j. 2°; STC 27/2004, f.j. 2° y STC 104/2004, f.j. 4°.

un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”²¹⁰.

Desde la perspectiva probatoria, ante una legislación diferenciadora y en caso de conflicto intersubjetivo con relación a la constitucionalidad del precepto legal, corresponde a quien defiende la legalidad de la diferenciación acreditar que concurren los requisitos de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad²¹¹. La fijación de la carga probatoria en el sujeto defensor de la preceptiva legal y, como lo indica una sentencia sobre seguridad social, tiene su fundamentación en que la igualdad es un “valor preeminente en el ordenamiento jurídico” (art. 1.1 CE), debiendo la legislación evitar la intromisión de diferenciaciones, a menos que concurren los requisitos analizados en este párrafo, es decir, se requerirá probar que la desigualdad impuesta no vulnera tal valor²¹².

En suma, lo que hace el TCE es fijar un canon tridimensional de contenido indeterminado, correspondiéndole al mismo organismo la apreciación en cada caso concreto de las diferencias introducidas por el legislador y el análisis, a la luz de los argumentos invocados como justificantes de la desigualdad, del carácter objetivo, razonable y proporcional de la diferencia. Así, el juicio de legitimidad en materia de DES se rige por determinadas particularidades: en primer lugar, la exigencia de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la diferenciación en materia de DES; luego el carácter indeterminado del contenido de tal exigencia tridimensional; la determinación del contenido del canon tripartito de acuerdo a los criterios del TCE de conformidad con las circunstancias concretas concurrentes; y, por último, la exigencia de un parámetro más estricto en caso que la diferencia introducida se funde en condiciones de discriminación expresamente prohibidas por el 14 CE y, e) la obligación de acreditar el canon triple al sujeto defensor de la legalidad de la diferenciación normativa.

6.2. Protección por vía del principio de igualdad como no discriminación

Como se indicó, el TCE utiliza un criterio restringido y estricto para el análisis de las condiciones de discriminación prohibidas por el art. 14 CE (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra), de modo que la invocación de alguna de

²¹⁰ STC 200/2001, f.j. 4°. Vid. STC 81/1982, f.j. 2°.

²¹¹ STC 103/1983, f.j. 6°; STC 377/1993, f.j. 3°; STC 5/1994, f.j. 2°; STC 200/2001, f.j. 4°.

²¹² STC 103/1983, f.j. 6°.

estas condiciones como elemento diferenciador debe someterse a un juicio de legitimidad agravado. La prohibición de discriminación en razón de sexo impone la parificación, de modo que la distinción entre hombre y mujeres sólo es aceptable como excepción. El tribunal ha resuelto que la procedencia de la diferenciación en razón de sexo se debe examinar de forma aún más rigurosa, debiendo analizarse de manera exigente el fundamento de la diferenciación²¹³. En los casos jurisprudenciales analizados el empleo del sexo como factor diferencial ha sido considerado atentatorio contra la paridad exigida por el art. 14 CE, de manera que el TCE no le ha concedido valor justificante.

La protección de los DES en las situaciones en las cuales no se acepta tal diferenciación se estructura de tres formas: a) por medio de la generación de situaciones de igualdad entre sexos, igualando en el goce de los DES al trabajo y a la seguridad social y ordenando que la situación beneficiosa dispuesta en favor de un sexo deba hacerse extensiva a los individuos del otro que se ubiquen en posición jurídica equivalente; b) la prohibición de la “discriminación indirecta” que afecta a mujeres trabajadoras a jornada parcial, quedando vedada toda norma que ponga en posición desmejorada a un grupo considerable de mujeres en comparación con los hombres, entendiéndose como contrarias al texto fundamental aquellas normas que, de acuerdo a la particular situación de muchas mujeres, les impiden o dificultan el acceso a los beneficios de la seguridad social; y c) el TCE estima improcedente toda discriminación en materia laboral en razón de una condición objetiva de salud como lo constituye el estado de embarazo, sin afectar en sentido alguno los términos de la relación laboral e, incluso, imponiendo restricciones adicionales al sujeto empleador con respecto a tales trabajadoras. A lo anterior se debe agregar una aparente excepción a esta prohibición de discriminación como mecanismo de tutela de los DES en aquellos casos en que la ley exige mayores requisitos a los varones para acceder a pensiones complementarias, regidas por el principio de autonomía de la voluntad pues exceden del radio protector mínimo de la seguridad social, cuestión que no está relacionada con el sexo de los individuos sino con un principio general del derecho.

6.2.1. Tutela por igualdad entre sexos en el acceso y goce de beneficios laborales y de seguridad social

El TCE ha señalado que no se pueden establecer *status* diferenciados entre hombres y mujeres fundados en el sexo de los sujetos. No está permitido disponer una situación beneficiosa para un sexo con claro perjuicio para el otro en circunstancias que todos realizan iguales actividades (laborales), ni aun a pretexto de proteger a uno de los sexos (el femenino). Por STC 81/1982, referido a unos varones que laboraban como ayudantes técnico-sanitarios de la seguridad social

²¹³ STC 81/1982, f.j. 2º.

que reclamaron una discriminación en cuanto a salario y al resto del contenido de la relaciones laborales en comparación con las trabajadoras mujeres, el TCE afirmó como criterio general que la condición de mujer por sí sola no es una razón para legitimar la diferenciación contraria al art. 14 CE. Se argumentó a favor de la diferenciación que tal desigualdad en beneficio de la mujer se debía a razones de protección, permitidas por la CE, y que el problema jurídico radicaba en si el fundamento de tales beneficios gozaban todavía de actualidad. Si no era éste el caso debían ser derogados, pero no sin que fuera procedente su extensión al varón. Se adujo que existía una desigualdad material y no jurídica. El TCE desestimó dicha fundamentación, pero en vez de derogar la norma, en razón de la cláusula social y democrática que exige la promoción de condiciones para la igualdad real y efectiva entre los individuos y del “principio de irreversibilidad de las conquistas sociales”, conforme al cual no puede privarse a las personas de las conquistas social ya alcanzadas, consideró procedente la extensión de los beneficios a favor de los trabajadores del sexo masculino. Es decir, la protección de los DES es una “tutela por extensión de beneficios”, por vía de igualación de posiciones jurídicas entre los sexos²¹⁴.

En igual sentido, el TCE ha indicado que las distinciones legales que establezcan un trato desigual entre personas de diferente sexo - exigiendo mayores requisitos o excluyendo al otro sexo del goce de determinados beneficios de la seguridad social - que se sitúen en igual situación de carencia material o necesidad, fundadas en el detrimento histórico y social en que ha estado uno de los sexos (el femenino), constituyen una vulneración del art. 14 CE. El legislador está impedido de establecer diferencias en razón de sexo con fundamentos asistenciales al margen del sistema contributivo y del art. 14 CE. La *necesidad* se establece como un criterio objetivo de equiparación entre hombres y mujeres y no de justificación de las diferencias. El fundamento de los beneficios de seguridad social está vinculado a las situaciones de carencia producidas por circunstancias (la muerte del causante, por ejemplo) que histórica y socialmente correspondían a las mujeres, pero que en estricto rigor jurídico y en las actuales circunstancias sociales, caracterizadas porque tanto mujeres como hombres pueden tener necesidades apremiantes, no justifican favorecer al sexo femenino. En tales casos el tribunal hace extensivos los beneficios que parcialmente beneficiaban a las mujeres a los hombres que se encuentren en igual situación. La equiparación en los beneficios se funda en la obligación impuesta a los poderes públicos por el art. 41 CE, que manda mantener un régimen de seguridad social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad, sea cual fuere el sexo de los potenciales beneficiarios²¹⁵.

²¹⁴ STC 81/1982, f.j. 2º y 3º.

²¹⁵ STC 103/1983, f.j. 5º, 6º y 7º; STC 3/1993, f.j. 4º, 5º y 7º.

6.2.2. Tutela por prohibición de discriminación indirecta

En los casos en que se alegó la inconstitucionalidad de una norma legal que establecía que para la determinación de los periodos de cotización de las prestaciones de seguridad social, incluida la protección por desempleo, se computarían respecto de los trabajadores a jornada parcial las horas efectivamente trabajadas, lo que implicaba una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, el TCE consideró injustificada la diferencia de trato, puesto que se le exigirían a los trabajadores a tiempo parcial periodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia, obteniendo una pensión inferior y obstaculizándose su acceso a los beneficios de la seguridad social. Desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad, entre la medida adoptada, el resultado obtenido y la finalidad perseguida existe un trato diferenciado desproporcionado entre un tipo de trabajadores y el otro.

Además, al representar el trabajo a tiempo parcial un tipo de trabajo al cual acceden mayoritariamente mujeres, la distinción implicaría una “discriminación indirecta” en razón de sexo en perjuicio de la mujer, en circunstancias que está prohibida toda medida, aparentemente neutral, que perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres, a menos que la medida esté justificada por razones objetivas ajenas a la razón de sexo, situación que no concurre en dicho caso²¹⁶. En este caso la aplicación de un criterio de proporcionalidad estricto provocó una discriminación en perjuicio de las mujeres, de modo que debía instituirse una norma que recogiera las diferencias factuales entre hombres y mujeres, pues éstas acceden en un gran porcentaje a trabajos de jornada parcial, de modo que el cálculo a realizar para acceder a los beneficios de la seguridad social debe recoger esta particular situación. El derecho a la seguridad social (acceder a los beneficios de la seguridad social) se interconecta por vía de igualdad al considerarse contrarias al ordenamiento constitucional aquellas situaciones que, sin razones objetivas justificantes, sitúen a personas de sexo femenino en una posición jurídica desmejorada con relación al DES, impidiendo o dificultando el acceso y goce del mismo.

6.2.3. Tutela por prohibición de discriminación por condición de salud

Una condición objetiva de salud como, por ejemplo, el embarazo, no justifica tratos desfavorables ni un régimen laboral agravado en perjuicio de los sujetos en quienes concurre, de modo que todo acto discriminatorio en contra de una mujer embarazada vulnera el principio de igualdad y los derechos laborales de ésta. La protección del derecho al trabajo por vía de la prohibición de discriminación se extiende no sólo a la prohibición de tratos degradantes en razón de sexo, sino también a aquellas situaciones o condiciones que tengan relación directa con una persona. En este sentido, la STC 17/2003 considera que todo trato perjudicial de

²¹⁶ STC 253/2004, f.j. 6º, 7º y 8º. Vid. STC 50/2005, f.j. 3º.

las mujeres en el trabajo en razón de su embarazo se considera contrario al art. 14 CE. Para el TCE la protección de la mujer en el trabajo se extiende a la relación laboral, condicionando el accionar del empresario (potestades organizativas y disciplinarias), en cuanto prohíbe toda medida que pudiera afectar física o síquicamente a una trabajadora y afianza de igual manera todos los derechos laborales, vedando cualquier perjuicio derivado de su condición de salud. En este sentido se señala que el embarazo no es una causal justificante del término de una relación laboral, de modo que una mujer en tal estado no puede ser despedida, aunque no haya dado aviso expreso de su condición. Esta tutela tiene como fundamento constitucional el art. 10.2 CE, en relación con el art. 14 CE²¹⁷.

6.2.4. Excepción aparente a la prohibición de discriminación

Supuestamente habría situaciones en las que el TCE ha aceptado el sexo como razón de discriminación. El fundamento del TCE para aceptar la desigualdad normativa radica en la autonomía de la voluntad de los sujetos para someterse a instituciones jurídicas que establecen diferencias normativas. En aquellas situaciones en que se supera el mínimo de protección social asegurado por el Estado en materia de seguridad social, respecto del cual no cabe discriminar por sexo, están permitidos los tratamientos diferenciados por tratarse de actos voluntarios de los sujetos. Este criterio ha sido aplicado por el TCE al resolver que no existe discriminación – y, por ende, que se trataba de un tratamiento diferenciado objetivo, razonable y proporcional – cuando la ley exige mayores requisitos a los varones para acceder a pensiones complementarias de seguridad social, requisitos asumidos de forma voluntaria por los sujetos, en cuanto estas pensiones exceden de la acción protectora garantizada por el régimen de la seguridad social pública²¹⁸. Del análisis del caso en comento, sin embargo, se desprende que no es el sexo la razón de la diferenciación, sino que, más bien al contrario, es la libre iniciativa de los sujetos la que acarrea efectos de género, como lo confirma el que dicha diferenciación esté prohibida respecto del mínimo asistencial estatal. Por eso sólo se puede hablar de una excepción aparente, pero no verdadera al art. 14 CE.

6.3. La falta de justificación de la diferencia normativa y los elementos diferenciadores carentes de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad

Para la jurisprudencia constitucional el principio de igualdad – la igualdad ante la ley del art. 14.1 CE - es un derecho subjetivo de las personas a recibir un trato

²¹⁷ STC 17/2003, f.j. 3º.

²¹⁸ STC 49/1990, f.j. 4º, y STC 5/1994, f.j. 2º, 3º y 4º.

igual. Ello limita el accionar de los poderes públicos, que deben tratar de forma idéntica en sus consecuencias jurídicas aquellos supuestos de hecho iguales²¹⁹.

Cabe reiterar que la protección de los DES por vía del principio de igualdad se establece sobre la base siguiente: si se introduce una desigualdad de trato en el goce de DES se debe efectuar el análisis de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la desigualdad y, en caso de ser injustificada la intromisión por no existir un elemento diferenciador de relevancia jurídica, existirá discriminación en el ejercicio del DES, la que debe revertirse.

El juicio de legitimidad efectuado por el TCE en torno al principio de igualdad es un juicio complejo, por cuando el TCE toma en consideración en su análisis un doble factor: por una parte el principio de igualdad como regla general que obliga a evitar cualquier circunstancia que implique una diferenciación injustificada y, por la otra, la concurrencia de alguno de los elementos configuradores del canon tripartito (objetividad, razonabilidad y proporcionalidad) para considerar como relevante o irrelevante jurídicamente la diferencia introducida e incorporar una excepción a la regla o declarar su improcedencia. El Tribunal analiza el canon tripartito de diferenciación con especial cuidado de no vulnerar el principio de igualdad, ponderando en cada caso particular la importancia del factor diferencial e indicando la forma y el alcance del incumplimiento del canon, para lo cual en algunos casos realiza razonamientos que intercomunican tales elementos, en tanto que en otros estima suficiente la concurrencia de un solo factor para juzgar injustificada la diferencia. Asimismo, el TCE exige que la desigualdad ocasione un perjuicio al sujeto objeto de la regulación diferenciada, perjuicio o detrimento que representa un elemento relevante al momento de evaluar la falta de justificación, pues el TCE invoca el perjuicio como argumento para declarar injustificada la diferenciación.

Los factores que no justifican una diferenciación son aquéllos que a juicio del TCE carecen de la relevancia jurídica necesaria para ese fin. Según el razonamiento utilizado por el TCE tales elementos diferenciadores carecen de un proceso lógico argumentativo que de razón de la importancia de su inclusión por vía normativa. La diferenciación será objetiva, razonable y proporcional cuando su inclusión responda a un examen del legislador que permita no sólo apreciar la desigualdad normativa, sino también visualizar el porqué de tal decisión, en términos de que permita la corrección de una situación de desigualdad factual. En este contexto explicativo, el examen que realiza el TCE, como lo afirma la STC 19/1982, es sistémico, pues el principio de igualdad en materia de DES debe interpretarse considerando el contenido del art. 1.1 CE (cláusula social y democrática), lo dispuesto en el art. 9.2 CE (deber de los poderes públicos de promover la libertad y la igualdad y remover los obstáculos para su realización) y el carácter informador y hermenéutico del Capítulo III, interpretando el principio de igualdad en el sentido más favorables a los DES, los cuales, de conformidad

²¹⁹ STC 200/2001, f.j. 4º; STC 109/2002, f.j. 3º.

con el art. 53.3 CE, no pueden ser considerados normas sin contenido, sino que deben tenerse presentes en la interpretación de las normas tanto constitucionales como legales²²⁰. De las sentencias analizadas, podemos extraer dos criterios que no sirven para justificar una diferenciación normativa, de modo que conllevan una discriminación: uno temporal y otro de tipo institucional formal.

6.3.1. Factor temporal

El TCE ha estimado que radicar la diferencia de trato en un aspecto temporal no justifica una diferencia normativa. Establecer que determinados trabajadores (trabajadores temporales o trabajadores que han ingresado en una determinada fecha a un empresa) no podrán acceder ni gozar de determinados derechos o beneficios laborales en razón de estas circunstancias de temporalidad los sitúa en una posición jurídica desmejorada y de precariedad que vulnera el principio e igualdad por no tener tal elemento el *status* de razón justificante. La protección de los DES de ciertos trabajadores se produce al declarar la contrariedad de la norma diferenciadora con el art. 14 CE, lo que obliga a generar una situación igualadora entre los distintos tipos de trabajadores.

En la STC 177/1993 se discutió la contrariedad con el art. 14 CE de una cláusula establecida en un convenio colectivo que disponía un trato diferenciado entre distintos tipos de trabajadores, en el sentido de ordenar diferencias en las pagas extraordinarias para el personal “fijo discontinuo y eventual” y el personal “fijo de plantilla” en consideración a la modalidad o forma de adscripción y al tipo de actividad desarrollada. El TCE consideró que estos dos elementos no eran elementos justificantes con consistencia suficiente como para permitir una menor retribución proporcional a un grupo de trabajadores. La modalidad de adscripción no justifica por sí sola el desigual tratamiento de los dos grupos de trabajadores, “ya que su impacto o resultado destruye la proporcionalidad derivada de la duración de los respectivos contratos, proporcionalidad que es uno de los aspectos de la igualdad”, profundizando la situación de precariedad de los trabajadores temporales. En cuanto al tipo de trabajo realizado, se estimó que no había diferencias entre las labores realizadas por ambos grupos de trabajadores. De esta forma, se valoró que la diferencia normativa sólo radicaba en la duración de los contratos, cuestión que no justificaba la menor retribución en la forma de paga extraordinaria. Lo anterior significaba una discriminación a este grupo de trabajadores, una desvaloración de las labores realizadas por este grupo segregado y peor tratado, notoriamente más débil y desprotegido, así como una ruptura de la equivalencia o ecuación entre salario y trabajo (a igual tarea, igual retribución). Tal cláusula del convenio debía ser interpretada a la luz del Estado social de derecho (art. 1 CE) en conexión con la igualdad efectiva de individuos y grupos (art. 9.2 CE) con el objeto de obtener la justicia, de manera

²²⁰ STC 19/1982, f.j. 6º.

que se debía reconocer el derecho a no ser discriminado en la determinación de las gratificaciones extraordinarias²²¹.

Asimismo, el tribunal ha considerado que la fecha de ingreso a un trabajo por sí sola no representa un factor diferencial válido, a menos que esté sea razonable y proporcional. En la STC 27/2004, sobre negociación colectiva, se discutió si vulneraba el art. 14 CE el establecimiento en un convenio colectivo de un patrón retributivo para gratificar el tiempo de servicios en una empresa en función de la fecha de ingreso o de la adquisición de fijeza en el puesto. El TCE entendió que tal norma contrariaba tal principio al incorporar únicamente la fecha de ingreso como elemento diferenciador entre trabajadores que se encuentran en una misma situación de hecho, disponiendo que la autonomía colectiva no puede establecer un régimen diferenciado sin justificación objetiva y sin respetar la proporcionalidad que exige el art. 14 CE. La fecha de ingreso por sí sola no representa un factor diferencial válido a menos que esté acompañado de otros elementos que permitan dar razonabilidad y proporcionalidad, por cuanto la fecha de ingreso no justifica “un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo”. La protección por conexión se basa en que las normas contenidas en los convenios colectivos pueden vulnerar determinados DDFF. Se declara entonces que tales disposiciones vulneran el art. 14 CE y se ordena reconocer el derecho de estos trabajadores retro trayendo las actuaciones al momento judicial oportuno para que el juzgado de lo social, en consideración a la infracción al principio de igualdad, resuelva la pretensión²²².

En estos casos, la concurrencia de un perjuicio acreditable para una de las partes comparadas y diferenciadas permite al tribunal establecer que la diferencia de trato es injustificada, estableciendo en su razonamiento, como elemento de la argumentación, que el menoscabo material y posicional de los sujetos se debe a la distinción normativa²²³.

²²¹ En STC 177/1993, f.j. 3°.

²²² Por STC 27/2004, f.j. 6° y 8°. Confirmando este razonamiento de insuficiencia de la temporalidad como elemento diferenciador, el Tribunal, en STC 104/2004, f.j. 8°, sobre desigualdad de tratamiento que establece el Reglamento de plan de pensiones a los trabajadores contratados con anterioridad al 19 de mayo de 1986, entre trabajadores con contrato de duración determinada y aquellos con contrato de indefinida duración, indicó que la fecha de ingreso no era por sí sola razón suficiente para diferenciar, como también que tal elemento diferenciador carece de razonabilidad al no hacer concurrir “ninguna razón objetiva justificada y relevante sino simplemente en una valoración, como ya hemos dicho, de los trabajadores temporales respecto de los fijos”.

²²³ STC 177/1993, f.j. 3°; STC 27/2004, f.j. 6° y STC 104/2004, f.j. 8°.

6.3.2. Criterio institucional formal

El TCE ha protegido el derecho a la vivienda digna y adecuada de la persona que vivió de modo marital *more uxorio*, declarando la inconstitucionalidad de un precepto legal que otorgaba el derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento únicamente al cónyuge sobreviviente y no a quien convivió en forma equivalente pero sin contraer matrimonio. El DES a la vivienda del conviviente sobreviviente que no contrajo matrimonio se tutela por conexión con la igualdad y con el deber de trato igualitario de los poderes públicos, específicamente de no generar situaciones de discriminación entre los diversos modelos de familia.

La doctrina jurisprudencial sentada por la STC 222/1992 utiliza un criterio material para analizar la diferencia de trato, examinando la desigualdad normativa en consideración a los elementos sustanciales concurrentes, razonando en torno a un concepto amplio de familia, más allá del matrimonial. Si una pareja convivió *more uxorio*, el contenido de dicha convivencia no reviste diferencias con la matrimonial, de modo que debe declararse injustificada la desigualdad fundada en la formalidad institucional del matrimonio. Por medio de esta igualación en el trato se ampara a aquella persona que carece de una vivienda propia y que por requisitos formales de la ley podría ser obligada a abandonar la vivienda en la que llevó una vida equivalente a la de las personas que contraen matrimonio.

En la sentencia el tribunal efectúa una interpretación sistémica de ciertos preceptos constitucionales para estructurar la protección: el principio de igualdad (art. 14 CE), la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia (39.1 CE) y el derecho a la vivienda digna y adecuada (art. 41 CE). En cuanto a los dos primeros, se recurre a ellos al efectuar un juicio de ponderación entre la certeza jurídica otorgada por el matrimonio legalmente celebrado (criterio formal) y la protección de la familia (criterio material), inclinando la protección hacia esta última. En lo referente al principio de igualdad, se apreció que la diferenciación introducida entre el miembro supérstite de la pareja matrimonial y el que lo sea de una unión de hecho carece de un fin aceptable constitucionalmente y contradice los fines y mandatos de la norma fundamental, ya que tal diferenciación no tiene por objeto configurar el régimen jurídico-matrimonial, ni estimular la institución del matrimonio, cuestión esta última que atenta contra la autonomía individual de quienes deciden convivir *more uxorio*. La certeza jurídica que genera el matrimonio con respecto a terceros en lo relacionado con el ejercicio de derechos frente a particulares no es razón suficiente para la diferenciación ni para contrariar el art. 14 CE.

El concepto de familia consagrado en el art. 39.1 CE no limita su significación a la familia matrimonial, por lo que no se debe efectuar un examen restringido de su concepción, sino que se debe considerar también el aspecto social del modelo de Estado y las formas reales de convivencia que se dan en la sociedad, sin que sean admisibles diferencias entre las familias matrimoniales y las no matrimoniales. Para ahondar su razonamiento y criterio protector el TCE invoca el derecho a la

vivienda, considerando la subrogación como una forma de realización efectiva de este principio rector que, al decir del TCE: “exige del legislador -y de este Tribunal, al controlar sus normas - una atención específica a los imperativos que sobre él proyecta el art. 14 de la Norma fundamental. La subrogación es disponible para el legislador, pero, una vez instituida, no puede ser conferida con daño a la igualdad sin menoscabar, al propio tiempo, lo que prescribe este art. 47”. La subrogación debe ser permitida para hacer posible la continuidad de la vivienda arrendada en la cual se ha desarrollado tal convivencia.²²⁴

6.4. La protección por la vía del tratamiento normativo diferenciado: justificación de la desigualdad

Como se ha indicado, la desigualdad normativa tiene por finalidad regular de un modo diferenciado situaciones factuales diversas con miras al logro de la igualdad entre los sujetos, de acuerdo con el deber de los poderes públicos de “promover las condiciones necesarias, a fin de que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas”²²⁵. El legislador democrático es el único facultado para la incorporación de diferenciaciones normativas. Los sujetos particulares no pueden exigir un tratamiento desigual o exigir un “derecho a la desigualdad” (discriminación por indiferenciación)²²⁶, como tampoco los órganos judiciales pueden resolver en ese sentido. El cuerpo legislativo, “a la luz de los intereses y bienes que el legislador estime conveniente proteger o preservar”²²⁷, realiza un análisis de las

²²⁴ STC 222/1992, f.j. 5º y 6º. Igual criterio, fundado en la sentencia en comento, fue utilizado en la STC 47/1993, f.j. 2º.

²²⁵ STC 86/1985, f.j. 3º.

²²⁶ STC 88/2001, f.j. 2º.

²²⁷ Así a modo ejemplar con relación a estas amplias facultades del legislador, nos remitimos a la STC 58/1993, f.j. 3º y 5º, en la cual el TCE fijó su doctrina sobre la posibilidad de limitar legislativamente la embargabilidad patrimonial en materia de DES fundada en la protección de bienes e intereses. Expresó el Tribunal: “Este respeto a la dignidad de la persona justifica, así, la creación legislativa de una esfera patrimonial inmune a la acción ejecutiva de los acreedores, límite a la embargabilidad que se fundamenta, también, en lo dispuesto en otros preceptos constitucionales: arts. 39.1 (protección de la familia), 43 (derecho a la protección de la salud) y 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada)... 5. Como queda dicho, corresponde a la libre apreciación del legislador la determinación de cuáles hayan de ser los límites a la embargabilidad de pensiones y otras retribuciones, límites que, a partir de unos criterios comunes o generales (arts. 1.449 y 1.451 L.E.C.), pueden modificarse -esto es, elevarse- en atención a singulares situaciones de necesidad que se adviertan en grupos determinados de personas... Es decir, el legislador podría declarar inembargables las pensiones de mutilación si considerase que éstas son necesarias para asegurar el mínimo económico vital de los mutilados de guerra, sin embargo, si las calificara como compatibles con otras retribuciones y haberes públicos, debería precisar la cuantía inembargable que asegura ese mínimo vital. A través de estos u otros expedientes, el legislador procuraría alcanzar la concordancia, aquí exigible, entre los imperativos constitucionales, ya citados,

situaciones de desigualdad y en razón de las diferencias en las posiciones de los sujetos puede corregir esas realidades estableciendo una norma que imponga un trato distinto²²⁸. La protección de los DES está directamente vinculada a la introducción de desigualdades normativas, pues la corrección de situaciones de desigualdad factual con miras a dar mayor efectividad o protección a ciertos DES (derecho al trabajo, seguridad social, derecho a la educación y derecho a la vivienda) constituyen los argumentos de orden constitucional que facultan al legislador a instituir la diferencia de trato.

En la determinación de la diferencia la objetividad, la razonabilidad y la proporcionalidad estarán determinadas por un doble factor: a) los criterios factuales y jurídicos utilizados para la consideración de la diferenciación, y b) el posible límite a ciertos DDFP que puede conllevar una diferenciación.

6.4.1. Criterio factual y jurídico de la diferenciación

El TCE utiliza dos tipos de criterios concurrentes para ponderar la diferenciación como objetiva, razonable y proporcional: el criterio de valoración factual y el criterio de valoración jurídico-constitucional. En el juicio de legitimidad el contexto de precariedad socio-económica constituye fundamento esencial justificador de las diferencias normativas. Por STC 90/1989, el TCE validó en materia de subsidios por desempleo la diferenciación legislativa en favor de los trabajadores de ciertas Comunidades Autónomas en perjuicio de otras. Se invocan tres elementos justificadores de la medida gubernamental: uno protector del DF al trabajo, en el sentido de limitar el problema del paro y su extensión en determinadas Comunidades Autónomas, la situación factual de pobreza relativa de las comunidades beneficiadas y el límite económico (medios disponibles) que enfrenta el Estado. El TCE legitima la medida aplicando un criterio objetivo (nivel de desempleo y extensión de éste) y uno de razonabilidad basado en circunstancias de hecho (mayor pobreza relativa de las tales Autonomías y límite de medios disponibles) y de necesidad de los sujetos involucrados aceptando en consecuencia un trato desigual entre Comunidades Autónomas. La limitación del derecho al subsidio del desempleo, fundado en razones de hecho, tiene, a juicio del Tribunal, también amparo constitucional en las normas fundamentales que permiten favorecer a determinadas zonas en circunstancias de desigualdad o desventaja (art. 138.1 CE y art. 158.2 CE)²²⁹.

De esta forma, la valoración realizada por el TCE de las situaciones o realidades de hecho de las personas determinan la objetividad, razonabilidad y proporcio-

que dan lugar a la inembargabilidad y lo requerido, de otra parte, por el derecho a la tutela judicial efectiva”.

²²⁸ STC 89/1994, f.j. 8º y 10º.

²²⁹ Por STC 90/1989, f.j. 4º.). Vid. STC 25/1989, f.j. 3º.

nalidad de la diferencia; no el contenido, sino los elementos justificantes. Igualmente, la diferenciación se debe fundar en el resguardo o protección de un valor, principio o derecho constitucional, desarrollando en ejecución de ese derecho la desigualdad normativa. El razonamiento del TCE consta de dos etapas:

Primero, análisis de diferencia normativa en consideración del contexto factual que la introduce. En este sentido, la STC 186/2004 fija los criterios doctrinales factuales que permiten justificar la diferenciación en materia de seguridad social: a) situación de necesidad de los diversos grupos sociales, b) conexión con las circunstancias económicas, y c) las disponibilidades del momento. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento²³⁰.

Segundo, examen de constitucionalidad de la diferenciación introducida, esto es, si se funda en algún valor, principio o derecho constitucional. Así, la STC 86/1985 negó una subvención a colegios privados, estableciendo diferencias de trato a favor de la educación pública con fundamento en el art. 27.9 CE (derecho a la educación y, en particular, deber de los poderes públicos de “ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”). El TCE reconoció las amplias facultades legislativas para establecer diferentes tratamientos legales a situaciones diversas, en consideración de las “condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión”. El tribunal reitera los dos criterios que deben concurrir para la instauración de diferencias: el DES amparado (argumento constitucional) y la circunstancia socio-económica que es necesario tutelar²³¹.

La primera etapa requiere que el contexto socio-económico de precariedad esté empíricamente comprobado, que se acredite fehacientemente la carencia en la relación entre los sujetos o situaciones a comparar y que tal ubicación social desmejorada justifique la diferenciación. La invocación de la desigualdad factual y la introducción de la diferencia normativa deben tener por finalidad la profundización de un DES. Si no se acredita la realización del derecho no hay justificación.

6.4.2. Límite posible a DDF

La situación de desigualdad entre los sujetos y el objetivo de realización de los DES pueden acarrear la limitación de otros DDF. Tal limitación continuará

²³⁰ STC 186/2004, f.j. 3°.

²³¹ STC 86/1985, f.j. 3°.

mientras persistan las circunstancias de hecho que originaron la desigualdad. El TCE otorga eficacia a la norma diferenciadora produciendo un doble efecto: a) la protección del DES, y b) la limitación temporal de otro DF. En materia de derecho a la vivienda, la STC 89/1994, referida a un caso de arrendamiento donde se establecieron beneficios en favor del arrendatario por escasez de vivienda, hace valer el derecho constitucional que le asiste a éste limitando el derecho de propiedad del arrendador. La diferencia normativa en favor del arrendatario se funda en las posiciones desiguales no comparables del arrendador y del arrendatario, de manera que el término de comparación fue estimado improcedente. Ahora bien, la eficacia de la norma desigualadora está determinada por el reconocimiento de esta desigualdad factual y del estado de necesidad en el cual se encuentra el arrendatario, lo que se deriva de la escasez de vivienda y del derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). Por estas razones se permite la continuación del contrato de arriendo de manera provisional (mientras duren las circunstancias que originaron la diferencia), limitándose en consecuencia el derecho de propiedad del arrendador. Se reconoce la facultad del legislador de regular tal desigualdad factual “a la luz de los intereses y bienes que el legislador estime conveniente proteger o preservar”, de modo de “satisfacer una necesidad acuciante (la de aumentar la oferta de alquileres) adoptando unas medidas de carácter urgente y provisional”²³².

Igualmente, en un caso de jubilación obligatoria en que se discutió la constitucionalidad de una norma que fijaba la edad de 69 años para proceder al retiro, el TCE justificó la medida diferenciadora fundada en la edad (criterio estricto de diferenciación de acuerdo al art. 14 CE) en razón del derecho al trabajo de que gozan las personas y que, sin la existencia de una edad para jubilar, no podrían ejercer al no existir las posibilidades reales para ello²³³.

El razonamiento que conduce a la limitación es de carácter holístico, al fundar el límite no sólo en un derecho concreto sino en las declaraciones internacionales y en los principios y valores asumidos constitucionalmente, “como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (art. 9 de la Constitución)”²³⁴.

7. La protección de la libertad sindical por “conexión” con los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar

El TCE ha amparado el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) conectándolo con el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar (art. 18.4

²³² STC 89/1994, f.j. 8° y 10°.

²³³ STC 22/1981, f.j. 8° y 9°.

²³⁴ STC 22/1981, f.j. 8° y 9°.

CE), en relación con los límites que puede establecer la ley al uso de los datos informatizados de conformidad con el art. 18.4 CE. La doctrina del TCE prohíbe el uso de datos informáticos recabados para objetivos sindicales (datos informáticos donde se acredita la afiliación sindical, obtenidos con el objeto de retener la respectiva cuota sindical y transferirla al sindicato) con fines indiscutiblemente disímiles a aquéllos para los cuales fueron suministrados, por cuanto dicho uso vulneraría el derecho a la libertad sindical. Su tutela, sin embargo, se confiere por vía del apartado 4º del art. 18, con lo cual la libertad sindical goza de un sistema reforzado y especialísimo de protección, ya que el TCE ha extendido su amparo por un mecanismo complementario (goza de tutela directa).

La STC 11/1998 dio cuenta de un caso en el cual a un trabajador que personalmente no había adherido a una huelga convocada por la organización sindical a la cual pertenecía le fueron descontadas las retribuciones correspondientes al periodo de huelga, sin otro antecedente que su afiliación sindical, lo que fue posible porque la empresa conocía de antemano la clave informática que habitualmente se utilizaba para descontar su cuota sindical. La conexión entre el art. 28.1 CE y el 18.4 CE se da porque el derecho a la libertad sindical incluye en su contenido esencial el derecho de las asociaciones sindicales a desarrollar todas aquellas actividades que les reconoce el art. 7 CE con miras a la defensa y protección de los intereses de los trabajadores, no agotándose su contenido en los términos restrictivos del art. 28.1 CE, en tanto que el art. 18.4 CE consagra una garantía constitucional para hacer frente a las nuevas formas de amenaza a la dignidad y derechos de las personas, en particular un derecho y libertad contra las “potenciales agresiones a la dignidad y libertad de las persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”. La garantía de intimidad adopta *latu sensu* la forma de un “derecho al control sobre los datos relativos a la propia persona”, comprendiendo el derecho a controlar los datos incorporados en determinados programas informáticos y el derecho a que tales datos no sean utilizados para fines diferentes de aquéllos para los cuales fueron recabados²³⁵.

Con estos antecedentes se debe considerar que la afiliación sindical del trabajador se facilitó por medio del descuento y remisión de su retribución de la cuota sindical en forma automática por parte de la empresa hacia el sindicato, pero en el presente caso tal mecanismo instituido para un fin concreto y determinado fue utilizado para retener la parte proporcional de su salario relativo al periodo de huelga en el que se encontraba la empresa, pero no el trabajador. Es decir, se hizo uso de la clave informática para fines ajenos a aquéllos que motivaron su creación. El descuento se efectuó sin previa investigación de si el funcionario había participado o no en la huelga (de hecho, no participó), sino que se le descontó proporcionalmente su remuneración por el hecho de pertenecer a uno de los sindicatos adherentes a la huelga. La protección por vía del art. 18.4 CE se configura en la medida en que este derecho establece limitaciones al uso

²³⁵ STC 11/1998, f.j. 4º. Vid. STC 30/1999, f.j. único; STC 45/1999, f.j. único.

de la informática con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de los derechos, constituyéndose en un “derecho instrumental para la tutela de otros derechos fundamentales”, entre los que se encuentra la libertad sindical.

El tribunal entiende que al utilizarse los datos informatizados para fines diversos de los que motivaron su recolección se está vulnerando la libertad sindical, al tener tal recolección un objeto meramente sindical. Por medio del art. 18.4 y, en particular, de las restricciones que dicho apartado le fija al tratamiento de datos, se logra la protección de dicho derecho / libertad al impedir el uso de tales datos informáticos para otros fines. La protección por conexión por vía del art. 18.4 CE da cuenta de un doble efecto jurídico de este derecho: a) se instituye en instrumento específico de protección ante el uso inconstitucional e ilegal de los datos personales informáticos (en este caso de la libertad sindical), y b) consagra un DF autónomo para el control del flujo de información de cada persona, pertenezca o no al ámbito más estricto de la intimidad, con el objeto de preservar el ejercicio de sus derechos. Se busca evitar tratos discriminatorios en contra de las persona por la vía de la utilización de dichos datos informáticos para otros fines distintos del que los justificó²³⁶.

En síntesis, el TCE esgrime un razonamiento de conexión simple. Examina los datos informatizados suministrados y analiza la finalidad para la cual éstos fueron recabados (finalidad sindical), de manera que si tales datos fueron utilizados para un fin distinto al objeto original, habrá vulneración de la libertad sindical, la que debe ser protegida por vía del derecho a la intimidad, al impedir este derecho la utilización de tales datos para fines diversos. En este supuesto, la recolección de los datos va ligada a la finalidad que justificó dicha recopilación y ambos elementos (recolección y finalidad) son los elementos amparados por el art. 18.4 CE.

8. La protección indirecta por “incorporación”: la integración al contenido esencial de ciertos derechos constitucionales del contenido constitucional de ciertos DES no tutelados

Como se expresó anteriormente, la garantía del contenido esencial de los DDDFF se ha dispuesto como un límite a la actividad desarrollada por el legislador. Éste, al estar facultado para regular los DDDFF al amparo de la Constitución (art. 53.1 CE), debe respetar al hacerlo el contenido esencial de los derechos, garantía que tiene por finalidad “que los derechos fundamentales no puedan ser suprimidos o alterados en su contenido constitucional mediante decisiones legislativas”²³⁷. Se ha estimado que dicha cláusula es una consecuencia lógica del principio de

²³⁶ STC 11/1998, f.j. 5º; STC 94/1998, f.j. 6º.

²³⁷ GAVARA DE CARA, “Derechos fundamentales”, cit., pp. 23-28.

constitucionalidad, en razón de que la constitucionalización de los DDF es corolario del convencimiento de que tales derechos tienen una “supremacía y una estabilidad que no podrá menoscabar al legislador”²³⁸. El contenido esencial no es inmutable en su significación, sino que es un concepto histórico, sujeto a las circunstancias y transformaciones sociales, pues dicha acomodación histórica es la única que permite “evitar un anquilosamiento o petrificación de nuestro ordenamiento jurídico”²³⁹.

Ahora bien, al concurrir la garantía del contenido esencial con el control abstracto de constitucionalidad del TCE se produce una imposibilidad de distinguir entre la garantía del contenido esencial y el control de constitucionalidad, debido a que los efectos que se pretenden obtener por vía de esta garantía son los mismos que se obtienen por medio de dicho control. El TCE utiliza la garantía del contenido esencial como un instrumento discursivo, de argumentación y motivación de la decisión, pero sin influencia real en el fallo, por lo cual se la ha calificado como un “instrumento argumentativo en blanco”²⁴⁰. Al examinar el contenido de un derecho constitucional, escudriñando como está conformado y cuáles son los elementos componentes, el TCE, al reconocer el contenido constitucional, está describiendo al mismo tiempo el contenido esencial de tal derecho, designando con dos nomenclaturas lingüísticas diversas (contenido esencial y control de constitucionalidad) un mismo objeto jurídico de análisis (el contenido constitucional de un DF).

En lo que sigue, y porque es la fórmula que estila emplear el TCE, se utilizará el concepto de contenido esencial de los derechos para examinar la manera en que el TCE ha protegido por vía de esta garantía algunos DFS, particularmente el derecho a la negociación colectiva, derecho constitucional no protegido por el recurso de amparo constitucional (art. 53.2 CE) y respecto del cual el TCE ha desarrollado una abundante jurisprudencia, conformando una doctrina de protección al alero del derecho de libertad sindical e incorporando al contenido esencial de este derecho el significado constitucional de la negociación colectiva laboral, en cuanto expresión de las facultades de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores sindicalizados. Además, el TCE ha protegido el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE) y el derecho a una vivienda digna

²³⁸ DE ESTEBAN, GONZÁLEZ-TREVIJANO, cit., pp. 275-281. Contrarios a esta posición de límite al legislador, BASTIDA FREIJEDO en AA. VV., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit., p. 42 y s., sostiene que el contenido esencial tiene su fundamento en la propia Constitución, de manera que se hace presente no frente al legislador sino que, frente a la ausencia de este, se hace directamente presente. Señala: “No funciona como límite al legislador ya que éste no ha actuado. Funciona como *fuerza constitucional directa* de apoderamiento al titular del derecho para que pueda accionar preservando el ámbito de libertad garantizado”.

²³⁹ ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*, 4ª edición, Tecnos, Madrid 1990, p. 239.

²⁴⁰ GAVARA DE CARA, “Derechos fundamentales”, cit., p. 48 y s.

y adecuada (art. 47) por medio del contenido esencial del derecho de propiedad, en particular de la función social de ésta (art. 33.1 y 2 CE).

8.1. El contenido esencial del derecho a la libertad sindical como vía de protección del derecho a la negociación colectiva laboral

La jurisprudencia constitucional extiende la protección por medio del amparo constitucional a un DFS que, de conformidad con el art. 53.2 CE, no goza de tal garantía institucional. La fórmula utilizada ha sido por vía de incorporación de ciertos elementos conformadores del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) al contenido esencial del derecho a la libertad sindical. Al definir los elementos mínimos e indisponibles para el legislador con respecto a la libertad sindical, el TCE ha utilizado un criterio racional-reflexivo-amplio, no reduciendo el contenido de dicho derecho de libertad a la expresión literal del art. 28.1 CE.

El TCE ha recurrido a una interpretación sistémica-constitucional para dar forma a una conceptualización extensa de la libertad sindical. En este razonamiento sistémico converge lo dispuesto en el art. 28.1 CE, lo formulado en el art. 7 CE y el canon hermenéutico del art. 10.2 CE, que remite a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España²⁴¹. Para tal construcción jurídica se confiere al contenido de la libertad sindical un doble significado: uno individual y otro colectivo o funcional²⁴². El primero está referido a los aspectos meramente organizativos o asociativos expresamente enunciados en el art. 28.1 CE, artículo configurado con un doble sentido: uno positivo, que comprende el derecho de creación de sindicatos y de afiliación libre a ellos, y uno negativo, que se extiende al derecho de permanecer al margen de cualquier organización sindical o a no sindicarse²⁴³.

El segundo significado de la libertad sindical comprende una noción amplia de este derecho, que alcanza a los “derechos de actividad relativos a los medios de acción necesarios para que el sindicato pueda cumplir las funciones a las que es llamado por el art.7 CE”, es decir, la “defensa y promoción de los intereses

²⁴¹ Con respecto a los tratados y acuerdos internacionales, el TCE hace referencia específicamente a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) N° 87 y 88, indicando que las numeraciones de derecho contenidas en tales textos no son taxativas, incluyendo además, la “vertiente funcional” del derecho, es decir, el derecho de los sindicatos de realizar actividades en defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores. Vid. STC 198/2005, f.j. 5°.

²⁴² Por STC 73/1984, f.j. 1°, el TCE utiliza el concepto “colectivo”, pero en STC 185/2003, f.j. 6°, recurre a la noción “funcional”, los que, a la luz del contenido dado por el TCE, son expresiones sinónimas.

²⁴³ STC 72/1986, f.j. 1°.

económicos y sociales que les son propios”²⁴⁴, a través de “medios lícitos y sin debidas injerencias de terceros”²⁴⁵. En definitiva, por medio de este concepto extenso se garantiza “un ámbito esencial de libertad para organizarse a través de instrumentos de actuación de la forma que consideren más adecuada a la efectividad de su acción, dentro del respeto a la Constitución y a la ley”²⁴⁶. El TCE ha reconocido esta doble significación bajo el patrocinio del modelo democrático de Estado, dentro del cual las actuaciones con miras a velar por los intereses de los sindicatos se consideran parte integrante de la concepción democrática-constitucional²⁴⁷, de modo que la libertad sindical “comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado”²⁴⁸.

Con base en esta construcción individual y colectiva de la libertad sindical, el TCE la ha definido como “el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores reconoce el art. 7 de la Constitución de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores”²⁴⁹. El núcleo mínimo e indispensable sin el cual no sería reconocible la libertad sindical (contenido esencial) está conformado por todos aquellos derechos de actividad y medios de acción que contribuyen a la ejecución de las funciones reconocidas por el art. 7 CE²⁵⁰. Ahora bien, la incorporación de algunos derechos de acción sindical al contenido esencial de la libertad sindical no conlleva la inclusión en él de toda actividad sindical relacionada. No toda prerrogativa sindical se instituirá como un límite al legislador, sino que, a un nivel infraconstitucional, el legislador podrá desarrollar este derecho / libertad, complementando el contenido esencial y disponiendo de un amplio margen para la promoción de la actividad sindical, como también para limitarla, modificarla o suprimirla, siempre que no vulnere el contenido esencial de la libertad²⁵¹.

Para el TCE este derecho / libertad está compuesto por tres elementos concurrentes e interconectados, cada uno con un valor jurídico determinado y complementario. Se trata de un derecho de triple confluencia conceptualizadora al alero de un modelo democrático donde la participación y organización de los trabajadores es un componente consustancial. El art. 28.1 CE fija el significado

²⁴⁴ STC 70/1982; STC 134/1994, f.j. 4º; STC 11/1998, f.j. 4º.

²⁴⁵ STC 94/1995, f.j. 2º; STC 127/1995, f.j. 3º; STC 121/2001, f.j. 2º

²⁴⁶ STC 185/2003, f.j. 6º; STC 198/2005, f.j. 5º.

²⁴⁷ STC 4/1983, f.j. 3º.

²⁴⁸ STC 4/1983, f.j. 3º; STC 73/1984, f.j. 1º y 4º; STC 121/2001, f.j. 2º.

²⁴⁹ STC 70/1982, f.j. 3º; STC 4/1983, f.j. 3º.

²⁵⁰ STC 173/1992, f.j. 3º; STC 121/2001, f.j. 2º.

²⁵¹ STC 173/1992, f.j. 3º.

primario y básico de este derecho / libertad, indicando cuáles son los contenidos básicos de la sindicalización (fundar sindicatos, confederaciones u organizaciones internacionales, afiliarse a éstas y no estar obligado a la afiliación). El art. 7 CE incorpora una significación genérica y flexible a la libertad sindical, precisando los objetivos generales de tales organizaciones (la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales), de manera que la actividad sindical que utilice instrumentos de acción que se encuentren dentro de las finalidades de defensa y promoción de sus intereses se entenderá como expresión del ejercicio y desarrollo de la libertad consagrada en el art. 28.1 CE. Finalmente, el art. 10.2 CE se presenta como una cláusula que permite la adecuación del sentido interno otorgado a la libertad sindical a la preceptiva internacional, expresada en los instrumentos jurídicos internacionales y en las organizaciones de igual índole conminadas a su protección.

En este esquema sistémico, las facultades que la CE reconoce a los sindicatos en los párrafos 1º y 2º del art. 37 (negociación colectiva y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo) se integran al contenido de la libertad sindical. Esta incorporación está enlazada con las actividades propias de los sindicatos, para los cuales la negociación colectiva representa el principal instrumento de acción para la defensa y promoción de sus intereses. El TCE afirma que la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, por cuanto es una “manifestación del libre ejercicio de la actividad sindical” para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales, sosteniendo que, primariamente, la libertad sindical “integra derechos de actividad de los sindicatos (negociación colectiva, promoción de conflictos), medios de acción que, por contribuir de forma primordial al desenvolvimiento de la actividad a que el sindicato es llamado por el art. 7 CE, son un núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical”²⁵². Así, en la negociación colectiva convergen las dimensiones subjetivas (perturbación o privación injustificada de medios de acción del sindicato afectado) y objetivas (sindicato en cuanto representación institucional al que constitucionalmente se reconoce la defensa de determinados intereses) de la libertad sindical²⁵³.

Toda actividad sindical que tenga por objeto la fijación de las condiciones de trabajo se entenderá parte este contenido esencial del DES de libertad, de modo que la exclusión de los sindicatos de tal intervención representa el detrimento de una de sus “funciones esenciales”. El TCE protege la negociación colectiva como derecho de los trabajadores por vía indirecta, pues una vulneración de la negociación colectiva significa la vulneración de la libertad sindical²⁵⁴. Es decir, al atribuir el constituyente el ejercicio de aquellos derechos necesarios para el cumplimiento de las funciones propias de la libertad sindical, la vulneración

²⁵² STC 105/1992, f.j. 4º.

²⁵³ STC 225/2001, f.j. 5º.

²⁵⁴ STC 73/1984, f.j. 1º.

(impedimento u obstaculización) de cualquiera de estos derechos puede constituir una trasgresión del art. 28.1 CE²⁵⁵.

La libertad sindical representa una “garantía de indemnidad” que impide todo trato diferenciado perjudicial como consecuencia de tal participación. Dicha libertad se ve menoscabada si se producen resultados perjudiciales o negativos a quien lo realiza²⁵⁶. Forma parte de la libertad sindical el derecho de los trabajadores que participan y desarrollan acciones sindicales (afiliación o actividad sindical) de no sufrir menoscabos en su situación profesional o económica en la empresa. En síntesis, obstaculizar la facultad negociadora de un sindicato conlleva la vulneración no sólo del art. 37.1 CE, sino también de la libertad sindical²⁵⁷.

Ahora bien, el TCE ha indicado que no se puede efectuar un análisis lineal, puro y simple, del art. 37.1 CE y del art. 28.1 CE, en razón de que no toda vulneración de la negociación colectiva implica una infracción de la libertad sindical, ya que la negociación colectiva no es un derecho constitucional protegible por vía de amparo, no pudiendo entenderse protegido rectilíneamente por vía del art. 28.1 CE. Lo anterior sería desconocer el significado estricto del art. 28.1 CE y el lugar ajeno al amparo que en la geografía constitucional le corresponde a la negociación colectiva. La libertad sindical únicamente regula el derecho / libertad relativo a la sindicalización, de modo que la vulneración del art. 28.1 CE por vía del art. 37.1 CE únicamente puede estar referida a esta clase de organización de trabajadores (significado estricto), excluyendo cualquier otra estructuración de los trabajadores (comité de empresa u otro). El art. 37.1 CE tiene un contenido más amplio con relación a las organizaciones de trabajadores amparadas, al referirse de manera lata a los representantes de los trabajadores en general, de forma que una vulneración del art. 37.1 CE no necesariamente representa una vulneración a la libertad sindical, de ahí la distinción jurisprudencial²⁵⁸. Sólo algunas de las lesiones inferidas al derecho a la negociación colectiva se consideran una vulneración directa de la libertad sindical: aquéllas que se dan respecto de un sindicato y que “por su entidad y trascendencia, supongan una radical y arbitraria eliminación o desconocimiento del mismo y de la autonomía colectiva”²⁵⁹.

Para la protección del derecho a la negociación colectiva como DES por vía libertad sindical, el razonamiento del TCE se ordena de manera consecuencial en los términos siguientes: a) examina las circunstancias particulares concurrentes en el caso concreto, b) determina si esas actividades son amparadas por el art.

²⁵⁵ STC 118/1983, f.j. 3º; STC 217/1988, f.j. 2º.

²⁵⁶ STC 185/2003, f.j. 6º.

²⁵⁷ STC 108/1989, f.j. 2º; STC 105/1992, f.j. 2º; STC 208/1993, f.j. 2º.

²⁵⁸ STC 118/1983, f.j. 3º. En esta sentencia el TCE no ampara por vía del art. 28.1 CE una supuesta vulneración del derecho a la negociación colectiva del comité de empresas, organización que sí se encuentra protegida por el art. 37.1 CE.

²⁵⁹ ATC 1.074/1988, f.j. 3º; STC 217/1988, f.j. 2º; STC 208/1993, f.j. 2º.

37.1 CE, es decir, si tales actividades forman parte de algún proceso vigente de negociación colectiva laboral, c) establece si las actividades de negociación colectiva son realizadas por las organizaciones sindicales, d) examina a la luz del art. 7 CE y 10.2 CE si tales actuaciones tienen por objeto la defensa y promoción de intereses económicos y sociales propios de la actividad sindical, y e) al encuadrar todo lo anterior, considera parte del contenido esencial de la libertad sindical tal actividad sindical, amparando la negociación colectiva.

8.2. La protección del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y a una vivienda digna por medio de la incorporación al contenido esencial del derecho de propiedad (función social)

El TCE protege el derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado y el derecho a una vivienda digna y adecuada (no tutelables por vía de amparo constitucional a la luz del art. 53.2 CE) por medio del contenido esencial del derecho de propiedad (art. 33 CE), que tampoco está protegido por el recurso de amparo constitucional, estructurándose entonces la tutela por la vía del recurso y cuestión de inconstitucionalidad. El derecho de propiedad se conforma por diversas aristas, que no sólo comprenden una significación subjetiva o meramente defensora de intereses individuales, sino que alcanza también un aspecto social, lo que la CE denomina “función social” de la propiedad (art. 33.2 CE). La inclusión de exigencias de tipo social en la definición del derecho de propiedad se origina en los “principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución”²⁶⁰. El TCE ha expresado que la función social de este derecho forma parte del contenido esencial del mismo, de modo que no representa un elemento externo del derecho, sino que constituye parte del núcleo mínimo indisponible por el legislador²⁶¹.

En un caso de protección del medio ambiente (STC 170/1989), el TCE indicó que la protección del medio ambiente forma parte de la significación de “función social”, siendo procedentes las limitaciones a la propiedad fundada en la tutela de este DFS²⁶². Para el TCE el proceder limitativo no tiene carácter vulneratorio del derecho, sino regulador del contenido de la propiedad, que no restringe ni desvirtúa su contenido esencial²⁶³. De igual forma, por STC 89/1994, en un caso que involucraba el derecho a la vivienda, referido a la continuidad forzosa del arrendamiento de un inmueble urbano, el TCE sostuvo que tal limitación no podía estimarse una supresión del derecho, sino una afectación de su contenido, que

²⁶⁰ STC 89/1994, f.j. 3°.

²⁶¹ STC 37/1987, f.j. 2°; STC 227/1988, f.j. 11°.

²⁶² STC 170/1989, f.j. 8°.

²⁶³ STC 227/1988, f.j. 11°.

no lo hacía ni irreconocible ni desaparecer. En este último caso, el TCE sostuvo que la limitación del derecho de propiedad estaba justificada por la protección del art. 47 CE (derecho a disfrutar de una vivienda digna) que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para ello. En síntesis, las limitaciones que puede establecer el legislador al derecho de propiedad, por vía de la función social de este derecho, no significan conculcación (vaciamiento o desfiguración) del derecho propietario, en razón de que dicha restricción tiene como sostén un derecho constitucionalmente consagrado²⁶⁴.

Las limitaciones establecidas al derecho de propiedad al amparo de la “función social” representan un problema jurídico complejo, que produce dudas concretas en torno a si tales limitaciones exceden o no el contenido constitucional de la propiedad. Las autoridades competentes deben valorar en cada caso si se ha producido vulneración a dicho límite, sin perjuicio de la facultad de revisión de los órganos judiciales²⁶⁵. Los poderes públicos pueden limitar el derecho de propiedad en razón de su “función social”, pero, tal restricción no debe menoscabar el contenido esencial del derecho, es decir, no puede “sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho”²⁶⁶.

Se observa que la garantía del contenido esencial da lugar a una doble fundamentación en apariencia contradictoria, debido a que sirve para justificar una restricción al derecho de propiedad, teniendo como soporte constitucional la “función social”, componente del núcleo mínimo indisponible, pero, de igual forma, se instituye como el límite infranqueable para cualquier limitación externa en razón de esta misma participación en el contenido esencial individual del derecho. Para la determinación de la forma y manera en que se produce la limitación al derecho de dominio, el TCE debe efectuar una ponderación entre los elementos integrantes del contenido esencial, entre el aspecto subjetivo protector de intereses individuales y la “función social”.

Para la comprensión de tal situación de conflictualidad, se estima que debe reconocerse una doble cara a la “función social”: a) como límite al legislador (parte del contenido esencial), y b) como un instrumento de adecuación de la propiedad a la Constitución social, siendo este aspecto un elemento de apertura y ajuste del derecho de propiedad al ordenamiento jurídico social y democrático. Este segundo elemento puede generar conflictos “inter contenido esencial”, es decir, entre la faceta de conciliación social y el contenido esencial de tipo subjetivo. La protección del medio ambiente o del derecho a la vivienda, como expresión del aspecto social del derecho de propiedad, puede colisionar con la

²⁶⁴ STC 89/1994, f.j. 5°.

²⁶⁵ STC 170/1989, f.j. 8°.

²⁶⁶ STC 170/1989, f.j. 8°; STC 89/1994, f.j. 3°.

parte del contenido esencial de carácter individual, debiendo el legislador y el TCE examinar en detalle y ponderar la regulación con el objeto de que la protección del DES no infrinja mayormente el contenido esencial global o conjunto del derecho de propiedad, permitiendo conjuntamente la protección del DFS y el aspecto individual subjetivo, aunque este último esté sujeto a límites producto de la ponderación.

III. EL MODELO JURISPRUDENCIAL CHILENO DE TUTELA DE LOS DES

1. Introducción

La CPR consagra un catálogo de DDFD en su art. 19, en el que se encuentran diferentes categorías de derechos, ya sean derechos de libertad, de prestación, complejos, civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, aunque la preferencia del constituyente recayó en los derechos civiles de libertad²⁶⁷. Estos derechos gozan de un *status* especial en el ordenamiento al estar reunidos en un solo capítulo (Capítulo III), sujeto a garantías regulatorias generales (reserva de ley, reforma constitucional con un quórum particular y garantía del contenido esencial) y específicas para determinados derechos (quórum especiales y tutela directa)²⁶⁸.

En el marco de esta estructuración general, los DES se presentan tanto como derechos de libertad como de prestación o complejos, poseyendo idéntica posición y jerarquía jurídica que el resto de los derechos, en la medida en que la CPR no contempla elementos diferenciadores sustanciales entre tales tipologías. La única diferencia en el armazón constitucional es la tutela directa o reforzada de que determinados derechos de libertad de conformidad con el art. 20 CPR, en el cual se incluyen ciertos DES, como la libertad de elegir el sistema de

²⁶⁷ La Constitución consagra el derecho a la vida (art. 19 N° 1), la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2), la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, referida a la tutela judicial efectiva (art. 19 N° 3), el respeto y protección de la vida privada (art. 19 N° 4), la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (art. 19 N° 5), la libertad de conciencia (art. 19 N° 6), el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (art. 19 N° 7), el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8), el derecho a la protección de la salud (art. 19 N° 9), el derecho a la educación (art. 19 N° 10), la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11), la libertad de opinión e información (art. 19 N° 12), el derecho de reunión (art. 19 N° 13), el derecho de petición (art. 19 N° 14), el derecho de asociación (art. 19 N° 15), la libertad de trabajo y su protección (art. 19 N° 16), el derecho a la negociación colectiva (art. 19 N° 16, inciso 5°), el derecho a la huelga (art. 19 N° 16, inciso 6°), el derecho a la seguridad social (art. 19 N° 18), el derecho a la libre sindicación (art. 19 N° 19), el derecho a la igual repartición de los tributos (art. 19 N° 20), el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19 N° 21), el derecho a la no discriminación en materia económica por parte del Estado (art. 19 N° 22), la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (art. 19 N° 23), el derecho de propiedad (art. 19 N° 24), la libertad de creación y difusión artística y el derecho de autor (art. 19 N° 25), el derecho a la propiedad industrial sobre patentes de invención (art. 19 N° 25, inciso 3°), y una garantía institucional de no vulnerar el contenido esencial de los derechos constitucionales, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (art. 19 N° 26).

²⁶⁸ Se debe tener en consideración que, como se indicará posteriormente, el catálogo de derechos fundamentales no se reduce a los numerales del art. 19 CPR, sino que se extiende a otros derechos dispuestos expresamente en el texto constitucional o anexados a éste por la vía del derecho internacional.

salud (público o privado), la libertad de enseñanza, la libertad de trabajo y la no prohibición de realizar actividad laboral alguna, el derecho de sindicación y un derecho complejo (de libertad y prestación) como es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

En este contexto general, los TSJ han estructurado la protección de los DES de la siguiente manera:

a) La ordenación del art. 20 CPR como un “*armazón institucional-estructural de tutela*”. Esta norma establece dos tipos de presupuestos que configuran la protección de los DFS: “presupuestos de concurrencia esencial-determinantes” constituidos por la ilegalidad y la arbitrariedad²⁶⁹, y “presupuestos de concurrencia no determinantes”, referidos a la privación, perturbación y amenaza del derecho. El amparo de los DES está concentrado en el primer grupo de presupuestos, en razón de que para los TSJ basta con la concurrencia de este grupo (en particular la ilegalidad) para acoger o desestimar la protección. La referencia al segundo grupo de presupuestos es meramente nominal y consecuencia del examen previo, lo que conduce a una desvirtuación del modelo, que altera especialmente el principio de supremacía constitucional y la consideración normativa de la CPR, al fijar como parámetro de control la ley regulatoria de los DFS y no a la normativa constitucional, alterando el objeto de control de tales derechos.

b) Un mecanismo de “*protección directa*” de algunos DES de libertad. Bajo el armazón antes descrito, la jurisprudencia ha otorgado su amparo a aquellos derechos que gozan de tutela reforzada de conformidad con el art. 20 CPR: el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8), el derecho a elegir el sistema de salud (art. 19 N° 9, inciso final), la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11), la libertad de trabajo, su libre elección y la no prohibición de éstos (art. 19 N° 16, incisos 1° y 4°) y el derecho a sindicarse libremente (art. 19 N° 19), disponiendo su protección según los criterios generales de amparo del resto de los DDFF.

c) Los mecanismos de protección “*indirecta*” de algunos DES. Dentro del mismo canon constitucional de tutela (art. 20 CPR) los tribunales han prescrito el amparo de algunos DES por vía colateral, ya sea por “conexión” o “incorporación”, por tres vías indirectas:

aa) El derecho de propiedad. El establecimiento de un derecho dominical en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, corporales o incorporales, ha permitido la tutela de diversos DES (medio ambiente, derecho a la salud, derecho a la educación, libertad de enseñanza, derecho al trabajo, libertad de trabajo, derecho a huelga y derecho a la seguridad social), principalmente ligados a las

²⁶⁹ Hasta la última reforma constitucional contenida en la Ley N° 20.050 de 2005, el derecho social a vivir en un medio ambiente libre de contaminación tenía como requisitos de concurrencia copulativa la “ilegalidad y arbitrariedad”. En la actualidad rige el criterio general de la ilegalidad o arbitrariedad.

relaciones privadas contractuales, reconociendo para ello la propiedad sobre diversos elementos integradores de dicha relación;

bb) El principio de igualdad. La construcción jurídica de la igualdad y la prohibición de discriminaciones arbitrarias ha permitido a los TSJ proteger en algunos casos ciertos DES (medio ambiente, educación, derecho a huelga y seguridad social), cuando el accionar vulnerador consiste en diferenciaciones injustificadas o carentes de razón (discriminación arbitraria) o cuando el fundamento de un trato normativo diferenciado incurre en igual carencia legitimadora;

cc) El derecho a la vida. En forma particular el derecho constitucional a la protección de la salud ha sido amparado en ciertas oportunidades por incorporación, integrando el contenido constitucional de este derecho al contenido esencial del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, reconociendo que determinadas situaciones que afectan la salud alcanzan la vida de los sujetos.

El modelo chileno de protección es un modelo difuso y de efectos jurídicos no siempre uniformes. La tutela de los DDFP no recae directamente en el Tribunal Constitucional, sino que en los TSJ (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema), los cuales, de conformidad al art. 20 CPR, deben conocer de las vulneraciones a los DDFP expresamente mencionados en caso de producirse una acción u omisión ilegal o arbitraria que produzca privación, perturbación o amenaza de tales derechos. La heterogeneidad jurídica se funda en esta multiplicidad de órganos llamados a conocer de las vulneraciones de los DES y el efecto relativo de las sentencias judiciales. Las sentencias únicamente tienen fuerza obligatoria para los asuntos concretos de que conocen los TSJ (no existencia del precedente, aunque las sentencias de la Corte Suprema cumplan dicha función), dificultando la uniformidad de los criterios jurisprudenciales. No obstante lo anterior, este trabajo tiende a uniformar las principales vías de tutela de los DES.

De igual manera, el modelo chileno es un modelo dinámico y no social. Es dinámico al extender los TSJ la protección de los DES a derechos no expresamente protegidos en forma reforzada, ampliando el espectro de DES tutelados más allá de lo indicado en el art. 20 CPR, vinculando la tutela por vía indirecta con otros DDFP que si gozan de tal amparo directo. Esta protección se lleva a cabo por medio de la protección por conexión entre un DES no tutelado y otros DDFP sí tutelados directamente o por incorporación del contenido esencial. El carácter no social se observa en la argumentación jurídica esbozada en el amparo de los DES, al invocarse somera y débilmente la necesidad de una construcción social y jurídica igualitaria. Más aún, el amparo de los DES se ordena desde una mera expectativa individual de conformidad a criterios privatistas (por ejemplo, sistema privado de salud y educación) ajenos a la lógica iusfundamental, protegiendo a la parte relativamente más fuerte de la relación jurídica (por ejemplo, los empresarios). Así, la lógica jurisprudencia podríamos considerarla como pre-social, pues su modo discursivo y argumentativo no responde a los parámetros propios de un razonamiento tutelador de los DES.

De esta forma y como se acreditará en las siguientes páginas, la tutela reforzada de algunos DES de libertad (que excluye a la mayoría de los enunciados normativos consagradores de DES, tanto de libertad como prestacionales), la incorrecta aplicación jurisprudencial de mecanismos de protección directa (art. 20), el carácter eminentemente privatista-individualista (por ende no social) del principal mecanismo indirecto de amparo (derecho de propiedad) y la escasa protección otorgada por vía del principio igualitario y del derecho a la vida, hacen del modelo chileno de tutela un modelo “débil” y con precariedad estructural manifiesta.

En el presente capítulo se realiza primero una revisión y análisis, desde una perspectiva teórica doctrinal, de los DDFE en la CPR, situando la posición y valor jurídico de los DES. Luego se desarrolla de manera explicativa el modelo de protección constitucional chileno, particularizando cada uno de sus elementos componentes y dando cuenta de su configuración concreta.

2. La estructuración de los DDFE en la CPR

El art. 19 CPR establece el núcleo central de los DDFE, cuyo enunciado inicial reza “la Constitución asegura a todas las personas”, frase que recoge una tendencia mayoritaria en la doctrina chilena, que sitúa el análisis constitucional desde una perspectiva *iusnaturalista*, otorgando a los derechos un carácter de derechos reconocidos debido a su existencia anterior y superior al ordenamiento jurídico positivo²⁷⁰. El origen y fundamento de tal visión obedece a concepciones personales de los académicos chilenos y a la postura predominante de los miembros de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, designada por la Junta de Gobierno en 1973 para tales fines. La palabra “asegura” tiene por finalidad representar esta existencia anterior de los derechos, considerada por la Comisión más representativa de dicha significación que la palabra “reconoce”, e imponer una obligación de respeto de tales derechos a la institucionalidad positiva²⁷¹.

²⁷⁰ En esta postura doctrinal se encuentran CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, T. II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2003; EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, T. I, 3º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004; GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime, según ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo, ACHURRA GONZÁLEZ, Marcela, DUSSAILLANT BALBONTÍN, Patricio, *Derecho político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 1995; HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Panorama de los derechos humanos*, Andrés Bello, Santiago 1973; VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, T. I, 2º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002.

²⁷¹ EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, cit., p. 26; VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA, NOGUEIRA ALCALÁ, cit., p. 192 y s. Estos autores expresan en su texto: “En lo referente a la voz asegura, que ya empleaba la Constitución de 1925, se estimó conveniente mantenerla después de un debate en que se propuso reemplazarla por la expresión ‘reconoce’. Se llegó a la conclusión de que el término ‘asegura’ expresaba

A partir de dicha enunciación se enumeran los DDFF en un catálogo heterogéneo que se extiende a las diversas categorías de derechos. Ahora bien, la construcción del bloque de DDFF no se reduce al art. 19 CPR, sino que comprende DDFF ubicados en otros artículos de la norma fundamental y a los Derechos Humanos contenidos en los tratados internacionales de conformidad a lo dispuesto en el art. 5° CPR, lo que vigoriza sustancialmente el bloque.

Los DDFF no son absolutos. La CPR establece a un nivel general y en forma específica para determinados derechos ciertas limitaciones a su contenido constitucional, siendo el desarrollo legislativo el principal elemento de restricción de éstos. La ley regula a un nivel infraconstitucional el contenido de los derechos, reduciendo la regulación del derecho a los criterios del legislador democrático, juicios que deben conciliarse con el parámetro constitucional de manera de no vulnerar el núcleo esencial de éstos.

Junto a ello, la regulación de los DDFF ha generado en cierta parte de la doctrina chilena una tendencia a establecer una jerarquía de DDFF, de suerte que, frente a una posible colisión de derechos, la solución para el juez radica en la distinción piramidal de los derechos. Así, los elementos característicos del sistema de derechos son la no taxatividad del catálogo del art. 19 CPR, el carácter limitado de los derechos y una supuesta jerarquía de los mismos.

a) Catalogo no taxativo. El bloque chileno tiene un carácter amplio, no reduciéndose al contenido del Capítulo III de la CPR. Para la cimentación y análisis certero del bloque de DDFF se debe realizar un análisis armónico de la CPR. Junto a los derechos del art. 19 CPR, otras disposiciones constitucionales instauran DDFF. El art. 1° inciso 5° CPR establece el derecho de todas las personas a participar en forma igualitaria en la vida nacional y el art. 13 CPR consagra los derechos políticos de sufragio y de optar a cargos de elección popular. A lo anterior se suma lo dispuesto en el art. 5° inciso 2° CPR que dispone:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Bajo el amparo de este artículo, que forma parte del Capítulo I denominado “Bases de la Institucionalidad”, se entienden incorporados al ordenamiento constitucional los Derechos Humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adquiriendo los derechos contenidos en tales documentos jerarquía o rango constitucional. Se ha sostenido doctrinariamente que los tratados internacionales tienen jerarquía constitucional

mejor el espíritu de la Comisión, que ha querido destacar especialmente que estos derechos son innatos y anteriores a cualquier ordenamiento jurídico (Sesión N° 87, pp. 6 a 8)”.

pero no una aplicación igualitaria a los DDFF. Se distingue entre esta jerarquía y la aplicación del contenido de los tratados, ejecutándose los derechos de origen externo de forma subsidiaria, luego del agotamiento del ordenamiento jurídico interno, concurriendo, en consecuencia con rango complementario o coadyuvante²⁷². Este planteamiento es contradictorio, pues al otorgar a los derechos contenidos en los tratados igual rango o jerarquía que los derechos consagrados en la CPR, todos éstos se sitúan en un plano de igualdad jurídica constitucional. Se debe efectuar la aplicación de dichos derechos con un criterio igualitarista, al no existir razones de orden constitucional que autoricen diferenciar entre ellos, de manera que la invocación de un derecho externo en sede nacional no puede estar sujeta a restricciones sin sustento normativo.

Una Constitución puede contener normas que establezcan distinciones entre los derechos consagrados a nivel interno y externo, disponer reglas de adecuación que permitan la aplicación de ambos niveles de derechos²⁷³, o no establecer disposición alguna en ese sentido. La Constitución chilena contiene como regla de incorporación de las normas internacionales al orden interno lo establecido en el art. 5° CPR antes transcrito, es decir, con rango constitucional, por lo que no es dable establecer distinciones a dicha jerarquía o regulación en la aplicación de tales derechos de origen externo bajo cánones no constitucionales. Al incorporarse al texto con rango constitucional los catálogos foráneos, éstos deben ser analizados y aplicados bajo los parámetros de los derechos constitucionales.

Al no existir una regla que distinga entre el *status* jurídico de los derechos internos y el de los externos, la jerarquía constitucional está determinada por la naturaleza de la materia que contienen los tratados internacionales, y éstos, al normar Derechos Humanos, deben introducirse al ordenamiento jurídico chileno con un rango equivalente al de las normas sobre DDFF al regular materias

²⁷² CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, cit., p. 49 y s. Este autor sostiene que la fundamentación de esta incorporación tiene un triple origen, de carácter natural, positivo y humanista secular, de manera que su justificación del carácter amplio del catálogo chileno se funda en las principales posiciones jurídico-ideológicas. Indica que la amplitud del catálogo chileno está radicada en que los derechos esenciales de la naturaleza son tantos como aquéllos que ésta revela a la inteligencia. La razón positiva radica en el art. 5° inciso 2° CPR, norma que incorpora al ordenamiento jurídico interno los derechos, deberes y garantías fundamentales contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Finalmente, el carácter extenso de los DDFF se funda en el descubrimiento de derechos que permiten el “progreso y el desarrollo de la humanidad”, debiendo ser reconocidos y protegidos con el objeto de elevar la “calidad espiritual y material de la vida”. Vid. EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, cit., p. 23; VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA, NOGUEIRA ALCALÁ, cit., p. 194.

²⁷³ En el caso español, el art. 10.2 CE dispone que las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

análogas (Constitución material). De lo contrario existirían normas de rango constitucional con diferente aplicación por razones extra constitucionales²⁷⁴.

Además, es el propio art. 5° el que sitúa en igualdad de condiciones jerárquicas a estos derechos, fijando primero una regla general que establece como límite de la soberanía los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana “cualquiera sea su origen”, para luego disponer un mandato imperativo a los poderes públicos de “respeto y promoción” de las normas de DDDFF garantizadas expresamente tanto por la CPR como por los tratados. Al establecer el constituyente una norma igualitaria entre tales derechos no es dable atribuir distinciones que la norma fundamental no instituye.

Ahora bien, de todos modos es necesario diferenciar para fines aplicativos entre aquellos derechos contenidos en los tratados con consagración constitucional equivalente (por ejemplo el derecho a la salud está consagrado tanto en el art. 19 N° 9 CPR y en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y derechos sin tal consagración (por ejemplo, el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda, dispuesto en el art. 11.1 del Pacto). Los derechos sin consagración constitucional se pueden invocar y aplicar directamente por el hecho de su incorporación vía art. 5° CPR, debiendo los tribunales chilenos aplicarlos conforme a sus propios razonamientos de lógica y hermenéutica constitucional, con expresa consideración y sin contradicción con lo dispuesto por los organismos y tribunales internacionales. Respecto de los derechos con consagración constitucional interna se debe desarrollar una labor de conciliación y adecuación entre los derechos de igualdad temática, llevando a cabo una labor interpretativa que permita la aplicación no contradictoria de los textos y lograr una aplicación expansiva y la más favorable a los DDDFF de conformidad acon los diversas normas consagradoras.

b) Límite a los derechos constitucionales. Un límite a los DDDFF es una restricción al derecho desde una posición externa, que impide el ejercicio de alguno de los comportamientos dables de acuerdo con el objeto del DF²⁷⁵. Esta limitación tiene un doble sentido: reduce o priva de protección a un DF y faculta al poder público para actuar sobre éste, caracterizándose dicha limitación por su carácter externo, la protección sobre el objeto del DF y la necesidad de que la CPR habilite al poder público para restringir los derechos²⁷⁶.

²⁷⁴ En este mismo sentido, vid. CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del art. 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma”, *Ius et Praxis*, Vol. 9 N° 1, 2003. Disponible en Internet: <http://www.scielo.cl/scielo/>; VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA, NOGUEIRA ALCALÁ, cit., p. 123.

²⁷⁵ AA. VV., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit., p. 120.

²⁷⁶ *Ibid.*

En el ordenamiento constitucional chileno podemos distinguir dos tipos de limitaciones: a) limitaciones contenidas en el propio DF (internas) y b) limitaciones externas al derecho dispuestas por el ordenamiento constitucional. La primera de las restricciones se da en la mayoría de los DDF, los cuales en sus enunciados explicitan ciertas limitaciones de las que pueden ser objeto, erigiéndose el legislador en el primer ente limitador en el ejercicio absoluto del derecho, al ser el órgano llamado a ejecutar o desarrollar su contenido. De igual modo, la CPR dispone de otros límites internos de los DDF referidos a determinados bienes jurídicos. Así, por ejemplo, la libertad de conciencia, de manifestación de todas las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos están limitados en cuanto condicionados a que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público (art. 19 N° 6 CPR), en tanto que la libertad de enseñanza tiene como límite la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional (art. 19 N° 11, inciso 2° CPR)²⁷⁷.

Por su parte, las restricciones externas a los derechos se vinculan con situaciones internas o externas de conflictualidad político-social que facultan a la autoridad para decretar estados de excepción constitucional (Estado de asamblea o de guerra, de sitio, de emergencia y de catástrofe)²⁷⁸, suspendiendo el ejercicio de los derechos²⁷⁹.

²⁷⁷ Respecto de la libertad de enseñanza, la jurisprudencia ha confirmado estas limitaciones no legales, expresando: “ha de regir en todo su vigor el principio de que la libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”. Vid. SCAA de La Serena Rol N° 17353/1993.

²⁷⁸ Los Estados de excepción constitucional están regulados en los arts. 39 a 45 CPR.

²⁷⁹ En este sentido, CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, cit., p. 58 y s., señala que los DDF encuentran límites vinculados a la situación político-social-institucional del país, de manera que las restricciones a los DDF serán más o menos extensas según exista una situación de normalidad o anormalidad política o social. En este sentido reconoce dos tipos de límites: a) habituales y b) extraordinarios. Los habituales son aquellas restricciones “cotidianas u ordinarias, inherentes al ejercicio del derecho, aplicables durante la vida normal o corriente del Estado Nación”, que los sujetos titulares soportan en su vida cotidiana, sin que signifique una situación de anormalidad o crisis político-institucional. Tales límites habituales se encuentran contenidos en los enunciados jurídicos de cada derecho que consagra el art. 19 CPR, los cuales junto con consagrar el derecho, indican las limitaciones “corrientes” a las cuales éstos están sujetos. Las limitaciones extraordinarias de los DDF se dan en situaciones institucionales de conflicto o crisis (nacional o internacional), las cuales justifican la restricción (Estados de asamblea o de guerra, de sitio, de emergencia y de catástrofe). EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, cit., p. 27, indica que en torno a las limitaciones se reconocen las propias de cada derecho constitucional (por ejemplo el art. 19 N° 6 CPR fija como límite de la libertad de conciencia, creencia y cultos la moral, las buenas costumbres o el orden público), y limitaciones “propias de los estados de excepción constitucional” (estados de asamblea, de sitio, de emergencia y de catástrofe). VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA, NOGUEIRA ALCALÁ, cit., p. 194 y s., expresan que el catálogo de derechos constitucionales está sujeto a limitaciones referidas al respeto de los derechos de terceras personas y a la defensa de determinados bienes jurídicos de “mayor entidad” (la moral, el orden público, las buenas costumbres, la seguridad nacional y la seguridad del Estado), y el respeto a las normas legales que los regulen. Finalmente

Los límites internos de los derechos, como es, por ejemplo, la moral, no se corresponden con la teoría moderna de los DDDFF en un Estado democrático. Estas limitaciones terminan dependiendo de posiciones subjetivas, de las concepciones éticas o ideológicas del sujeto llamado a restringir el derecho (juez), pudiendo éste establecer diferencias entre las personas de acuerdo con sus concepciones personales o circunstanciales. La fijación de parámetros constitucionales subjetivos puede conducir a situaciones de colisión entre lo regulado por el legislador democrático y el criterio jurisprudencial, pudiendo primar este último, con la consiguiente vulneración de la soberanía nacional radicada en sus representantes indirectos, erosionando así el régimen político.

c) *¿Jerarquía entre los derechos?*. Parte de la doctrina chilena entiende que existe una jerarquía geográfica de los derechos constitucionales. A su juicio una interpretación correcta de tales preceptos iusfundamentales debe tener como elemento formulador inicial su desigual posición conformadora. El origen de esta postura doctrinal radica en la Comisión de Estudios (Sesión N° 84), instancia que planteó la ordenación de los derechos en el nuevo texto de acuerdo con un criterio jerárquico, estableciendo una construcción descendente a partir del derecho a la vida, las igualdades y las libertades²⁸⁰. Se reconocen derechos más importantes que otros y diferencias de niveles que fijan cómo se debe resolver una potencial colisión entre los derechos, debiendo primar el derecho de mayor nivel jerárquico. La doctrina ha estimado que los derechos de este nivel superior serían los derechos de libertad como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, la libertad de conciencia, la seguridad personal, es decir, los derechos vinculados al constitucionalismo originario que tuvo por lógica el reconocimiento de determinados derechos naturales²⁸¹. Variantes atenuadas de esta tesis indican que primero se debe tratar de lograr una conciliación entre los derechos en colisión, pero que en caso de no prosperar ésta se debe invocar un argumento jerárquico, sobre la base de que existen derechos que gozan de primacía jurídica²⁸².

indican que el ejercicio de los derechos se puede suspender o restringir transitoriamente por determinadas circunstancias de excepción (guerra externa, estado de asamblea, etc.).

²⁸⁰ VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA, NOGUEIRA ALCALÁ, cit., p. 197.

²⁸¹ GUZMÁN ERRÁZURIZ según ROJAS SÁNCHEZ, ACHURRA GONZÁLEZ, DUSSAILLANT BALBONTÍN, cit., p. 152. Guzmán Errázuriz sostiene la existencia de niveles entre derechos, y que dentro de cada nivel también se pueden llevar a cabo distinciones jerárquicas, expresando: “Por eso aclaro que no se trata de establecer una escala jerárquica rígida entre los derechos, sino admitir que los diversos niveles de cada uno de ellos son susceptibles de una evaluación jerárquica, de acuerdo a cada circunstancia y conforme a la virtud de la prudencia o buen juicio”.

²⁸² CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, cit., p. 66. Este autor indica que la jerarquía de los DDDFF ubica en forma decreciente el derecho a la vida y a la integridad personal, el derecho a la intimidad y al honor, de información y reunión, y concluye con el “orden público económico” (libre iniciativa empresarial, libre apropiabilidad de bienes y derecho de propiedad), indicando que la configuración del art. 19 CPR sigue tal criterio jerárquico.

Tal criterio interpretativo es erróneo. Si bien es cierto que el establecimiento de una jerarquía entre los bienes jurídicos que conforman los distintos DDDFF es un mecanismo teórico aceptado en materia de DDDFF, lo que implica la estructuración del sistema de derechos bajo un armazón piramidal, con posiciones de mayor o menor valor según el criterio jerárquico, se debe tener presente que la adopción de este tipo de fórmulas para la resolución de conflictos por colisión de derechos no puede ser arbitraria o fundada en criterios extra constitucionales, sino que debe ser sostenida en la norma fundamental. Es decir, la preferencia entre derechos debe estar contemplada por la Constitución o derivarse de ella. En el primer caso no hay mayor complicación, por cuanto no existe colisión entre bienes jurídicos, ya que el órgano jurisdiccional sólo debe aplicar en el caso concreto la regla que dispone el criterio piramidal. La complejidad se da, sin embargo, al analizar el segundo presupuesto (que la jerarquía se derive de la Constitución), puesto que procederá establecer la jerarquía con base a criterios materiales o sustanciales protegidos con relación a individuos, la comunidad o el Estado, criterios que deben estar comprendidos en el texto constitucional, pudiendo el juez invocarlos como elementos diferenciadores²⁸³.

La doctrina chilena favorable a la jerarquía geográfica de los derechos no invoca ninguna de las dos condiciones exigidas para la procedencia de una ponderación de base piramidal. La Constitución chilena no fija en ningún artículo una primacía o preferencia de determinados derechos, ni tampoco hay normas que permitan interpretar desde una perspectiva social-contextual una alineación piramidal entre bienes jurídicos. Además, el razonamiento fundado en los criterios de la Comisión de Estudios sobre una ordenación geográfica de los derechos constitucionales sólo puede tener una explicación en la ordenación del trabajo del poder constituyente autocrático o de una ordenación jerárquica incompleta y contradictoria, pero no en la ordenación estructural, global y uniforme de los DDDFF, ya que, como se examinará posteriormente en este capítulo, el art. 19 CPR no responde a ningún criterio ordenador preferencial²⁸⁴.

Además, la invocación de la Comisión constituyente autocrática colisiona directamente con el principio democrático vigente desde fines de 1989 y comienzos de 1990 (elecciones presidenciales y parlamentarias libres y el inicio del período

²⁸³ GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, cit., pp. 290-292.

²⁸⁴ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, "Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile", *Revista de Derecho Público*, N° 63, T. I, 2001, p. 185 y s., expresa esta crítica a la ordenación geográfico-jerárquica de la Constitución chilena, desvirtuando la postura de Cea Egaña, en los siguientes términos: "Desde luego, el orden de las disposiciones del art. 19 de la Constitución vigente no calza con la propuesta del profesor Cea, que no reconoce en su jerarquía el lugar de las igualdades y otros derechos que con gran esfuerzo, quizá sólo podemos incluir en la vaga noción de orden público económico. Asimismo, revisadas las fuentes respectivas, ni los Pactos Internacionales más relevantes ni los documentos donde constan las discusiones de la Constitución en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución muestran un acuerdo que demuestre la existencia de la jerarquía de derechos que nos propone para nuestra adopción el profesor Cea".

democrático), debiendo desestimarse su autoridad, pues existe un conflicto entre un constituyente originario autocrático y uno democrático a partir de la reforma constitucional aprobada por plebiscito en 1989 y las subsiguientes enmiendas al texto fundamental. Ante esta colisión de poderes constituyentes, debe primar el principio democrático (art. 4 CPR), dejando de lado y sin valor jurídico el criterio de la Comisión al estar fundado en cánones autoritarios. Las normas constitucionales nunca modificadas deben interpretarse de acuerdo con otras reglas hermenéuticas, compatibles con un Estado de Derecho democrático.

En la misma línea argumentativa se presenta como un claro elemento desvirtuador de la jerarquía descendente la tutela directa de los DDFP mediante el amparo reforzado del art. 20 CPR, que no está vinculado al mencionado criterio, ya que protege derechos y libertades de diversos numerales del art. 19, sin distinción piramidal.

Al no distinguir la CPR entre derechos de mayor o menor nivel, se estima que el criterio interpretativo ante una colisión de DDFP se debe ajustar a la tendencia predominante en el constitucionalismo contemporáneo y aplicar la denominada “teoría multifuncional” utilizada por diversos tribunales constitucionales (Alemania, España). Esta teoría plantea que frente a una colisión de derechos la labor hermenéutica debe “hacer compatible los valores, bienes y DDFP que pueden incidir, de forma simultánea, en un sustento” a través de un trabajo de ponderación entre los DDFP²⁸⁵. Sostiene que se debe conferir la “máxima efectividad que permitan las circunstancias del caso concreto” a los derechos colisionados, buscando el punto de equilibrio entre éstos. Para ello se debe cumplir con tres exigencias: a) un análisis cuidadoso del caso con el objeto de encontrar dónde se ubica la colisión y si ésta realmente existe, puesto que puede ocurrir que no sea necesaria la ponderación producto de un buen examen, b) ante una colisión real, se debe determinar qué derecho es más digno de protección en el caso concreto, utilizando dos criterios: la determinación del grado de afectación de los valores en juego (referido al contenido esencial) y el rango normativo (aunque esto no es absoluto), y c) el resultado de la ponderación no será necesariamente de primacía absoluta de un derecho u otro, sino que se debe determinar según el caso concreto hasta dónde se optimizan los derechos, equilibrando los valores opuestos (proporcionalidad)²⁸⁶.

Ahora bien, puede ocurrir que enmarcados dentro de las reglas de la ponderación existan derechos que generalmente obtengan una ponderación favorable con respecto a otros derechos con los que colisionan, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la vida. La configuración primaria de este derecho fundado en un núcleo básico estructurado como todo o nada (derecho a la existencia vs. la

²⁸⁵ Para una revisión de la teoría multifuncional, Vid. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., pp. 302-305.

²⁸⁶ DIEZ-PICAZO, cit., pp. 51-54.

privación de la vida), lleva a que en cada caso particular se requiera un máximo de cuidado en la ponderación. Su ponderación variará de conformidad con la mayor o menor intensidad de la protección que cada ordenamiento le confiera a este derecho.

Lo anterior lleva a desvirtuar cualquier interpretación jerárquica entre los derechos, pues un razonamiento objetivo y fundado en criterios constitucionales no permite ningún discernimiento piramidal entre los derechos, debido a que un raciocinio de este tipo tendría como fundamento criterios subjetivos, extra jurídico-constitucionales y no democráticos.

3. La posición y el valor jurídico de los DES

La doctrina chilena no ha tenido la discusión en torno a la fundamentalidad de los derechos como objeto principal de su análisis. Más aún, es difícil encontrar referencia expresa a dicho problema constitucional²⁸⁷. Esta ausencia de estudio podría ser explicada, a priori y con carácter abstracto, por al menos dos razones: la no existencia de conflictualidad en torno a qué debemos entender por DDFE al gozar todos los derechos del art. 19 CPR del mismo carácter iusfundamental o, por el contrario, que sólo algunos de tales derechos responden a la calidad de fundamentales y no hay dudas al respecto. Lo cierto es que los principales autores relevantes en materia de DDFE utilizan indistintamente cuatro vocablos: derechos constitucionales (denominación que les otorga la propia Constitución al titular al Capítulo III “De los derechos y deberes constitucionales”), garantías constitucionales, Derechos Humanos y DDFE. Se les ha otorgado una similitud de significado y alcance, ya sea refiriéndose tanto a derechos de libertad como a derechos de prestación, sean civiles, políticos o sociales, económicos y culturales²⁸⁸. A lo anterior debemos añadir la posición de las Cortes de Apelaciones,

²⁸⁷ La única referencia, aunque indirecta, la encontramos en el pensamiento de Jaime Guzmán Errázuriz, quien analizando la Declaración Universal de Derechos Humanos, efectúa una crítica a dicho texto por incorporar junto a los derechos que emanan de la naturaleza humana y que constituyen propiamente derechos (derechos de libertad), “pretensiones o aspiraciones sociales”, dependientes de la capacidad económica de las sociedades particulares y cuyo cumplimiento no puede exigirse ante los tribunales de justicia (DESC). En esta línea, expresa el autor: “Pienso que llamar derecho a lo que son aspiraciones – muy legítimas, nobles y justas -, pero que no siempre se pueden satisfacer aunque haya la mejor voluntad de realizarlo, presenta el riesgo de que todo Estado y todo gobierno sea acusado por ello de no respetar los derechos humanos, privando entonces al juicio de todo valor efectivo o práctico. Además, al equiparar lo que cada persona puede disfrutar por el simple hecho de que nadie se lo entorpezca, con aquello que sólo se alcanzará según el grado de desarrollo de cada país, se introducen distorsiones que, en definitiva, conspiran contra la defensa eficaz de los derechos humanos propiamente tales”. Vid. GUZMÁN ERRÁZURIZ según ROJAS SÁNCHEZ, ACHURRA GONZÁLEZ, DUSSAILLANT BALBONTÍN, cit., p. 148.

²⁸⁸ CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, T. II, cit.; EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, cit.; GÓMEZ BERNALES, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Universidad Diego Portales, Santiago 2005; NOGUEIRA ALCALÁ,

órganos llamados a tutelar en primera instancia los DDFE en el ordenamiento chileno, las que han utilizado la denominación DDFE para referirse a los derechos constitucionales, cualquiera sea su naturaleza²⁸⁹.

En este contexto de no conflictualidad aparente, cabe efectuar un razonamiento de carácter explicativo del estatuto constitucional de los DDFE, con énfasis particularizado en los DFS. Se estima que todos los derechos constitucionales tienen el carácter de fundamental. La situación jurídica de los DES no difiere de las otras categorías de derechos al no existir razones formales ni materiales que nos conduzcan a esbozar un criterio diferente de clasificación, pudiendo hablar en consecuencia de DFS. Para efectuar el examen de fundamentalidad analizaremos los distintos elementos regulatorios normados en el texto constitucional que llevan a la asimilación entre constitucionalidad y fundamentalidad de los derechos. Estos elementos son la geografía del art. 19 CPR, la reserva de ley, la garantía del contenido esencial de los DDFE, la protección reforzada de los derechos y la reforma de los DDFE.

3.1. El art. 19 CPR: ubicación y geografía

La primera asimilación entre derechos constitucionales y DDFE se desprende de la simple ordenación de los derechos, ya que el constituyente radicó la mayoría de los derechos constitucionales en un capítulo particular (Capítulo III: “De los derechos y deberes constitucionales”), sin distinguir en su interior entre derechos pertenecientes a distintas categorías de derechos. Al no establecerse

Humberto y CUMPLIDO Cereceda, Francisco, *Instituciones políticas y teoría constitucional*, Editorial Universidad de Talca, Talca 2001; VERDUGO MARINKOVIC, FEFFER URQUIAGA, NOGUEIRA ALCALÁ, cit.

²⁸⁹ A modo ejemplar podemos mencionar: SCAA de Valparaíso Rol N° 251/2001 (derecho a la igualdad ante la ley); SCAA de Santiago Rol N° 4743/2003 (derecho al honor); SCAA de Santiago Rol N° 2180/2004 (derecho a desarrollar cualquier actividad económica); SCAA de Puerto Montt Rol N° 3725/2002 (derecho de propiedad); SCAA de San Miguel Rol N° 223/1996 (Libertad de trabajo); SCAA de Antofagasta Rol N° 12301/2000 (derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado); SCAA de Valdivia Rol N° 215/2004 (derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado) y SCAA de Santiago Rol N° 3421/2002 que expresó, en un caso sobre negociación colectiva, los presupuestos de procedencia del Recurso de amparo, indicando: “12°. Que por consiguiente, es menester la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) que se trate de un acto u omisión ilegal o bien arbitrario; b) que agrave a un sujeto ya sea como perturbación, privación o amenaza y c) que recaiga en el ejercicio legítimo de un *derecho fundamental* que el constituyente protege a través de este especial medio”. Esta transcripción es explicativa, pues la letra c) manifiesta la extensión de la fundamentalidad al realizar una distinción entre los derechos fundamentales protegidos y derechos fundamentales no protegidos, expresando que el recurso procede si el DF supuestamente vulnerado está amparado por el mecanismo constitucional de tutela, reconociendo que pueden concurrir supuestos en que los derechos fundamentales no estén protegidos por dicho instrumento de tutela, que es lo que ocurre con la negociación colectiva de conformidad con el art. 20 inciso 1° CPR.

constitucionalmente una diferencia de este tipo se debe concluir la igualdad posicional y valórica entre los derechos constitucionales.

Igualmente, la configuración geográfica de los derechos contemplados en dicho capítulo es heterogénea. No obstante seguir ciertos lineamientos generales, encontramos excepciones en esta construcción que alteran y desacreditan una ordenación sujeta a parámetros preconcebidos, desvirtuando las posiciones que buscan establecer una jerarquía de carácter descendente entre los derechos.

Estableciendo como criterio de prueba que los DDDFF pueden estar estructurados según la clásica clasificación entre civiles, políticos y económicos sociales y culturales, no es posible afirmar una jerarquía de ese tipo. A los derechos civiles establecidos en los primeros numerales, como el derecho a la vida (art. 19 N° 1), la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2), la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (art. 19 N° 3), el derecho a la vida privada y a la honra (art. 19 N° 4), la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (art. 19 N° 5), la libertad de conciencia (art. 19 N° 6), el derecho a la libertad personal (art. 19 N° 7), les siguen los DES del medio ambiente descontaminado, el derecho a la protección de la salud (art. 19 N° 9), el derecho a la educación (art. 19 N° 10), la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11), para luego volver a los derechos civiles con alcance político como son la libertad de emitir opinión e información (art. 19 N° 12), el derecho de reunión (art. 19 N° 13), el derecho de petición (art. 19 N° 14), el derecho de asociación (art. 19 N° 15), y luego continúa con DES como la libertad de trabajo, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a huelga (art. 19 N° 16), el derecho a la seguridad social (art. 19 N° 18) y el derecho a la libre sindicación (art. 19 N° 19). Entre los numerales 20 y 25 se consagran derechos económicos con énfasis en la libertad individual pro mercado (derecho a la igual repartición de los tributos, derecho a desarrollar cualquier actividad económica, derecho a un trato no discriminatorio por parte del Estado en materia económica, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, el derecho de propiedad sobre cosas corporales e incorpóras y el derecho de autor y de propiedad industrial). El art. 19 N° 25 consagra también un derecho cultural representado por la “libertad de crear y difundir las artes”, pero enfocado en una perspectiva dominical.

Tampoco se puede sostener desde un punto de vista geográfico una distinción entre derechos de libertad y de prestación, al no existir, tal como se señalaba precedentemente, una línea constitucional uniforme en ese sentido. Por el contrario, unos y otros se entremezclan en el art. 19 CPR. Así, y a modo ejemplar, al derecho a la vida sigue el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de prestación por cuanto es el Estado el que debe garantizar un sistema judicial imparcial. Los DFS como la salud o la educación se incorporan como derechos prestacionales pero con facetas de libertad en sus enunciados (por ejemplo el derecho a elegir el sistema de salud – público o privado -, o la libertad de enseñanza o el derecho de elegir el establecimiento educación). De igual manera, no es posible afirmar

una ordenación fundada en aspectos sustanciales o materiales, ya que ni la CPR ni los antecedentes constitucionales otorgan herramientas para apreciar una ordenación completa del art. 19 CPR en ese sentido.

3.2. Reserva de ley

La relación entre la ley y los DDFF ofrece dos perspectivas: una positiva y otra negativa. La positiva dice relación con el reconocimiento de la relevancia constitucional de los DDFF, que se expresa al radicarse el desarrollo de su contenido en una norma de alto nivel jerárquico. De este modo la ley se erige en una garantía de protección de los DDFF al imposibilitarse que la normativa infralegal regule esta materia (reserva de ley). Esta garantía positiva se confirma con la rigidez constitucional de la regulación legal de los DDFF, al establecerse procedimientos particulares para su aprobación, modificación o derogación y la sujeción a un determinado quórum²⁹⁰. Junto con lo anterior, la regulación por ley de los DDFF responde al criterio democrático, pues la relevancia material de los DDFF al regular las relaciones entre los sujetos y el Estado debe ser discutida y sujeta a los criterios de ponderación reflexiva del Congreso Nacional, única instancia que recoge y canaliza los acuerdos sociales básicos para la vida en común.

Desde la perspectiva negativa, la reserva de ley se asienta como un límite o restricción a los DDFF. El contenido general y vago de los enunciados constitucionales se ve restringido por el desarrollo y la regulación legal. En el contexto de complejidad social actual se reconoce que los DDFF tienen que ser interpretados de conformidad con toda la Constitución (principio de unidad constitucional), dando razón a la necesidad de una regulación del legislador en la conformación y limitación de los derechos en su aspecto social²⁹¹. Frente a esta situación dialéctica entre los DDFF y la reserva de ley generalmente se establecen límites a esta actividad limitadora del legislador, como es la garantía del contenido esencial de los DDFF.

La CPR no consagra la reserva de ley en materia de DDFF en forma expresa a un nivel general, al no enunciar palmariamente que todos los DDFF del art. 19 CPR deberán ser desarrollados por el legislador, sino que se extrae de determinados numerales particulares del art. 63 CPR, por ejemplo, las materias que en virtud de la Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales (N° 1), o las que la Constitución exige que deben ser reguladas por ley (N°2). La mayoría de los enunciados normativo referidos a DDFF hacen una remisión a la ley para su desarrollo, exceptuándose de esta regla únicamente el derecho al respeto y protección de la vida privada y la honra de las persona y de su familia

²⁹⁰ DIEZ-PICAZO, cit., pp. 99-106.

²⁹¹ GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, cit., p. 139.

(art. 19 N° 4), el derecho de reunión (art. 19 N° 13) y el derecho de petición (art. 19 N° 14). De igual modo, el desarrollo legislativo se extrae particularmente del N° 20 del art. 63 CPR, que regula las materias de ley disponiendo que lo es “toda otra norma de carácter general y obligatorio que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”, con lo cual se establece una “norma general tácita de reserva” (aunque al ser los DDFC Constitución material no se podría calificar de tácita).

La CPR somete la regulación legislativa de los DDFC a tres tipos de leyes: ley ordinaria, ley de quórum calificado y ley orgánica constitucional²⁹². Se deben aprobar por ley de quórum calificado el establecimiento de la pena de muerte como excepción al derecho a la vida (19 N° 1 inciso 3°), la libertad de opinión e información (art. 19 N° 12), las normas sobre seguridad social (art. 19 N° 18), el derecho del Estado y sus organismos de participar en la actividad económica (art. 19 N° 21 inciso 2°) y los límites o requisitos a la adquisición del dominio (art. 19 N° 23 inciso 2°). Asimismo, requieren ley orgánica constitucional la fijación de los requisitos mínimos que deben exigirse en los distintos niveles de enseñanza (art. 19 N° 11), la regulación de los partidos políticos (art. 19 N° 15 inciso 5°) y las concesiones mineras (art. 19 N° 24 inciso 7°). El resto de los derechos y libertades fundamentales se desarrollan por ley ordinaria o simple.

La regulación constitucional y la fijación de determinados quórum nos muestra que la exigencia de acuerdos políticos mayores no está referida a criterios formales o vinculados a alguna clasificación o categoría particular de derechos, sino que se establece bajo patrones de sustancialidad, exigiéndose consensos más amplios en sede legislativa en aquellas materias que para el constituyente tienen una relevancia social particular, como es la pena de muerte, la educación, la propiedad o la seguridad social. Lo anterior permite desvirtuar cualquier razonamiento tendiente a calificar la fundamentalidad de los derechos conforme a criterios estrictos de quórum, pues la exigencia de quórum altos con diversidad temática (derechos civiles, sociales, políticos referidos a derechos de libertad o de prestación) desacreditan el establecimiento de preferencias de alguna categoría sobre otra.

3.3. La garantía del contenido esencial de los DDFC

Como se ha indicado en el Capítulo II de esta investigación, la garantía del contenido esencial constituye un límite a la actividad desarrollada por el legislador (límite a los límites). En el contexto limitativo de los DDFC que representa

²⁹² El art. 66 CPR consagra los tipos de ley y su quórum, distinguiendo entre leyes interpretativas (3/5 de los diputados y senadores en ejercicio), leyes orgánicas constitucionales (4/7 de diputados y senadores en ejercicio), leyes de quórum calificado (mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio), leyes comunes (mayoría de los miembros presentes en cada cámara).

el desarrollo legislativo, se entiende que tal labor regulatoria debe respetar el núcleo fundamental o indisponible de los derechos por expresa disposición del constituyente, estándole vedado vulnerar o alterar dicho núcleo fundamental. Corresponde a la jurisprudencia determinar cuál es el contenido esencial de los derechos más allá de los enunciados y determinar si el legislador ha transgredido dicho contenido constitucional indisponible.

La CPR contiene la garantía del contenido esencial en su art.19 N° 26, consagrando

“la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, *no podrán afectar los derechos en su esencia*, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Este numeral constituye una cláusula de protección de los derechos establecidos en dicho articulado²⁹³. El constituyente reconoce dos elementos en dicho inciso: por una parte la existencia de un núcleo fundamental e indisponible que el legislador democrático debe respetar y, por la otra, que en aquello que no constituye el contenido esencial se debe evitar entorpecer el libre ejercicio de los derechos imponiendo “requisitos de ejercicio, de condiciones de cualquier naturaleza o de tributos”²⁹⁴.

Lo anterior tiene determinadas consecuencias, siendo la primera y más obvia que los derechos consagrados a nivel constitucional tienen un contenido esencial, de modo que al analizarse un derecho constitucional debe distinguirse entre el contenido que conforma su núcleo infranqueable y aquél que no lo constituye, cuestión relevante al momento de examinar las posibles vulneraciones o transgresiones a los derechos. Cada derecho constitucional tiene un contenido infranqueable, pero esta sustancia indisponible está compuesta por diversos elementos concurrentes que dicen relación con los contenidos constitucionales expresados en los enunciados de cada derecho. Los diversos enunciados normativos que regulan un derecho constituyen también contenido esencial y el examen conjunto de los contenidos esenciales de los diversos enunciados que conforman el derecho constituirán el contenido esencial global del derecho constitucional concreto. Cuando la jurisprudencia analiza el contenido esencial de un derecho generalmente razona en torno al contenido esencial de determinados enunciados normativos invocados, no sobre el contenido global esencial de un derecho, aunque esto último también es posible.

El deber de respeto al contenido esencial se estructura como una garantía institucional de protección del contenido constitucional de los DDFF. Junto

²⁹³ VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA, NOGUEIRA ALCALÁ, cit., p. 194.

²⁹⁴ EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, cit., p. 26 y s.

con el valor jurídico de los derechos como normas constitucionales de carácter material que les otorga el art. 7° CPR al establecer el principio de supremacía constitucional y la dimensión objetiva o efecto de irradiación a todo el ordenamiento de las normas sobre DDFF, la CPR dispone una cláusula protectora del contenido constitucional de cada uno de los derechos consagrados, amparando los derechos ante posibles transgresiones del poder legislativo.

A lo anterior se suma que, de acuerdo con el art. 19 N° 26 CPR, el deber de respeto al contenido esencial es una garantía general para todos los derechos que conforman el bloque de DDFF, y no sólo para algunos como ocurre en el caso español, de modo que los DES quedan en una situación de igualdad en cuanto a su oponibilidad ante el legislador. Este elemento identifica los derechos constitucionales y DDFF en la confirmación de su igual estructura constitucional.

3.4. La protección reforzada de los derechos

Al igual que la CE, la CPR establece instrumentos de tutela reforzada para algunos DDFF. La CPR dispone dos vías de protección de los derechos constitucionales: el recurso de protección, que ampara a una cantidad mayor de derechos y libertades (incluye el recurso de amparo económico para tutelar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica) y el recurso de amparo (*habeas corpus*) que protege la libertad personal. El recurso de protección, regulado en el art. 20 CPR²⁹⁵, representa el principal mecanismo de tutela de los DDFF frente a acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que priven de ellos, los perturben o amenacen. Busca el restablecimiento de la situación jurídica alterada²⁹⁶ mediante la adopción de las providencias necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurar su protección²⁹⁷. La jurisprudencia ha señalado que la naturaleza jurídica de este recurso es más bien de una acción de naturaleza cautelar cuyo objeto es amparar el libre ejercicio de los derechos y garantías enumerados en

²⁹⁵ Los derechos y libertades amparados por el recurso de protección son los siguientes: derecho a la vida y sus manifestaciones, igualdad ante la ley, garantía procesal en cuanto a que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, libertad de conciencia, derecho a la protección de la salud en lo que respecta a la libertad de elegir el sistema de salud, sea público o privado, libertad de enseñanza, libertad de opinión e información, derecho de reunión, derecho de asociación, libertad de trabajo en cuanto a su libre elección y libertad de contratación y en lo referente a la restricción de los trabajos prohibidos, derecho de sindicación, libertad económica y no discriminación del Estado en materia económica, libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, derecho de propiedad, derecho de propiedad intelectual e industrial y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

²⁹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentales o esenciales en Chile: evolución y contenido*, Universidad de Talca, Talca 2000, p. 25.

²⁹⁷ ZUÑIGA URBINA, Francisco y PERRAMONT SÁNCHEZ, Alfonso, *Acciones constitucionales*, LexisNexis, Santiago 2003, p. 74.

el art. 20 CPR, “mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio”²⁹⁸.

No todos los derechos constitucionales están amparados por esta vía directa de protección reforzada, pues el constituyente originario, por razones de índole económica, excluyó del amparo a aquellos derechos de contenido económico y social de carácter prestacional, estimando que su inclusión generarían presiones y obligaciones que el Estado podría no estar en condiciones de cumplir, buscando más bien proteger aquellos derechos cuya vulneración fuera “fácilmente subsanable”²⁹⁹. De este modo los derechos incluidos en el art. 20 CPR son mayoritariamente derechos clásicos de libertad, incluyendo determinados DES de libertad (libre elección del sistema de salud – público o privado -, libertad de enseñanza, libertad de trabajo, derecho a su libre elección y contratación, la no prohibición de ningún tipo de trabajo y la libre sindicación) y el derecho complejo que representa el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (libertad / prestación).

La perspectiva histórica anterior es significativa, pues revela que la tutela reforzada dista de ser un criterio de fundamentalidad diferenciador entre derechos, ya que la distinción entre derechos tutelados y derechos no tutelados no se basa en una supuesta supremacía de unos sobre otros o en un distinto *status* jurídico, sino sólo en razones político-económicas y en un juicio de inmediatez protectora. El elemento económico como factor de discriminación para la tutela reforzada representa un elemento común estructural de diversos ordenamientos jurídico-constitucionales (también, por ejemplo, en España), mostrando cómo la racionalidad política interviene en la configuración jurídica de los DDFF. De este modo se reconoce – tal como se planteó en el Capítulo I - que para la consagración a nivel constitucional de los derechos y para su tutela se debe efectuar un análisis desde una perspectiva política, ya que la tutela reforzada está sujeta a factores extra-jurídicos, específicamente a decisiones que el sujeto político constituyente adopta en razón de diversas motivaciones ideológicas o político-prácticas.

La inclusión casi exclusiva de derechos de libertad por razones de eficiencia protectora no se nos presenta como un factor de diferenciación en la calidad jurídica entre los DES y el resto de derechos constitucionales, pues éstos en su versión de libertad están amparados por el recurso y no es sostenible fijar como elemento de diferenciación un criterio de economía en la protección, de amparo inmediato, por cuanto éste es un elemento práctico variable en el funcionamiento concreto de la protección jurisdiccional, no vinculado a la estructura y sustancia

²⁹⁸ SCS Rol N° 2132/2002; SCS Rol N° 1117/2002.

²⁹⁹ VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA, NOGUEIRA ALCALÁ, cit., p. 342.

jurídica de los derechos, accesorio o externo a éstos. Los derechos tienen una mayor o menor intensidad de cumplimiento por decisión del constituyente o por la estructuración del aparato público estatal, pero no por el contenido del derecho.

3.5. La reforma de los DDFF

Finalmente, para la reforma de la Constitución en materia de DDFF el art. 127 inciso 2° CPR prevé un procedimiento calificado de reforma para todos los derechos previstos en el Capítulo III. Por regla general la CPR puede ser reformada con la concurrencia de 3/5 de los votos de diputados y senadores en ejercicio. Como excepción la norma fundamental establece que ciertos capítulos de la misma requieren para su reforma de las 2/3 partes de los diputados y senadores en ejercicio, incluyendo en tal grupo de reforma el Capítulo III sobre derechos y deberes constitucionales. El texto constitucional no establece distinguos entre los diferentes derechos que conforman el art. 19 CPR, homologando también por esta vía los derechos, de modo que tampoco desde esta perspectiva se puede vislumbrar algún elemento diferenciador entre los DES y el resto de derechos.

En conclusión, la CPR utiliza un criterio de asimilación entre derechos constitucionales y DDFF, no estableciendo diferencias entre los DFS y el resto de los derechos consagrados, de manera que se puede concluir que todos los derechos constitucionales tiene el carácter de fundamentales. Esta homogeneidad de trato se concluye a partir del examen particularizado de la geografía constitucional del art. 19 CPR, de la reserva de ley, de la garantía del contenido esencial de los DDFF, de la protección reforzada de algunos derechos y de la reforma constitucional de los DDFF.

Únicamente se pueden visualizar como factores diferenciales la tutela reforzada de algunos derechos de libertad y el quórum mayor para el desarrollo o regulación de ciertos derechos. El primer elemento diferenciador responde a motivaciones extraestructurales de los derechos (eficiencia práctica o de índole económica), cuestiones que exceden a las categorías propiamente constitucionales al responder finalmente a razones propias del sujeto político. En lo que respecta al segundo elemento mencionado, las diferenciaciones de quórum responden a parámetros sustanciales relacionados con derechos de diversas categorías, que no coinciden plenamente con los criterios para otorgar tutela reforzada.

4. El modelo de protección chileno: el armazón institucional-estructural de tutela del art. 20 CPR

El modelo jurisprudencial chileno de protección de DES se ordena, al igual que el español, por medio de una tutela directa y otra indirecta. La tutela directa

está vinculada a aquellos DFS que gozan de amparo reforzado de conformidad con el art. 20 CPR³⁰⁰, y la indirecta está referida a aquellos mecanismos o vías jurídicas utilizadas por la jurisprudencia para brindar protección a ciertos DES que no se encuentran entre aquellos que el art. 20 CPR protege especialmente.

La tutela directa se da de conformidad con las reglas generales de amparo de cualquier DF allí considerado. Para la protección indirecta, los TSJ han amparado algunos DES por “conexión” con ciertos derechos clásicos de libertad civil, principalmente por la vía del derecho de propiedad, como también a través del principio de igualdad ante la ley y, como segunda vía, por “incorporación” del contenido esencial del derecho a la protección de la salud al contenido esencial del derecho a la vida.

Pero para comprender esta tutela se debe tener presente que el amparo de los DFS está determinada por un elemento institucional-estructural, pues su ordenación y aplicación se encuentra sujeta a lo dispuesto en el art. 20 CPR. Para la protección de los DFS se debe distinguir entre el “armazón de tutela institucional-estructural”, constituido por los presupuestos dispuestos en el art. 20 CPR para la concurrencia de la protección, y la protección concreta, directa o indirecta, de los derechos que se realiza teniendo como eje dicho parámetro institucional-estructural. El estudio correcto de la tutela de los DES exige irremediablemente efectuar un análisis conjunto del mecanismo de tutela y del amparo mismo de los derechos.

El modelo chileno considera los presupuestos que deben concurrir para la procedencia de la acción de protección de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20 CPR, requisitos que constituyen una barrera jurídica de contención a la procedencia del amparo y al examen directo de los DFS, ya que la jurisprudencia debe examinar en forma conjunta la concurrencia de tales presupuestos, en vez de proceder exclusivamente al análisis particular del derecho supuestamente vulnerado. La CPR exige tres presupuestos copulativos: a) la concurrencia de una acción u omisión, b) que ésta sea ilegal o arbitraria y c) que produzca una privación, perturbación o amenaza de algunos de los derechos o garantías (entendidos como sinónimos) expresamente tutelados³⁰¹.

³⁰⁰ La CPR incluye DES principalmente de libertad como el derecho a un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8), la libertad de elegir el sistema público o privado de salud (art. 19 N° 9 inciso final), la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11), la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección, a la libre contratación, a la no prohibición de trabajos y a la no obligatoriedad de afiliación para el ejercicio del algún trabajo (art. 19 N° 16) y el derecho a la libre sindicación (art. 19 N° 19).

³⁰¹ El art. 20 CPR expresa en la primera parte: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías...”. La exigencia de concurrencia de tales presupuestos ha sido confirmada por la jurisprudencia en reiteradas oportunidades, entre otras: SCS Rol N° 3241/2004, c.j. 2°; SCS Rol N° 2712/2004, c.j. 2°; SCS Rol N° 4734/2003, c.j. 2°; SCS Rol N° 2132/2002, c.j. 2°; SCS Rol N° 1117/2002, c.j. 2°; SCAA de Coyhaique Rol N° 37/2000, c.j. 14; SCAA de

Los TSJ fijan como parámetro para el examen de constitucionalidad (objeto de control) en caso de vulneración de DES el art. 20 CPR y no sólo los derechos constitucionales previstos en el art. 19 CPR, haciendo girar todo el proceso de tutela en torno a los presupuestos complejos del art. 20 CPR. El elemento sustancial del razonamiento jurisprudencial se estructura en torno a la concurrencia de dichos presupuestos constitucionales, en particular del requisito de ilegalidad, lo que implica un cambio o giro en el objeto del control de constitucionalidad³⁰², desde los enunciados jurídicos de los derechos constitucionales a los enunciados formales del art. 20 CPR.

Unido a lo anterior, y complicando más el panorama, al interior del art. 20 CPR la jurisprudencia ha distinguido dos tipos de presupuestos: los que denominamos “presupuestos de concurrencia esencial-determinantes” de la vulneración o no vulneración de un DFS, y los “presupuestos de concurrencia consecuencial-no determinantes” de tal situación. La distinción, basada en su diversa intensidad e importancia para el funcionamiento del mecanismo, debilita la protección de los DES. Los TSJ distinguen entre una acción u omisión ilegal y arbitraria como primer presupuesto de apreciación y relevancia, y la privación, vulneración o amenaza de los DES como segundo presupuesto, enfocando su examen casi exclusivamente en el primero de éstos.

Ante un acto u omisión potencialmente vulnerador de los DES, los tribunales analizan si concurre la ilegalidad o arbitrariedad o su contrario (legalidad y no arbitrariedad), estimando como suficiente para la procedencia o improcedencia del recurso este examen inicial, haciendo concurrir el segundo grupo de presupuestos de manera consecuencial, automática y meramente nominal, sin necesidad de comprobar la existencia en el caso concreto de la vulneración. Es decir, el existir ilegalidad o arbitrariedad hay vulneración de los DES o viceversa. Profundizando lo anterior, en reiterados casos los TSJ han fijado como parámetro de control la normativa reglamentaria (principalmente en materia educacional y laboral), de modo que estiman la vulneración o no de un derecho de acuerdo con el nivel de sujeción de las acciones a dicha normativa infralegal, realizando una interpretación extensiva del requisito de legalidad³⁰³.

Rancagua Rol N° 764/1993, c.j. 2°; SCAA de Santiago Rol N° 1012/2003, c.j. 1°; SCAA de Santiago Rol N° 230/2002, c.j. 3°; SCAA de Santiago Rol N° 6351/2000, c.j. 3°; SCAA de Santiago Rol N° 4458/2000, c.j. 5°; SCAA de Santiago Rol N° 1162/1998, c.j. 1°; SCAA de Santiago Rol N° 2134/1993, c.j. 7°.

³⁰² Se entiende por objeto de control de los derechos fundamentales los enunciados jurídicos que desarrollan los derechos fundamentales en una determinada constitución. Vid. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, cit., cap. II.

³⁰³ En este sentido GÓMEZ BERNALES, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, cit., p. 59 y s., sostiene que las SCAA tienen una “baja densidad constitucional”. Expresa que en un número menor de casos las Cortes analizan la legalidad del acto y la lesión del derecho constitucional y que en un número significativo sólo se trata la ilegalidad y nada se dice sobre la vulneración del derecho. En estos casos se cita o parafrasea el derecho con

Lo que hace la jurisprudencia es utilizar como parámetro el art. 20 CPR, y en particular el primer grupo de presupuestos, de modo que en estricto rigor se realiza un examen de constitucionalidad errado (por la incorrecta aplicación del art. 20 CPR). Al concentrar el examen en los presupuestos de concurrencia “esencial-determinantes”, y en particular en la legalidad, los TSJ no están llevando a cabo un control de constitucionalidad de la ley en materia de DDFF, puesto que basta con que la situación se ajuste a la legalidad vigente para estimar no vulnerado un DFS.

Esto conduce a que en la práctica los TSJ vulneren o pongan en una precariedad manifiesta el principio de primacía constitucional, siendo la ley y no los DDFF el parámetro para el objeto de control. Los TSJ han equiparado legalidad y constitucionalidad, focalizando el análisis sobre una potencial vulneración en la normativa legal aplicable y no en la norma constitucional, cuestión que imposibilita en sí misma el control de legalidad, puesto que al existir equiparación no hay posibilidad de control (precariedad jerárquica de las normas de DFS).

Como consecuencia de lo anterior, y junto con la precariedad normativa de las normas constitucionales, el accionar jurisprudencial ha llevado a que los DFS carezcan de un contenido constitucional. La manera en que se ha aplicado el art. 20 CPR ha impedido en la práctica que los DES tengan tal contenido. La sujeción a sólo una parte del art. 20 CPR conlleva la debilidad constitucional de todo el modelo de tutela de DES. Éste funciona de modo incompleto (no procedencia efectiva de los presupuestos de privación, perturbación o amenaza de un DFS) y bajo un canon no iusfundamental, representando sólo un protomodelo de tutela. En síntesis, del accionar de las Cortes se concluye que hay una negación de constitucionalidad de los DFS.

Esta configuración da cuenta de dos cosas: la parcial y errónea aplicación que las Cortes hacen del contenido del art. 20 CPR, en razón de que su examen se encuentra enfocado sólo en el primer grupo de presupuestos, y de lo imperfecto o defectuoso que es el mecanismo constitucional de tutela de los DDFF, pues al exigir la acreditación de la ilegalidad o arbitrariedad, la normativa constitucional desvía la atención de la jurisprudencia de lo que es realmente importante, que es la vulneración del DF, de manera que los presupuestos esencial-determinantes

escasa argumentación constitucional. Para Gómez la explicación podría tener una doble vertiente: que la ilegalidad o arbitrariedad es suficiente para las CAP y por tanto su accionar se reduce a un control de legalidad o que simplemente hay prácticas interpretativas arraigadas y los actores advierten que hay involucrado un derecho en la sentencia. El autor visualiza correctamente el problema pero concluye erradamente, pues más que una “baja densidad constitucional” lo que hacen las Cortes, como se acreditará en esta investigación, es atentar contra el principio de primacía constitucional al negarle contenido constitucional a los DFS y cambiar el objeto de control de los DDFF, desde los derechos fundamentales propiamente tales a los presupuestos formales del art. 20 CPR. Es decir, el actuar de las Cortes es más grave que una simple “baja densidad”, porque representa una “negación de constitucionalidad” de los DDFF.

no hacen más que impedir el conocimiento de una potencial vulneración de un DFS y su reparación (que es precisamente el objeto de la instauración de un mecanismo de tutela de DDF).

5. La protección concreta de los DES de conformidad con el armazón institucional-estructural de tutela

La utilización del canon de constitucionalidad dispuesto en el art. 20 CPR no sería problemática si la aplicación de los presupuestos del art. 20 CPR fuera efectiva y completa, pero, como se indicó, lo cierto es que los TSJ efectúan sólo un examen del primer grupo de presupuestos. Esto impide que frente a una supuesta trasgresión del DES se pueda determinar con certeza si existió o no vulneración, debido a que los TSJ no entrarán a conocer de la infracción del DES (segundo grupo de presupuestos), sino que se sujetarán a la concurrencia de tales requisitos primarios.

Desde la perspectiva de los DES, el problema radica en que el razonamiento de los TSJ no parte “desde” el DFS, sino desde la formalidad de los “presupuestos de concurrencia esencial-determinantes”. Esto se debe a que ante una acción u omisión potencialmente vulneradora los TSJ no establecen primero el contenido constitucional del derecho en conflicto, para luego decretar si las acciones u omisiones en examen vulneran o no el derecho constitucionalmente consagrado, sino que su razonamiento es el inverso: verifican primero el cumplimiento de los presupuestos de ilegalidad y arbitrariedad para luego decidir sobre esa base parcial³⁰⁴.

La construcción jurisprudencial opera con cierta lógica consecuencialista desde dos perspectivas. En los casos en que se invoca la ilegalidad y arbitrariedad para determinar el amparo, los TSJ establecen una consecuencialidad de significados entre ilegalidad y arbitrariedad o viceversa, de manera que en ciertos casos resuelven que concurriendo la ilegalidad el acto será de igual manera arbitrario o, en caso de considerar el acto legal, se entenderá la no concurrencia de arbitrariedad. Para los TSJ no es necesaria la concurrencia de la arbitrariedad, ya que la legalidad o ilegalidad del acto determina la arbitrariedad o no arbitrariedad

³⁰⁴ Del total de sentencias estudiadas (158) únicamente 15 no razonan en torno al primer nivel de análisis, sea porque los recursos fueron desechados por falta de fundamento (8), porque no existía ley que regulara en ese tiempo la materia (v. gr. medio ambiente) (2) y, en los casos en que se analiza el derecho, hay una referencia superficial-formal de los derechos constitucionales (nominal), sin una delimitación el contenido constitucional más allá del enunciado constitucional (5). Del resto de las sentencias que fijan como canon el nivel primario, 39 sentencias recurren a ambos presupuestos (ilegalidad y arbitrariedad) de manera conjunta para su análisis, 76 recurren a la legalidad o ilegalidad como argumento exclusivo y 28 dan como fundamento principal de su sentencia, expresa o tácitamente, la concurrencia de arbitrariedad.

del mismo. Como segunda dimensión, los TSJ han estimado que acreditándose la legalidad de un acto se entiende no vulnerado el DES o, en caso contrario, probada la ilegalidad se asume la vulneración del derecho.

5.1. Primer criterio consecuencialista: la sola concurrencia de ilegalidad o legalidad para la determinación de la arbitrariedad o no arbitrariedad de una acción u omisión

Los TSJ han vinculado la arbitrariedad consecuencialmente a la ilegalidad, estimando arbitrario un acto u omisión por el hecho de contravenir la legalidad. En este sentido, y en lo concerniente a la protección directa de los DFS, la SCAA de Santiago Rol N° 3285/1994, protegió la libertad de trabajo (art. 19 N° 16 CPR) de los empresarios en contra de una resolución de la Dirección del Trabajo. La institución pública había planteado una “objeción de legalidad” con relación a la respuesta dada por la empresa Parquímetros S.A. que negaba la existencia de un proceso de negociación colectiva, por estimar que no existía relación laboral entre la empresa y los trabajadores sindicalizados. La SCAA consideró que la actuación de la Dirección era contraria a la legalidad y además arbitraria, pues la determinación de la inexistencia de un contrato de trabajo sólo puede ser resuelta por un órgano jurisdiccional, no correspondiéndole a dicho órgano del Estado acreditar tal relación por medio de un acto administrativo, de modo que la Inspección ejerció funciones ajenas a su ámbito legal al no acreditar el vínculo laboral en un “proceso previo legalmente tramitado”. La consideración de la arbitrariedad está dada porque no es posible atribuir razonabilidad a la orden dada por la Dirección a la empresa de cumplir lo dispuesto en el art. 329 del Código del Trabajo (en cuanto debe responderse por escrito “en forma de un proyecto de contrato colectivo que deberá contener todas las cláusulas de su proposición”), y entender que se aceptó la existencia de un contrato colectivo, en circunstancias que la empresa negó el vínculo laboral. La arbitrariedad se acreditó por la acción ilegal de la Dirección, la cual, al no tener competencias legales para determinar la existencia de una relación laboral, incurre consecuencialmente en una acción arbitraria. *A contrario sensu*, si la Dirección hubiese tenido competencia para fijar la existencia del vínculo laboral, seguramente la Corte hubiera considerado no arbitraria su acción³⁰⁵.

Al tutelar la libertad sindical (art. 19 N° 19 CPR), la SCAA de Santiago Rol N° 4458/2000 argumenta con la protección del derecho de sindicación de los trabajadores de una empresa. Como se verá, un examen un poco más profundo del fallo muestra que se protegió a la empresa recurrente en contra de una re-

³⁰⁵ SCAA de Santiago Rol N° 3285/1994, c.j. 2° y 5°. Utilizando igual razonamiento, y también respecto de la libertad de trabajo, SCAA de Concepción Rol N° 259/1994; SCAA de Santiago Rol N° 5926/1999; SCAA de Santiago Rol N° 1907/2000; SCAA de San Miguel Rol N° 97/1995.

solución administrativa de la Inspección del Trabajo. La mencionada empresa acudió de protección en contra una resolución que declaró “la plena personería y vigencia que asiste al sindicato, como a su comisión negociadora, manteniendo a la fecha la plena capacidad jurídica para iniciar un procedimiento de negociación colectiva con la empleadora; reconoció a los trabajadores incluidos en el anexo A de la misma su actual pertenencia al sindicato negociador y, por ende, su inclusión en el proceso respectivo; y, declaró la plena regularidad que asiste al proyecto presentado, al contener la rúbrica de todos y cada uno de los integrantes de la respectiva comisión negociadora, cumpliendo con ello la exigencia del art. 325 del Código del Trabajo”³⁰⁶. La Corte estimó que dicha resolución vulneró la normativa legal que rige la materia (arts. 303 y 315 del Código del Trabajo) y que, por tal motivo, ha quebrantado arbitrariamente el derecho de los trabajadores de la empresa a sindicarse libremente y la “voluntad que genera la facultad de renunciar al mismo”³⁰⁷.

En un caso medioambiental, la SCAA de San Miguel Rol N° 384/2004 sostuvo que la Municipalidad de Talagante vulneró la garantía del art. 19 N° 8 CPR al autorizar, sin sujetarse a lo dispuesto en la Ley N° 19.300 (necesidad de un estudio de impacto ambiental), la instalación de una cervecería y de una fábrica de galletas en un terreno destinado a actividades agrícolas, ganaderas, forestales y habitacionales. La consecuencialidad entre ilegalidad y arbitrariedad es expresada en el considerando 11°: “Que al no cumplirse los procedimientos legales sin justificación alguna, por parte del departamento de Obras Municipales, su actuación reviste el carácter de arbitraria, desde que resulta del mero capricho del ente recurrido, vulnerándose la garantía protegida en el art. 19 N° 8 de la Constitución Política de la República, esto es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, lo que llevará en definitiva a acoger esta acción como se dirá”³⁰⁸.

Con relación a la protección indirecta de los DES, la SCS Rol N° 5001/2004 en materia de negociación colectiva, afirmó que la Dirección del Trabajo contravino la legislación del trabajo y la CPR (art. 19 N° 3 inciso 4°, referido a la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales) al calificar a unos trabajadores aptos para negociar colectivamente, atribuyéndose competencias propias de los juzgados del trabajo, agregando que, como consecuencia de lo anterior, se había actuado arbitrariamente, no dando explicación alguna sobre la calificación de arbitrariedad. Expresa esta sentencia: “Quinto. Que, en este contexto, no puede sino concluirse que la recurrida se excedió del marco de sus atribuciones, pues sin desconocer que es la encargada de la resolución de las objeciones de legalidad de los referidos instrumentos, en el presente caso, procedió a interpretar normas legales y convencionales, arrogándose facultades propias y excluyentes de los juzgados

³⁰⁶ SCAA de Santiago Rol N° 4458/2000, c.j. 3°.

³⁰⁷ Ibid., c.j. 8° y 9°.

³⁰⁸ SCAA de San Miguel Rol N° 384/2004, c.j. 11°.

del trabajo, de manera que atendida la naturaleza y términos de la objeción de ilegalidad en este punto, no le correspondía emitir pronunciamiento. Sexto. Que de acuerdo a lo expuesto, fuerza es reconocer que la recurrida incurrió en un acto ilegal y arbitrario que perturba o amenaza el ejercicio de la garantía constitucional consagrada en el numeral 3° inciso 4° del art. 19 de la Carta Fundamental, pues nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por éste”.

En un caso en que se protegió por vía propietaria (art. 19 N° 24 CPR) el derecho a la seguridad social (art. 19 N° 18 CPR) la SCS Rol N° 20584/1993 concluyó que al no estar el Instituto de Normalización Previsional (INP) facultado legalmente para recalcular posterior y unilateralmente el monto fijado al bono de reconocimiento, su accionar fue ilegal y, consecuentemente, arbitrario, sin expresar en el fallo razonamiento alguno en torno a este último presupuesto. Indica la sentencia: “Undécimo. Que, en consecuencia, la acción del Instituto de Normalización Previsional al recalcular unilateralmente el Bono de Reconocimiento extendido a nombre del recurrente con posterioridad a su visación, es un acto ilegal y arbitrario y que atenta a los derechos adquiridos por el recurrente, derechos incorporados a su patrimonio y amparados por el art. 19 N° 24 de la Constitución Política de la República”³⁰⁹.

Al tutelar el derecho a la salud (art. 19 N° 9 CPR) por vía dominical, la SCAA de Santiago Rol N° 423/2005 consideró que la supresión unilateral de un contrato de salud grupal por parte de una ISAPRE, fundada en un resolución administrativa de la Superintendencia correspondiente, reviste ilegalidad, considerando que tal acto administrativo otorga un derecho que la ley no les confiere a las Instituciones de Salud Provisional. Así, expresa la sentencia: “3°. Que no es jurídicamente aceptable que una actuación administrativa, cual es la circular N° 51, otorgue un derecho que la ley no confiere, cuanto más si se trata de regulaciones del bien jurídico de la salud, cuyo rango, como inicialmente se destacó, no puede quedar sujeto a ese tipo de normación. Todavía, carece de imperio sobre un contrato previamente celebrado, una disposición sobreviniente de la Superintendencia, como la que se contiene en tal circular. Si eso no bastare, ha de considerarse que a la época de la modificación unilateral actuada por la ISAPRE, no regía la circular 51, por habérsela dejado sin efecto; 4°. Que lo recientemente acotado reviste de ilegalidad lo llevado a efecto por Colmena Golden Cross, al revocar el contrato de salud que la vincula con el doctor F.E.P.A., al tiempo que lo muestra arbitrario, en la medida en que carece de todo sustento razonable; 5°. Que de tale ilegalidad y arbitrariedad se sigue, indudablemente, directo e inmediato atentado al derecho de propiedad que asiste al demandante sobre las prerrogativas contractuales protectoras de su salud, lo que impele a la Corte a conferir el amparo que se le solicita”³¹⁰.

³⁰⁹ SCS Rol N° 20584/1993, c.j. 11°.

³¹⁰ SCAA de Santiago Rol N° 423/2005, c.j. 3°, 4° y 5°.

Protegiendo por la misma vía indirecta la salud, la SCAA de Santiago Rol N° 3645/1997 consideró que la negativa de una clínica privada a entregar una ficha clínica, no estando facultada legalmente para negar su entrega, constituye un acto arbitrario. Aquí se estableció una relación entre una acción sin fundamento legal y la arbitrariedad. Sostiene la sentencia en comentario: “6°) Que, en consecuencia, al negarse el recurrido a entregar copias de las fichas clínicas que contienen la información relativa al procedimiento de instalación del catéter en la recurrente, sin haber disposición legal que lo prohíba, ha incurrido en un acto arbitrario que, en el caso de autos reviste la mayor importancia, por cuanto se ve comprometida la salud y la integridad física y síquica de la recurrente, acto que esta Corte debe corregir a través de esta vía cautelar, restableciendo el imperio del derecho que se estima conculcado”³¹¹.

Por otro lado, se ha estimado que un acto u omisión legal adolece de arbitrariedad. Por SCS Rol N° 3330/2004, en un asunto en el cual se alegó que determinadas órdenes emanadas del Ministerio de Educación y ejecutadas por los funcionarios de dicho Ministerio, dejaron fuera del sistema escolar a niños con déficit de lenguaje, la CS estimó que, de los antecedentes acompañados al proceso, no se podía afirmar la exclusión de tales alumnos del sistema escolar y que, por el contrario, mientras no se lleve a cabo un proceso administrativo que acredite que los alumnos que tienen impedimentos para atenderse en las escuelas de lenguaje impiden al sostenedor de la escuela percibir la subvención por ellos, la autoridad no podrá establecer las medidas que establece la ley al respecto. En razón de esto, la CS valoró que los funcionarios habían actuado de conformidad a la legalidad vigente y por ende en forma no arbitraria. Expresa la Corte: “Sexto. Que, por consiguiente, en esta etapa no existe medida que esta Corte pueda adoptar, por cuanto se trata únicamente del inicio de un proceso de control, establecido en la ley y llevado a cabo por el Ministerio de Educación, quien está facultado para ello, conforme a la normativa que emana del DFL N° 2, de Educación, de 1998, conocido como Ley de Subvenciones y de su Reglamento. Séptimo. Que acorde con lo expresado, no existiendo acto arbitrario e ilegal que perturbe o amenace las garantías denunciadas por los recurrentes, la acción resulta improcedente y no hay protección que esta Corte pueda adoptar al respecto, debido a que lo pretendido escapa al marco de este recurso”³¹².

En materia medioambiental, la SCAA de Concepción Rol N° 872/2001 es precisa en esta relación directa entre legalidad y no arbitrariedad. La Corte resuelve únicamente con la concurrencia de legalidad, estimando que el acto al ser legal, no es arbitrario. Expresa la SCAA: “7. Que la doctrina ha dicho que un acto u omisión es arbitrario cuando no existe razón que lo fundamente, cuando quien actúa o se abstiene de actuar lo hace por mero capricho, sin una razón legal, lógica o, al menos, moral, que le sirva de fundamento y que justifique su

³¹¹ SCAA de Santiago Rol N° 3645/1997, c.j. 6°.

³¹² SCS Rol N° 3330/2004, c.j. 4°, 5°, 6° y 7°.

actuar u omitir. La jurisprudencia ha estimado que la arbitrariedad importa una vulneración del uso razonable con que los elementos discrecionales de un poder jurídico han de ser ejercidos. Resulta evidente que el Servicio de Salud no ha sido arbitrario, puesto que existen razones legales que le sirven de fundamento y que justifican la orden impartida y contenida en las actas de 17 de marzo de 2001”³¹³.

En una situación en la que se pretendió tutelar el derecho a la salud por la vía del derecho a la vida con relación a tres pacientes del sistema público de salud afectados por el VIH, la SCS Rol N° 3355/2001 estableció que el accionar del Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente y del Ministerio de Salud era ajustado a la legalidad y, por ende, no arbitrario. Frente a la solicitud de los recurrentes de que se les proporcionaran todos los “medicamentos indispensables para sobrevivir, de acuerdo a su especial situación médica y en conformidad a parámetros efectivamente eficaces para controlar su enfermedad y proteger su derecho a la vida de modo pleno”, la CS dispuso que el poder público no vulneró dicho derecho al existir una norma legal que fija las competencias de la autoridad sanitaria. Expresó la CS: “4°) Que lo anteriormente consignado permite a esta Corte concluir que en los tres casos planteados en autos no ha habido ilegalidad en el proceder de los recurridos, puesto que existe una ley que regla con precisión el otorgamiento de las prestaciones requeridas, como se ha expresado, por lo que está dentro de sus facultades el decidir sobre el otorgamiento de lo que se pide y tampoco ha sido arbitrario el mismo proceder, habida cuenta de lo informado por los recurridos, puesto que la aplicación de un determinado procedimiento en el presente caso, lleva precisamente a evitar la arbitrariedad que se podría producir al preferirse, eventualmente, a otros pacientes o enfermos, en mejores condiciones de salud y en desmedro de los que estén en peor estado”³¹⁴.

El razonamiento en estas sentencias responde a criterios legalistas de interpretación, pues al considerar por un lado que un acto arbitrario es uno carente de razón, ilógico, atentatorio contra la medida, ligado a actuaciones no ponderadas³¹⁵

³¹³ SCAA de Concepción Rol N° 872/2001, c.j. 7°.

³¹⁴ SCS Rol N° 3599/2001, c.j. 2 y 4°. Vid. SCS Rol N° 19883/1993; SCS Rol N° 3599/2001; SCS Rol N° 1265/2001; SCAA de Arica Rol N° 8209/2002; SCAA de Chillán Rol N° 2518/2001; SCAA de Concepción Rol N° 63/1995; SCAA de Punta Arenas Rol N° 20/2004; SCAA de Rancagua Rol N° 764/1993; SCAA de Rancagua Rol N° 2262/1999; SCAA de Santiago Rol N° 4815/1991; SCAA de Santiago Rol N° 334/2001; SCAA de Santiago Rol N° 5699/2001; SCAA de San Miguel Rol N° 192/2004; SCAA de Temuco Rol N° 1368/2004; SCAA de Temuco Rol N° 1829/2004 y SCAA de Valparaíso Rol N° 506/2002.

³¹⁵ Los TSJ han entendido la arbitrariedad como la no existencia de razones que justifiquen una actuación (SCS Rol N° 4734/2003, c.j. 7°), o “una voluntad no gobernada por la razón” (SCAA de Santiago Rol N° 1249/1994, c.j. 5°). También se ha indicado que arbitrario es “la vulneración del uso razonable con que los elementos discrecionales de un poder jurídico han de ser ejercidos” (SCAA de Santiago Rol N° 50/2004, c.j. 8°), que se relaciona con “la noción de actuaciones u omisiones que pugnan con la lógica y la recta razón contradiendo el normal comportamiento, sea de la autoridad o de los seres humanos en particular, que se

y, por otro, que la ley es claramente una norma jurídica ajena a tales elementos, un actuar legal debe ser entendido como no arbitrario y viceversa, que un proceder ilegal es un comportamiento carente de razonabilidad.

5.2. Segundo criterio consecuencialista: la sola concurrencia de los “presupuestos de concurrencia esencial-determinantes” para la determinación de la vulneración de un DFS

En lo referente a la segunda lógica consecuencialista, los TSJ han desarrollado un razonamiento de relaciones directas entre legalidad / no arbitrariedad y no vulneración de los DES. Los TSJ se dedican a establecer únicamente la concurrencia de la ilegalidad o arbitrariedad y con base en ello resuelven sobre la vulneración o no de un DF, sin analizar realmente la infracción del derecho.

Los TSJ no se pronuncian sobre el contenido constitucional, sino que sólo hacen una mención nominal del derecho en la parte resolutive. En algunos casos, como ocurre al examinarse el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se hace un análisis más o menos extenso de la normativa legal aplicable, pero no del núcleo constitucional de dicho DES. Así, la jurisprudencia ha ordenado el sistema de forma incompleta y con un enfoque exclusivamente centrado en los presupuestos de ilegalidad o arbitrariedad, lo que ha impedido el pronunciamiento o construcción de una norma de DFS más allá de los enunciados normativos del texto constitucional.

Lo correcto sería que los TSJ hicieran girar su razonamiento en torno a la vulneración o no del contenido constitucional de los DES, lo cual exige entrar a fijar el contenido de éstos. La forma en que está consagrada la norma del art. 20 CPR se impone como un límite formal a esta determinación, en la medida en que la jurisprudencia se encuentra ante la urgencia de probar primero si se actuó en forma ilegal o arbitraria y, verificado dicho examen, se entiende que existen los elementos jurídicos necesarios para estimar la procedencia o improcedencia del recurso. Se debe tener en consideración que esta forma de razonar no responde al criterio de DDFP utilizados por los TSJ, sino a un criterio legalista de interpretación de los derechos. Por ello es que la referencia al contenido de los DFS se vincula únicamente a la ley, no a la Constitución.

Los TSJ también llevan a cabo un proceso reflexivo consecuencial al considerar que un acto sujeto a la legalidad no vulnera los DES y viceversa. En torno a la primera lógica (legalidad / no arbitrariedad = no vulneración) puede mencionarse la SCS Rol N° 1265/2001, en un caso sobre negociación colectiva,

rige por principios de racionalidad, medida y meditación previa a la toma de decisiones y no por el mero capricho o veleidad, que constituiría la primera” (SCAA de Coyhaique Rol N° 37/2000, c.j. 12°), entre otras definiciones.

en el cual un empresario interpone recurso de protección contra el Inspector Comunal del Trabajo de Viña del Mar, por haber dictado una resolución en la que declara que el convenio colectivo invocado por la comisión negociadora de la empresa no reviste carácter legal. La CS es clara en el examen consecuencial entre legalidad y no vulneración del DF, al expresar que la actuación conforme a la legalidad laboral de la Dirección del Trabajo no produjo una privación, perturbación o amenaza de algún derecho constitucional (sin entrar al análisis del contenido nuclear-constitucional del derecho), por cuanto dicho órgano público no actuó como una comisión especial juzgando a la empresa, sino que ejerció la facultad legal que expresamente le encomienda el Código del Trabajo. Indica la CS: “12° Que, atendido lo reflexionado precedentemente se concluye en que no ha habido acto ilegal o arbitrario por parte de la Inspección del Trabajo que hubiere privado, perturbado o amenazado el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales que señala el recurrente. La Inspección del Trabajo no ha actuado como una comisión especial juzgando a la empresa, sino ejerció la facultad legal que expresamente le encomienda el art. 331 del Código del Trabajo”³¹⁶.

Igualmente, en materia de libertad de enseñanza, la SCAA de Valparaíso Rol N° 73/2005 sostiene que, frente al requerimiento de dejar sin efecto un acuerdo municipal tomado por el Concejo Comunal de Santo Domingo, que determinó que el traspaso de la administración de un colegio particular subvencionado, cuyo sostenedor era la Municipalidad de Santo Domingo, a una corporación de Derecho Privado mediante licitación pública, no se habría acreditado la ilegalidad o arbitrariedad de dicho proceder, de modo que no habría vulneración de la mencionada libertad educacional³¹⁷.

³¹⁶ SCS Rol N° 1265/2001, c.j. 11°, 12° y 13°. En igual línea jurisprudencial, SCAA de Puerto Montt Rol N° 4152/2003, c.j. 6° y 7° en la que se examinaba la actuación de un Inspector del Trabajo de Ancud, es claro este razonamiento de relación directa. Expresa la Corte: “Sexto. Que así las cosas, en la situación resuelta por el Inspector del Trabajo de Ancud, el recurrido actuó en el ejercicio de una facultad que la Ley Laboral le confiere, cumpliendo a la vez con su obligación de supervigilar la legalidad del proceso de negociación colectiva y especialmente con la de fiscalizar el cumplimiento de los contratos y convenios colectivos. Más aún, el art. 331 del Código del Trabajo le exigía pronunciarse sobre la controversia planteada, lo que hizo a través de la resolución 042, de 5 de diciembre de 2003, documento que contiene además los fundamentos que sirvieron de base a su decisión. Séptimo. Que, en consecuencia, al obrar el recurrido como lo hizo no vulneró ninguna de las garantías protegidas por la Constitución Política de la República ya que sólo se limitó a ejercer facultades, atribuciones y obligaciones que la ley entrega a la Dirección del Trabajo. La resolución 042 no ha dejado sin efecto ningún instrumento, sólo le ha dado una calificación distinta señalando que no reúne las características de un convenio colectivo, por lo que la conducta del Inspector del Trabajo de Ancud no resulta ser arbitraria ni ilegal. Aun más, al no existir un contrato colectivo legalmente negociado, era posible incluir otros trabajadores como lo resolvió el recurrido en la resolución 042”. Vid. SCS Rol N° 2/2002, c.j. 5°.

³¹⁷ Establece dicha sentencia: “Quinto. Que sin perjuicio de lo anterior, no se divisa de qué manera, por el hecho que la Municipalidad de Santo Domingo en su calidad de sostenedora del Colegio People Help People de Santo Domingo haya acordado el traspaso de la adminis-

En cuanto a la segunda lógica aplicada (ilegalidad / arbitrariedad = vulneración), la jurisprudencia reitera igual forma de razonar. Cabe referirse a la SCAA de Punta Arenas Rol N° 20/2004, que sostiene el accionar ilegal y arbitrario de la Intendente Regional de la Región de Magallanes, cometido en el proceso de evaluación de impacto ambiental iniciado por una empresa, al dictar una declaración de impacto ambiental que certificó que el proyecto de ésta cumplía con la normativa de carácter ambiental aplicable y no generaba ninguno de los efectos, características o circunstancias señalados en el art. 11 de la Ley N° 19.300. A juicio de la Corte, luego de estudiar en detalle la normativa legal aplicable (Ley N° 19.300), y no el contenido constitucional de este derecho, estima que la actuación de la mencionada autoridad pública trasgredió tal derecho. Manifiesta la Corte: “10°) Que de los antecedentes reseñados, aparece de manifiesto que, en la especie, resultaba del caso someter obligatoriamente el proyecto ‘Mina a cielo abierto de carbón sub-bituminoso’ al estudio de impacto ambiental a que se refiere la Ley

tración del colegio a una corporación de Derecho Privado y aprobado las bases de la licitación pública para tal efecto, haya vulnerado las garantías protegidas por la acción constitucional que fundamentaron los recursos, vale decir, las garantías contempladas en el art. 19 N°s. 11 y 24 de la Constitución Política de la República, puesto, que conforme lo dispone el art. 3° del DFL N° 2 del año 1998, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 2 del año 1996, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educativos, la calidad de sostenedor, carácter que detenta el municipio recurrido respecto del colegio en cuestión, circunstancia que no ha sido controvertida, puede transferirse en todo momento y a cualquier persona natural o jurídica, cumpliendo los requisitos que en dicha norma se consagran, estableciendo por su parte la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en su art. 8°, incisos 2° y 3° que los municipios pueden, con el fin de atender las necesidades de la comunidad local celebrar contratos que impliquen la ejecución de acciones determinadas y que de igual modo, podrán otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título, lo que debe entenderse de acuerdo con lo que dispone esa norma en inciso 1°, que esos contratos o concesiones no pueden alterar las atribuciones y funciones que corresponden a los municipios, para lo cual de acuerdo con lo dispuesto en el art. 65, letra i) de ese mismo cuerpo legal se requiere el acuerdo del concejo municipal, advirtiéndose de los antecedentes agregados al recurso, que se cumplió con este último trámite, siendo en consecuencia, las actuaciones que se le imputan a la Municipalidad de Santo Domingo, su concejo y alcalde, enmarcadas dentro de la legalidad. Sexto. Que, por otra parte, tampoco esas actuaciones resultan arbitrarias, puesto que del examen del acta de sesión del Concejo Municipal de Santo Domingo, del día 3 de febrero de 2005, en la cual se dio lectura a las bases de la licitación de la administración del Colegio People Help People aparecen claramente las razones técnico-educacionales que fundamentaron la decisión del concejo, esto es, el mejoramiento de la educación en la comuna y la falta de recursos para estimular ese mejoramiento, de donde resulta que la decisión no ha sido tomada meramente por capricho o irrazonablemente. Además, en las mencionadas bases aparecen resguardados los derechos de quienes prestan servicios en el establecimiento educacional, al disponerse en la letra h) de acápite ‘La adjudicación’ que el adjudicatario deberá contratar a todo el personal docente administrativo y auxiliar que, a la fecha de publicación de las bases, se encuentre prestando servicios en el establecimiento educacional, ya sea de planta o a contrata, reconociéndoles el tiempo servido para la municipalidad y haciéndose cargo de ellos como continuador de la gestión de ésta, manteniendo las remuneraciones, asignaciones y regalías de que gozan actualmente, ocurriendo lo propio en la letra i) respecto de las asignaciones que contempla el Título III, párrafo IV de la Ley N° 19.070”.

Nº 19.300 y no a una mera declaración en tal sentido, toda vez que, como se ha dicho, el aludido proyecto es susceptible de generar los efectos previstos en la letra b) del art. 11 de la citada ley, por lo que la recurrida, al omitir imponer tal exigencia a la S.M.O. S.A. y, por ende, dictar la resolución exenta Nº 34, de 9 de febrero último, se ha situado en un escenario de ilegalidad, consistente en la inobservancia de dicha norma. 11º) Que la arbitrariedad e ilegalidad esbozadas en los motivos anteriores acarrea como consecuencia, para los recurrentes, la afectación de su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, desde el momento en que el proyecto cuestionado amenaza dicha prerrogativa y vulnera la garantía constitucional prevista en el numerando 8 del art. 19 de la Constitución Política de la República”³¹⁸.

Por su parte, la SCAA de La Serena Rol Nº 25171/2001 y Rol Nº 25175/2001, afirmó en materia de negociación colectiva, que se debe acreditar si el accionar de la Dirección del Trabajo se ajustó o no a la legalidad. La indagación concluyó que la vulneración de la normativa laboral implica una vulneración de los derechos constitucionales. Sostiene brevemente esta Corte: “Décimo. Que establecida la ilegalidad, y concluido que con ella se infringieron los derechos que a los recurrentes otorgan los Nºs. 3 inciso 4º, 16 y 24 del art. 19 del texto constitucional, para garantizarles no ser juzgados por comisiones especiales, no celebrar contrato colectivo de trabajo con quienes niegan su relación laboral, ni ser privado de su propiedad, razón por la cual corresponde acoger los recursos de protección deducidos en autos, dejando sin efecto la resolución e instrucciones que los originan”³¹⁹.

Al tratar la libertad de enseñanza (art. 19 Nº 11 CPR), la SCS Rol Nº 763/2002, estimó que trasgredía tal libertad la decisión de un colegio privado de negar la matrícula a un alumno, por cuanto tal medida no se basó en razones legales o fundadas, ni se imputaba al menor la infracción al reglamento interno del establecimiento educacional. En razón de ello, señaló la CS: “Tercero. Que, por ende, procede acoger el presente recurso de protección, por cuanto la negativa del recurrido a renovar la matrícula del menor en cuyo favor se recurre, ha conculcado la garantía establecida en el art. 19 Nº 11 inciso cuarto de la Carta Fundamental”³²⁰.

En el campo de la libertad sindical, la CS determinó la arbitrariedad del accionar del Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena al destinar la cotización de los trabajadores a la Confederación Federación Trabajadores de la Salud Unitaria, sin exigir la acreditación, por parte de las organizaciones de base, de su desafiliación a la CONFENATS ni de su afiliación a la Confederación indicada. A juicio de la CS dicha acción es contraria a la libertad sindical (art. 19 Nº 19

³¹⁸ SCAA de Punta Arenas Rol Nº 20/2004, c.j. 5º-13º.

³¹⁹ SCAA de La Serena Rol Nº 25171/2001 y Rol Nº 25175/2001, c.j. 3º y 10º.

³²⁰ SCS Rol Nº 763/2002, c.j. 2º y 3º.

CPR). Manifiesta la CS: “Sexto. Que con su arbitraria actuación el Servicio de Salud amaga además el derecho de las asociaciones recurrentes y sus miembros, a la libre afiliación gremial, consagrado en el art. 19 N° 19 de la Constitución Política, al disponer en los hechos la entrega de los aportes gremiales a una organización que éstos no han elegido”³²¹.

Lo anterior deja ciertos corolarios de relevancia desde la perspectiva constitucional. Si se acepta el criterio de que un acto legal no es arbitrario (o viceversa) ni vulnera un DF, se está sosteniendo que un acto legal jamás puede ser inconstitucional, afirmando una equivalencia absoluta entre Constitución y ley y fijando el canon de comparación en la ley y no en el DF.

Al establecer la consecuencialidad entre legalidad y no vulneración los TSJ están dotando a la ley de carácter constitucional infranqueable, disponiendo una presunción de constitucionalidad que no admite prueba en contrario por esta vía. Los TSJ fijan una regla de equiparación entre ley y Constitución, lo cual viene a poner en entredicho ciertos principios básicos del constitucionalismo, como es el control de constitucionalidad de la ley y la primacía de la Constitución (art. 6° CPR). Con esta forma de interpretar el art. 20 CPR la jurisprudencia no ha permitido que la Constitución desarrolle su carácter normativo, ya que el parámetro de comparación en el examen no es el texto constitucional, cuestión básica en cualquier ordenamiento jurídico con base en una Constitución, sino que se le ha dado una relevancia primordial al legislador (primacía parlamentaria), razonamiento propio del constitucionalismo europeo anterior a la Segunda Guerra Mundial y ajeno completamente a la tradición constitucional norteamericana.

Lo anterior puede tener su explicación en que a través de este mecanismo de protección los TSJ no pueden declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, atribución que de conformidad con la última reforma constitucional, de agosto de 2005, corresponde al Tribunal Constitucional (art. 93 N° 6 y N° 7 CPR)³²², de modo que la consecuencia lógica de la “legalidad no discutible” sea su constitucionalidad. Al no existir posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley se entiende que es constitucional aunque vulnere algún DF.

El problema de dicho razonamiento es que impide que los TSJ se pronuncien sobre el segundo grupo de presupuestos que consagra el art. 20 CPR. Al establecer que un acto es legal y no arbitrario no se observan razones para proceder al análisis de una supuesta vulneración del DES, desechándose el recurso. Expresa en este sentido la SCS Rol N° 1420/1996: “3°. Que al no darse en la especie los presupuestos básicos para que la acción prospere, que el acto que se recurre sea

³²¹ SCS Rol N° 134/2003, c.j. 5° y 6°.

³²² Sobre la reforma al Tribunal Constitucional por la Ley N° 20.050 de agosto de 2005, Vid. ZUÑIGA URBINA, Francisco, *Reforma constitucional*, LexisNexis, Santiago, 2005, Capítulo XIII.

ilegal o arbitrario, el libelo deberá desestimarse, en consecuencia”³²³. Asimismo, la SCAA de Valdivia Rol N° 10463/2000, indica: “Duodécimo. Que al exigir la Unidad de Cobranza y Control de la Universidad Austral de Chile al recurrente el pago del arancel de matrícula por la suma de \$ 525.000, más intereses, ha dado aplicación a la resolución N° 024/96 de la Dirección de Estudios de Pregrado de la citada Universidad, por cuyo motivo no existe acto arbitrario ni menos ilegal, como se reprocha en el recurso, por cuyo motivo se hace innecesario examinar si se ha producido un atentado a las garantías constitucionales que denuncia como vulneradas en el libelo respectivo”³²⁴.

En el caso contrario, al constatarse la ilegalidad o arbitrariedad, la vitalidad de este nivel primario es tal que los TSJ consideran tal constatación prueba suficiente de la vulneración de los DES, sin que se pronuncien mayormente sobre la misma. Los presupuestos del primer grupo son considerados como prerequisites absolutos para el examen de los presupuestos del segundo, cuestión que ligada a la presunción invulnerable de constitucionalidad de la ley (equiparación), lleva a que la tutela de los DDFP no sea de orden iusfundamental, recayendo en definitiva en el plano legislativo (o infralegislativo en ciertos casos), procediéndose al análisis de la normativa legal aplicable para la determinación del sentido y alcance del DF supuestamente vulnerado o en el análisis particular de las situaciones factuales que determinan la concurrencia de la arbitrariedad o no arbitrariedad.

Muy excepcionalmente se encuentran sentencias que procedan al examen del segundo nivel de presupuestos del art. 20 CPR. La SCAA de Concepción Rol N° 63/1995 en materia de negociación colectiva hace un examen del presupuesto “amenaza” fundado en los criterios fijados por expertos en derecho administrativo³²⁵. En este contexto, el pronunciamiento sobre los DES involucrados

³²³ SCS Rol N° 1420/1996, c.j. 3°.

³²⁴ SCAA de Valdivia Rol N° 10463/2000, c.j. 12°. Vid. SCAA de Santiago Rol N° 4815/1991, c.j. 8°; SCAA de Santiago Rol N° 5699/2001, c.j. 11°; SCAA de Santiago Rol N° 6351/2000, c.j. 5°; SCAA de Santiago Rol N° 50/71, 57/91 y 65/91 (acumulados), c.j. 17°.

³²⁵ SCAA de Concepción Rol N° 63/1995. Expresa la Corte: “14°. Que en cuanto a la amenaza de una futura, posible y eventual conculcación de la garantía constitucional del N° 24 del art. 19 de la Constitución, valga traer a colación lo que el conocido profesor don Eduardo Soto Kloss consigna en su conocida obra *El Recurso de Protección*. Dice el profesor Soto Kloss, p. 85 de su obra *El Recurso de Protección*: ‘dentro de este sentido natural en que ha de entenderse la noción de amenazas que emplea el constituyente cabría precisar que como la amenaza es anuncio de mal futuro, peligro de suceder algo desagradable o perjudicial (y que, por cierto no se está jurídicamente obligado a soportar) dicha amenaza habrá de revestir ciertos caracteres que la hagan procedente para que prospere el Recurso de Protección. Dentro de ello aparecería que fuere cierta y no ilusoria, lo que deberá probarse debidamente; el que fuere cierta conlleva el que fuere actual; contemporánea al momento de recurrirse de protección; que fuere precisa en su formulación y no vaga, de tal modo que el Juez pueda determinar si es antijurídica o no en sus extremos y si agravia ella del derecho fundamental invocado; en fin, que sea concreta en sus resultados o efectos, de manera que constituya realmente una intimidación habida cuenta de las circunstancias tanto subjetivas ésta es refe-

es más bien nominal, invocando únicamente el numeral del derecho vulnerado o su enunciado jurídico constitucional (generalmente en la parte expositiva y resolutive de la sentencia), sin que se analice el contenido de tales enunciados ni se indique qué se debe entender por el núcleo sustancial del derecho. Los TSJ reiteran el enunciado normativo constitucional del DF supuestamente vulnerado y afirman que cualquier acto ilegal o arbitrario que atente contra dicho enunciado hace procedente el recurso. Todas las sentencias hacen mención al derecho al momento inicial de indicar cuál es el derecho supuestamente vulnerado, y en la parte resolutive señalan si se considera violentado o no el derecho en cuestión. Excepcionalmente los TSJ efectúan algún análisis del derecho más allá de su invocación nominal y, como ya se expresó, se trata de un examen somero de los enunciados constitucionales, no de su contenido material³²⁶.

5.3. Configuración legal e infralegal de los DFS: la carencia de determinación del contenido constitucional de los derechos

El cimiento constitucional de los DDF está dado por dos elementos: por los enunciados normativos expresados en el texto constitucional, y por el desarrollo que el legislador le da a tales derechos. Los enunciados constitucionales no están referidos sólo a la redacción literal del texto constitucional, sino también al contenido constitucional que va más allá de tales expresiones básicas. La vaguedad, generalidad y abstracción de dichos enunciados literales obligan a una determinación, labor que recae en el legislador y especialmente en los órganos de jurisdicción constitucional, los que al estar enfrentados a una situación posiblemente vulneradora deben determinar si tales acciones u omisiones trasgreden el contenido constitucional de los derechos, debiendo fijar el sentido y alcance de los mismos.

rente a la condición, estado o situación del afectado, como del sujeto que formula la amenaza (como objetivo) entidad del presagio del mal futuro, posibilidad de realizarse probabilidad de efectuarse. Sólo así, se daría en lo concreto del obrar del agravante y de la situación del sujeto pasivo, la ‘amenaza’ de que habla el texto fundamental (art. 20 inciso 1 de la Constitución Política que haría procedente un Recurso de Protección por esta causal). 15°. Que es evidente que no concurren ninguna de las situaciones que configuren la ‘amenaza’ de conculcación de derecho invocado de lo que se sigue que el presente Recurso debe ser desestimado”.

³²⁶ Respecto a este último punto, sólo en algunas sentencias del total de las estudiadas se encuentra un examen del derecho, pero no hay un estudio constitucional del mismo, sino uno que gira más bien en torno a los aspectos de la regulación legal del derecho. Se pueden mencionar las siguientes: SCS Rol N° 20308/1993, c.j. 3°; SCS Rol N° 19883/1993, c.j. 6°; SCAA de Antofagasta Rol N° 12301/2000, c.j. 9°; SCAA de Chillán Rol N° 2919/2004; SCAA de La Serena de 24 de diciembre de 1993, c.j. 14°; SCAA de Punta Arenas Rol N° 104/2000, c.j. 6°; SCAA de Punta Arenas Rol N° 20/1994, c.j. 6°; SCAA de Santiago Rol N° 3156/1992, c.j. 16°; SCAA de Santiago Rol N° 1162/1998, c.j. 8°; SCAA de Santiago Rol N° 1010/1995, c.j. 3°; SCAA de Temuco Rol N° 540/1993, c.j. 4°, 5° y 6° y SCAA de Valparaíso de 18 de diciembre de 1995 (roles acumulados), c.j. 7°.

La jurisprudencia de los TSJ no ha elaborado un contenido constitucional de los DES por sobre la literalidad de los preceptos constitucionales. Como se ha afirmado, los TSJ han centrado el análisis de los DDFE en el contenido legal de estos derechos y no en el constitucional, entendiendo que es la ley la llamada a regular los DES, excluyendo expresamente el rol edificador de la judicatura.

El modelo de tutela pasa a ser un modelo de carácter legal y no constitucional, pues la invocación del derecho constitucional no pasa de ser referencial. La crítica, ya expuesta, es que los TSJ no realizan su examen desde el contenido constitucional de los derechos, sino que las situaciones factuales se analizan desde el parámetro meramente legislativo.

A partir del enunciado normativo constitucional y de la habilitación que éstos dan al legislador para regularlos (desarrollar, restringir, limitar) se radica en la ley el cimiento jurídico de los DES. Al momento de discutirse el contenido de un derecho los TSJ excluyen del control el propio objeto del mismo, es decir, la norma constitucional consagrada de derechos constitucionales.

En un caso, en el cual un colegio particular recurrió de protección contra el Jefe del Departamento Provincial de Educación, impugnando una resolución de dicho Departamento que concluyó que, al haber perdido su reconocimiento oficial, los estudios cursados en dicho establecimiento no eran válidos dentro del territorio de la República, debiendo someterse los estudiantes a exámenes de validación, la SCAA de Valparaíso Rol N° 446/2004 expuso esta forma de razonar, expresando que la garantía del derecho a la educación hace recaer en una ley constitucional la regulación de los requisitos para el reconocimiento de los establecimientos educacionales, y que de “esta forma la notificación contenida en el ordinario que motiva el recurso, no puede ser considerada atentatoria de los derechos constitucionales consagrados por el art. 19 N° 11 y 24 de la Constitución Política del Estado, supuesto que precisamente en estos apartados del art. 19 de la Constitución Política, se establece la concurrencia de tal garantía, pero en los límites que la ley señala consagrando las exigencias, reglamentación, facultades y atributos para el ejercicio de las mismas, que es lo que se deja en claro en el ordinario que sirve de fundamento al recurso, en el cual se establece la consecuencia legal de la privación del Reconocimiento oficial para el Colegio”³²⁷.

En igual sentido, la SCAA de Puerto Montt Rol N° 118/2005 sobre el derecho a huelga, sintetiza la lógica jurisprudencial expresando: “Que la huelga de los trabajadores, cuando es ejercido dentro de la normativa legal que la regula, es un DF y como tal protegido por la normativa jurídica”³²⁸. La SCS Rol N° 815/2004, sostiene que el derecho a la educación es un derecho de todas las personas con determinadas características “conforme se establece en el art. 1° de la Ley N°

³²⁷ SCAA de Valparaíso Rol N° 446/2004, c.j. 3°, 4° y 5°.

³²⁸ SCAA de Puerto Montt Rol N° 118/2005, c.j. 2°.

18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza”³²⁹. Bajo este criterio se ha dispuesto que la huelga y la negociación colectiva son derechos que se regulan con detalle en el Código del Trabajo, existiendo el derecho de conformidad a su regulación legal, es decir, y *a contrario sensu*, no es la Constitución donde se fija el contenido de tales DFS³³⁰.

Lo anterior es producto de una reflexión jurídica fundada en dos factores concurrentes: situar el examen en el primer nivel del art. 20 CPR, referido a la ilegalidad o ilegalidad de los actos u omisiones para la procedencia del recurso, y entender los DES como derechos legales, de desarrollo a un nivel infraconstitucional, desvirtuando el valor de su consagración en la norma fundamental. Tal radicación ha asimilado la fundamentalidad del derecho con la regulación legal del mismo. El problema jurídico radica en la igualación entre la regulación legislativa del contenido de los DES y el contenido esencial de los derechos, de cuya garantía éstos gozan por expresa mención del art. 19 N° 26 CPR. Existe una deficiencia en el sistema constitucional de protección, pues se elimina la posibilidad de que dicho contenido legal contraríe el contenido constitucional, olvidando que la ley es una limitación y garantía externa al contenido de los derechos y no “el” contenido de ellos.

En virtud de estos supuestos el razonamiento jurisprudencial no ha girado en torno a la trasgresión de la ley al contenido constitucional de los derechos, puesto que se da por entendida la equiparación entre legalidad y no vulneración de los DDF, sino más bien en torno a la regulación legal y reglamentaria de algunos DDF³³¹.

³²⁹ Esta sentencia señala que la educación “es el proceso permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo moral, intelectual, artístico, espiritual y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas, enmarcados en nuestra identidad nacional, capacitándolas para convivir y participar en forma responsable y activa en la comunidad”. Vid. SCS Rol N° 815/2004, c.j. 1°.

³³⁰ SCAA de Temuco Rol N° 1368/2004. Esta sentencia expresa: “3°) Que efectivamente nuestra Constitución Política del República, en el art. 19 N° 16, garantiza a los trabajadores la libertad de trabajo, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a huelga, regulándola en detalle en el Código del Trabajo, y concibiéndola como una herramienta lícita de presión que se otorga a los trabajadores, garantizándoles la mantención de su empleo y la prohibición al patrón de poner en sus funciones o labores a otros trabajadores, salvo que se cumplan con ciertas exigencias que la ley señala, en razón de considerarse a estos trabajadores como la parte más débil del conflicto económico y social que implica el fracaso de una negociación colectiva, donde los trabajadores se ven enfrentados de hecho al mayor por del presión (sic) y económico que representa y tiene el empresario empleador”. La misma Corte había indicado años antes igual criterio por SCAA (Temuco) Rol N° 103/1990: “Sexto. Que no siendo arbitrario ni ilegal el acto reclamado, dictado en obediencia a un reglamento interno de los alumnos que todos los que se educan en ese establecimiento deben respetar y con mayor razón tratándose de una alumna con matrícula condicional, que cometió faltas graves, el recurso no puede ser acogido, dejándose constancia a mayor abundamiento, que no se han vulnerado tampoco los N°s. 2°, 24, 23 y 11 del art. 19 que la Constitución Política protege con el recurso de protección y que se dice infringido según el recurso de fojas 3°.

³³¹ SCAA de Santiago Rol N° 1249/1994, c.j. 6° y 7°.

Lo anterior muestra una posición ideológico-jurídica de los TSJ con respecto a los DFS. Las sentencias consideran que el desarrollo de estos derechos se debe realizar únicamente por ley y no a nivel constitucional. Se trata de un criterio no protector de los DES pues, al negar su contenido constitucional, se asientan las posturas negadoras de la existencia de tal categoría de derechos, siendo el poder legislativo el único órgano llamado a darles existencia. Junto a ello, el accionar jurisprudencial es contrario al propio texto constitucional, conforme al cual los DFS gozan de un contenido esencial (art. 19 N° 26 CPR), con lo que se distingue entre su contenido constitucional y legal, campos relacionados pero claramente distintos.

Sólo excepcionalmente se encuentran sentencias en que los TSJ hayan reconocido la sustancialidad de los DES, pero tales expresiones no alteran la regla general antes expuesta. Por ejemplo, se le ha conferido al derecho a la salud la calidad de valor jurídico, no pudiendo quedar sujeta su regulación a la normativa reglamentaria sin la existencia de una ley que lo autorice³³². Sostiene la SCS Rol N° 2635/2005: “1°. Que la importancia que la salud adquiere en la calidad de vida de las personas la ha elevado a la condición de valor jurídico, que da cuerpo al bien de la salud pública, especialmente resguardado por el art. 19 de la Constitución Política de la República, al garantizar la libertad de acceso al sistema privado o al régimen público de cobertura, sujetando la opción por el primero a un denominado contrato de salud, ciertamente sometido a los principios y reglas de toda relación contractual... 3°. Que no es jurídicamente aceptable que una actuación administrativa, cual la circular N° 51, otorgue un derecho que la ley no confiere, cuanto más si se trata de regulaciones del bien jurídico de la salud, cuyo rango, como inicialmente se destacó, no puede quedar sujeto a ese tipo de normación...”. Aquí la reflexión es la misma, pues no obstante reconocerle el carácter de valor jurídico, es la norma legal la llamada a construir el derecho.

Más complejo desde la perspectiva iusfundamental es la regulación infralegal de los derechos y la eficacia material que los TSJ le otorgan a tales preceptos, mayoritariamente al regular el derecho a la educación (art. 19 N° 10 CPR) y la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11 CPR) en colegios privados. Los TSJ han reconocido que la adopción de medidas disciplinarias de conformidad con la reglamentación interna de tales establecimientos no produce un resultado vulnerador de los DES. Se realiza un nuevo examen descendente y consecuencial, se establece una presunción inamovible de legalidad de la normativa reglamentaria y, al haberse establecido una equiparación entre ley y Constitución, se aplica un razonamiento lógico deductivo dotando de constitucionalidad inmediata a la normativa infralegal, sin necesidad de cuestionar si tal formación puede o no afectar un DES, situación que con mucha mayor razón debilita el orden constitucional al relativizar la Constitución como norma suprema. Se da una regla de doble equiparación: ley y Constitución, y reglamento y ley.

³³² SCS Rol N° 2635/2005, c.j. 1° y 3°, y SCAA de Santiago Rol N° 6136/2005, c.j. 7°.

El canon de comparación que utilizan los TSJ es la trasgresión de tal normativa infralegal regulatoria de la actividad, examinándola con el fin de determinar si hubo alguna acción u omisión ilegal o arbitraria que vulnerase algún DF protegido³³³. Para los TSJ no hay acto arbitrario e ilegal si el accionar de las instituciones de educación se ajusta a su propia normativa reglamentaria, debiendo desestimarse un recurso de protección, en tanto que, al contrario, si se produce una infracción reglamentaria sí habrá lesión de los DES.

Respecto del primer supuesto, la SCAA de Temuco Rol N° 103/1990 sostuvo que el accionar de un establecimiento educacional conforme a su reglamento interno no representa una ilegalidad o arbitrariedad, ya que quienes se educan en tal colegio deben respetar tal normativa, y con mayor razón una alumna en situación de condicionalidad, lo cual lleva a concluir que no hay infracción alguna al principio de igualdad, al derecho de propiedad ni a la libertad de enseñanza. Afirma dicha sentencia: “6°) Que no siendo arbitrario ni ilegal el acto reclamado, dictado en obediencia a un reglamento interno de los alumnos que todos los que se educan en ese establecimiento deben respetar y con mayor razón tratándose de una alumna con matrícula condicional, que cometió faltas graves, el recurso no puede ser acogido, dejándose constancia a mayor abundamiento, que no se han vulnerado tampoco los Nos. 2°, 24, 23 y 11 del art. 19 que la Constitución Política protege con el recurso de protección y que se dice infringido según el recurso de fojas 3”³³⁴.

La SCAA de Valparaíso Rol N° 655/2003 sostiene que el incumplimiento reiterado por un alumno del “Manual de Convivencia Escolar”, documento aceptado por los apoderados, legitima la sanción impuesta, no constituyendo una vulneración del derecho a la educación (ni al derecho a la vida ni a la integridad física y psíquica) el obrar del colegio de conformidad al reglamento interno. Afirma la sentencia: “Noveno. Que de todo lo expuesto precedentemente, aparece claro y manifiesto que el menor F.A.C.A. ha infringido reiteradamente el Manual de Convivencia Escolar, cuyo contenido sus apoderados se comprometen a acatar y la sanción aplicada no es otra cosa que la consecuencia de las reiteradas faltas a la disciplina desarrolladas por el alumno Campos y en todo la directora del Colegio ‘Las Américas’ ha obrado conforme al reglamento interno del colegio contenido en el Manual de Convivencia Escolar antes referido. En ningún caso se ha vulnerado el derecho a la vida ni a la integridad física y psíquica del menor, ni tampoco se ha violado su derecho a la educación, desde el momento que se le ha autorizado a rendir sus evaluaciones pendientes”³³⁵. Es decir, mientras

³³³ SCAA de Santiago Rol N° 230/2002, c.j. 8°; SCAA de Valparaíso Rol N° 506/2002, c.j. 3° y 5°.

³³⁴ SCAA de Temuco Rol N° 103/1990, c.j. 6°.

³³⁵ SCAA de Valparaíso Rol N° 655/2003, c.j. 9°. En igual sentido la SCAA de Valparaíso Rol N° 316/1994, indica: “Segundo. Que el recurso de protección presupone la existencia de actos u omisiones ilegales o arbitrarias; calificativos que no corresponden a la resolución sancionatoria aplicada al recurrente, pues fue dictada conforme a derecho al conformarse al

el actuar de las autoridades de los colegios se ajuste a la normativa infralegal vigente no podrá estimarse que existe vulneración de los DDDF, de manera que una actitud reglamentaria no hará procedente el recurso, aunque vulnere en los hechos un DES.

En un caso que es reflejo patente de esta incorrecta interpretación del recurso de protección, la SCAA de La Serena Rol N° 21663/1997 consideró que no atentaba contra la igualdad ante la ley la cancelación de la matrícula de una alumna que quedó embarazada el año académico anterior, afirmando tal resolución que el reglamento interno expresaba esa consecuencia, es decir, el embarazo durante el año escolar era causal de cancelación de la matrícula para el año siguiente. Además, sustentó la no existencia de infracción a la libertad de elegir el establecimiento, pues los padres escogen el colegio para sus hijos dentro de los límites que los colegios establecen. Aquí el razonamiento de la Corte es desafortunado, pues debió fijar como canon de análisis el principio de igualdad, es decir, frente a tales situaciones factuales debió examinar si la actitud del colegio y de la incorporación de una disposición de ese tipo en el reglamento interno vulneraba o no el principio de igualdad, y no al revés, como es considerar que al estar incorporada la medida en el reglamento no se produce un quebrantamiento del DES. Además, la libertad de elección no significa que los padres deban aceptar reglamentos potencialmente vulneratorios de DDDF, de modo que si un reglamento de este tipo afecta tal libertad, los TSJ deben corregir tal situación con miras a la tutela de los derechos³³⁶.

Tal criterio también ha sido aplicado en materia sindical. Así lo sostiene la SCS Rol N° 378/2004 sobre libertad sindical, al considerar ilegítima la expulsión de un trabajador de un sindicato por estar fundada en un procedimiento irregular no sujeto a lo dispuesto en la normativa reglamentaria aplicable, desconociéndole su derecho a pertenecer a un sindicato³³⁷. Residualmente se ha fijado tal razonamiento en materia medioambiental, donde el parámetro para estimar la posible vulneración es una ordenanza municipal que, al estar fundada en la ley, no se estima vulneradora de ningún DF, con un razonamiento igual al precedentemente descrito³³⁸.

Reglamento sobre Deberes y Derechos de los Alumnos de la Universidad de Viña del Mar y al principio constitucional de haberse dictado en un proceso previo tramitado ciñéndose a las garantías de un racional y justo procedimiento, como lo demuestran las normas del Título VI del citado Reglamento, complementadas por las de los arts. 9 letra c), 12, 13 y 14 del mismo, cuya aplicación consta en el Sumario anexo al informe que a fs. 31 emitieron las Autoridades universitarias respondiendo a las imputaciones de los recurrentes;". Vid. SCAA de Puerto Montt Rol N° 2262/1999, c.j. 4° y 5°; SCAA de Temuco Rol N° 1497/2004, c.j. 4°.

³³⁶ SCAA de La Serena Rol N° 21663/1997, c.j. 2°.

³³⁷ SCS Rol N° 378/2004, c.j. 4°. Vid. SCS Rol N° 22625/1994, c.j. 3°; SCS Rol N° 763/2002, c.j. 2°.

³³⁸ Dispone la SCAA de Santiago Rol N° 104/1992: "11) Que tales omisiones implican infracción

5.4. Utilización de la legalidad como canon de comparación del accionar de los poderes públicos

La regulación de los DDFP por vía legal y la sustancialidad de la ley para la determinación de una supuesta vulneración son tratadas especialmente por la jurisprudencia cuando el posible sujeto vulnerador es un poder público. La asimilación infranqueable entre legalidad y constitucionalidad y, por ende, la imposibilidad de vulnerar DDFP mediante actos ejecutados de conformidad con la ley tiene como base fundante los principios de supremacía constitucional y de legalidad, dispuestos en los arts. 6° y 7° CPR.

El art. 6° consagra la supremacía de la norma fundamental sobre toda norma jurídica y la obligación de los órganos del Estado de someterse a ella en sus actuaciones, ya sea en el aspecto formal – organización, procedimientos y solemnidades - como sustancial, referido al respeto de los valores que inspiran la norma fundamental. El art. 7° manifiesta que las actuaciones de tales órganos públicos sólo pueden ser aquéllas que expresamente se les ha autorizado realizar por mandato constitucional o legal, no pudiendo extender sus competencias por analogía o de forma ajena a una interpretación conforme a la verdadera intención del precepto³³⁹. Ahora bien, para los TSJ el principio de legalidad, al estar consagrado constitucionalmente, obliga a los órganos a una actuación conforme a dicha legalidad, pero consensualmente reiteran el error antes analizado de entender la obligatoriedad de actuación de conformidad a la ley como sinónimo de constitucionalidad iusfundamental excluyente de toda vulneración de los DDFP. El razonamiento es tan simple como errado: si se actúa de conformidad con la ley, y tal imperativo es de orden constitucional, no hay infracción constitucional y por ende no hay vulneración de los DES.

Este raciocinio se observa en los casos de negociación colectiva y huelga, en los cuales se han interpuesto recursos de protección en contra de resoluciones o

de preceptos expresos de la ordenanza, en especial sus arts. 7° y 8° citados en el considerando 8° y que a su turno se fundamentan en la Ley N° 18.695; y, efectivamente, esta Corte estima que deben darse por establecidos si se tienen presentes las fotografías acompañadas a fojas 40 y siguientes y el informe del Alcalde que, en este aspecto, sólo se refiere al lavado del recinto que ha sido contratado con una empresa privada mas no a su fiscalización; 12) Que, siendo así, se ha visto perturbado el derecho de los recurrentes a vivir en un ambiente libre de contaminación y que consagra el art. 19, N° 8 de la Constitución Política y protege el art. 20 de la misma Carta”.

³³⁹ El art. 6° inciso 1° CPR establece: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”. Por su parte, el art. 7° incisos 1° y 2° CPR señala: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupos de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”. Para un análisis de estos artículos, vid. SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, T. IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997, pp. 130-173.

actuaciones de la Dirección del Trabajo o de algunos de sus funcionarios³⁴⁰. En estas situaciones se lleva a cabo un examen de la legislación aplicable al caso, explorando la legalidad de la actuación de dicho organismo. Lo importante para los TSJ es la no vulneración del principio de legalidad, no la potencial violación del algún DF (negociación colectiva o huelga).

La estimación favorable de un recurso de protección proviene de una trasgresión a la ley y, por ende, de los arts. 6° y 7° CPR, no del DF invocado. La vinculación expresa a los arts. 6° y 7° CPR se ha dispuesto en la SCS Rol N° 2132/2002: “10°) Que, al dictaminar de la manera como lo hizo en la cuestionada resolución N° 021, la autoridad administrativa infringió el principio de juridicidad que debe presidir la actuación de los órganos del Estado, consagrado en los arts. 6° y 7° de la Constitución Política de la República y, en el art. 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado en lo atinente a los agentes de la Administración”³⁴¹.

La ley fija las competencias del órgano fiscalizador y su extensión, y los TSJ razonan en torno a la sujeción o no del ente a dicha regulación. Al ser los derechos a la negociación colectiva y a la huelga derechos normados legalmente, la lógica de los TSJ es de encuadramiento del actuar de la autoridad a la normativa aplicable a dichos derechos. La SCS Rol N° 21520/1993, sobre negociación colectiva, hace girar todo su razonamiento en torno a la sujeción de la Inspección del Trabajo a la ley. En este caso se discute sobre la prohibición para negociar colectivamente que afectaría a los trabajadores de una Fundación al estar ésta financiada en más de un 50% por el Estado, cuestión regulada en la Ley N° 19.069, pues la Inspección del Trabajo declaró que la negociación colectiva no estaba vedada en dicha persona jurídica. A juicio de la CS la inspección actuó en contrariedad a la normativa regulatoria al declarar la procedencia de la negociación colectiva, entendiendo que por esa acción se vulneró el derecho de propiedad de la fundación. Igualmente, recurriendo los representantes de una empresa de protección

³⁴⁰ La Dirección del Trabajo es un órgano de la Administración del Estado que tiene por objeto fiscalizar el cumplimiento de las normas laborales, previsionales y de higiene y seguridad en el trabajo, y fijar el sentido y alcance de las leyes del trabajo, entre otras atribuciones.

³⁴¹ SCS Rol N° 2132/2002, c.j. 10°. También expresa dicho razonamiento la SCAA de Valparaíso Rol N° 20/05: “Quinto. Que la conducta de los recurridos detallada precedentemente, y en particular la del fiscalizador, contradice el principio de legalidad consagrado en los arts. 6 y 7 de la Constitución Política de la República, en cuanto ha excedido sus facultades legales descritas en el considerando 3° de esta sentencia, toda vez que en su calidad de Ministro de Fe sólo le está permitido dar fe de una situación determinada, sin entrar a su calificación. Como consecuencia del actuar ilegal del fiscalizador ya descrito, la Inspección Comunal del Trabajo procedió a dictar una resolución, a través de la cual se impuso una multa a la recurrente. Dicha resolución, por lo tanto, es nula porque el agente del Estado encargado de fiscalizar el cumplimiento de la normativa laboral se excedió en sus funciones”. Vid. SCAA de Coyhaique Rol N° 37/2000, c.j. 13°; SCAA de Santiago Rol N° 2177/1995, c.j. 6°; SCAA de San Miguel Rol N° 120/2000, c.j. 7°. Igual criterio se encuentra en materia medioambiental, al cuestionarse la actuación de la Comisión Nacional de Medio Ambiente por vía de los arts. 6° y 7° CPR. Ver SCS Rol N° 4658/1996, c.j. 7°.

en contra de las Actas de Inspección de la Dirección del Trabajo, la SCS Rol N° 235/2005 consideró que el actuar de éste órgano excedió sus facultades legales al interpretar determinadas normas laborales, facultad que sólo compete a los tribunales de justicia. Dicha acción ilegal implicaba la vulneración del art. 19 N° 3 CPR que prohíbe el juzgamiento por comisiones especiales³⁴².

Los casos son relevantes desde dos perspectivas: la primera porque la procedencia o no del amparo está determinada por la regulación legal y por la adhesión a tal normativa de parte de la Inspección, de modo que la trasgresión de algún derecho constitucional está sujeta a la ilegalidad del acto. En segundo lugar, en este caso, como en la mayoría de las sentencias tratadas, se produce un pronunciamiento a favor de la contraparte del trabajador, ya sea una persona jurídica sin fines de lucro como en este caso o principalmente los empresarios. En consecuencia, el examen que llevan a cabo los TSJ en materia de negociación colectiva, en la cual intervienen los poderes públicos, no tutela los derechos de los trabajadores sino que de los empresarios.

Por otro lado, en aquellos casos en que la jurisprudencia ampara la actuación de la Dirección del Trabajo con respecto a la tutela de la negociación colectiva, el razonamiento de los TSJ también se sitúa en la perspectiva de la legalidad del proceder del órgano público. Véase por ejemplo la SCS Rol N° 2/2002, que resolvió un recurso interpuesto por una empresa en contra de una resolución de la Inspección del Trabajo que acogió una objeción de legalidad planteada por una Comisión negociadora, ordenando la inclusión de 93 trabajadores en el proyecto de contrato colectivo. En ella la CS estimó ajustado a la legalidad el proceder de la Inspección, ya que tal órgano tiene facultades para calificar la naturaleza de los instrumentos invocados y en su labor no ejerció atribuciones propias de los tribunales de justicia, ya que su decisión recayó en el ámbito administrativo en cumplimiento de un mandato legal³⁴³.

³⁴² SCS Rol N° 235/2005, c.j. 1° , 2° y 3°. La sujeción a la ley como parámetro de vulneración de los DES se observa en el resto de sentencias que tienen como parte a la Inspección del Trabajo, siendo la sujeción a la ley por parte de dicho órgano el elemento definidor de la posible vulneración. Recogen este razonamiento, entre otras: SCS Rol N° 21520/1993; SCS Rol N° 31757/1995; SCS Rol N° 1265/2001; SCS Rol N° 2/2002; SCS Rol N° 2132/2002; SCS Rol N° 5619/2003; SCS Rol N° 103/2004; SCS Rol N° 5001/2004; SCS Rol N° 1641/2005; SCAA de Concepción Rol N° 152/1995; SCAA de Copiapó Rol N° 492/2004; SCAA de Coyhaique Rol N° 37/2000; SCAA de Rancagua Rol N° 2049/2001; SCAA de Santiago Rol N° 2134/1993; SCAA de Santiago Rol N° 2177/1995; SCAA de Santiago Rol N° 1316/1999; SCAA de Santiago Rol N° 1907/2000; SCAA de Santiago Rol N° 2415/2002; SCAA de Santiago Rol N° 50/2004; SCAA de San Miguel Rol N° 6/1992; SCAA de San Miguel Rol N° 311/1999; SCAA de San Miguel Rol N° 120/2000; SCAA de San Miguel Rol N° 192/2004; SCAA de Temuco Rol N° 1368/2004; SCAA de Temuco Rol N° 1829/2004; SCAA de Temuco Rol N° 118/2005; SCAA de Puerto Montt Rol N° 118/2005 y SCAA de Valparaíso Rol N° 20/2005.

³⁴³ SCS Rol N° 2/2002, c.j. 5° y 6°. Vid. SCS Rol N° 1265/2001, c.j. 12° y 13°; SCAA de Puerto Montt Rol N° 118/2005; SCAA de Temuco Rol N° 1368/2004, c.j. 4° y 6°.

6. La protección “indirecta” de los DES: la “conexión” por vía del derecho de dominio y a la igualdad ante la ley y la “incorporación” del derecho a la salud al derecho a la vida

Bajo el “armazón de tutela institucional formal del art. 20 CPR” se ha dispuesto la protección indirecta de los DES. Precedentemente se ha examinado de qué forma se estructura el armazón de tutela y su aplicación en los casos concretos, ya sea con respecto a aquellos derechos expresamente tutelados por el art. 20 CPR (protección directa), como con relación a DES no considerados en dicha norma (protección indirecta).

En lo que sigue se efectúa un estudio particular de las formas jurídicas utilizadas por los TSJ para el amparo indirecto. Al igual que como ocurre en el modelo español, los TSJ han empleado dos mecanismos de tutela indirecta, la protección *conexa* y por *incorporación*. La protección *conexa* se ha ordenado por la vía de dos derechos: el derecho de propiedad (art. 19 N° 24 CPR) y el principio de igualdad (art. 19 N° 2 CPR). La protección por incorporación se da por la vía de incorporación del derecho a la salud al contenido esencial del derecho a la vida.

Respecto de la tutela “conexa”, el derecho de propiedad representa el principal instrumento protector de los DES, desde una perspectiva subjetiva individual propia del derecho dominical. A partir del inciso primero del art. 19 N° 24 CPR, que consagra el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, los TSJ le han otorgado a la propiedad una significación amplia, incluyendo en su protección los DES a la salud, a la educación, la libertad de enseñanza, la libertad de trabajo, la seguridad social y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por medio de la idea de propiedad sobre cosas incorpóreas se extiende el dominio privado a todo instrumento jurídico que consagre algún derecho en favor de una persona, entendiendo que sobre dicho instrumento o sobre los derechos que de él emanan existe una especie de propiedad.

Esta extensión de su significado ha llevado a proteger los DES por medio de la propiedad de las personas sobre su patrimonio, construcción jurídica abstracta y de alcance amplio. La jurisprudencia entiende que toda vulneración de algún aspecto del patrimonio representa un quebrantamiento del derecho de propiedad. Se produce una vulneración propietaria en aquellos casos en que se niegue el reconocimiento de tales derechos o se produzca un perjuicio pecuniario que signifique una disminución material del patrimonio. De igual manera, la tutela por vía dominical ha recaído en las cláusulas de los contratos que regulan algunos DES (salud, educación y seguridad social) y los derechos que de ellos emanan.

El principio de igualdad aparece como segunda vía *conexa* de protección. Su radio de tutela ha sido de alcance más limitado, amparando el derecho al medio ambiente, el derecho a la seguridad social y el derecho a la educación. La juris-

prudencia se sujeta a las reglas generales del principio de igualdad, ordenando primeramente la prohibición de toda discriminación arbitraria y permitiendo como excepción la incorporación de normas diferenciadoras justificadas entre los individuos. Así, para los TSJ la arbitrariedad puede ocasionarse por acciones contrarias a la razón o la solidaridad, irreflexivas o injustas, examinando si la actuación de los sujetos aparentemente vulneradores de la igualdad se encuadra en tales conceptos genéricos. El examen de los TSJ gira en torno a determinar si la ley reviste los caracteres de generalidad y abstracción exigidos, debiendo acreditarse que el sujeto que reclama la discriminación se encuentra en una posición jurídica desmejorada a partir del contenido de la ley.

El tratamiento diferenciado se justifica de acuerdo con el caso concreto. La jurisprudencia ha permitido la diferenciación normativa cuando ésta responde a fundamentos sociológicos o de orden iusnaturalista, es decir, argumentos ajenos al texto constitucional pero de orden constitucional, que miran tanto al logro de determinados objetivos sociales como a fundamentos anteriores o superiores al texto fundamental. Tales soportes genéricos que permiten la desigualdad pueden ser objeto de limitaciones generales en su significación, exigiendo los TSJ que la desigualdad sea racional, justa y tendiente al bien común. La procedencia de la diferenciación normativa se estructura en una doble generalidad: la del fundamento y la de los límites a tales fundamentos, otorgándosele al órgano jurisdiccional un amplio margen argumentativo protector.

En cuanto a la protección indirecta por “incorporación”, la jurisprudencia ha conferido su protección al derecho a la salud por la vía de integrar el contenido esencial de este derecho al contenido esencial del derecho a la vida. La conceptualización que hacen los tribunales de la vida es de carácter amplio, efectuando un proceso reflexivo de interconexión entre la conservación de la salud de las personas y la vulneración de su vida. Aquellas situaciones en las cuales la salud de una persona se puede ver menoscabada representan una vulneración del derecho a la vida de la misma, particularmente desde el presupuesto de amenaza del art. 20 CPR. Se desarrolla un razonamiento conjunto entre la salud y la amenaza, disponiéndose que los derechos amenazados son la vida y la salud, pero al acogerse el recurso sólo se hace remisión a la vida, debido a la inexistencia de amparo directo del derecho a la salud, salvo en lo que concierne a la libertad de elegir el sistema de salud (público o privado).

7. Amparo por vía dominical: la construcción del sistema de protección de los DES sobre base iusprivatista y su tutela jurisprudencial por conexión propietaria

El armazón constitucional sitúa al derecho de propiedad en una posición de privilegio respecto de los demás DDF, estableciendo una vigorosa regulación constitucional como consecuencia de su robustecimiento intencional por parte

del constituyente originario de 1980³⁴⁴. El art. 19 N° 24 CPR regula intensamente este derecho, en dos parte. La primera recoge la tradición privatista individualista, referida a la consagración del derecho de propiedad sobre toda clase de bienes (corporales o incorporales) en su diversas especies, las limitaciones que pueden afectarlo y la regulación sobre la privación del dominio (únicamente por vía de expropiación). La segunda parte regula lo concerniente a la propiedad minera y a la propiedad de las aguas³⁴⁵.

³⁴⁴ VERGUDO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA, NOGUERA ALCALÁ, cit., p. 307 y s.

³⁴⁵ Establece el art. 19 N° 24 CPR: “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado. La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión. El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas. Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso, dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión. Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ello; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho. El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número. La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije,

Para los efectos de la protección conexa de los DES cobra importancia la primera parte de la disposición constitucional, al vincular la propiedad sobre cosas incorpóreas, extendiendo el dominio privado sobre cualquier instrumento jurídico que consagre algún derecho en favor de una persona, entendiendo los TSJ que sobre dicho instrumento o sobre los derechos que de él emanan existe una especie de propiedad. Es más, la amplitud estructural de este derecho lleva a afirmar la propiedad sobre el propio patrimonio de los sujetos, construcción de carácter abstracto, pero que, al afectar alguna situación factual concreta tal atributo por parte de un órgano del Estado o de terceros, los TSJ entienden vulnerado el derecho de dominio³⁴⁶.

La CPR asegura la propiedad sobre toda clase de bienes, tanto corporales como incorpóreas, y las facultades esenciales de uso, goce y disposición. Tales elementos representan el cimiento nuclear de este derecho, girando la regulación constitucional y legal en torno a su protección³⁴⁷. El núcleo del dominio radica en la existencia y vigencia del derecho, de la calidad de dueño y la mantención de las tres facultades mencionadas. Cualquier vulneración a tales facultades representa una infracción a la esencia del derecho³⁴⁸.

El derecho dominical no es un derecho absoluto, sino que puede ser objeto de límites y condiciones³⁴⁹. La ley representa la principal garantía institucional del derecho dominical, al exigir el constituyente que únicamente por este medio se pueda establecer el modo de adquirir el dominio, y de usar, gozar y disponer de éste. Pero igualmente la ley representa una limitación expresa a la propiedad al

para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional. Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

³⁴⁶ Sobre este efecto expansivo del derecho de propiedad, vid. PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno”, en MEDINA QUIROGA, Cecilia y MERA FIGUEROA, Jorge (editores), *Sistema jurídico y derechos humanos*, Escuela de derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1996, pp. 669-671.

³⁴⁷ A tales atribuciones CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, T. II, cit., p. 532, agrega una facultad implícita referida a la “administración” de los bienes sobre los cuales se tiene un derecho dominical. Esta cuarta facultad se relaciona con la “facultad de conservar el bien de que se trate, de incrementarlo y de aprovecharse de los beneficios que genere”.

³⁴⁸ EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, T. II, cit., p. 234.

³⁴⁹ MENDOZA ZUÑIGA, Ramiro, “La potestad expropiatoria en la Constitución de 1980 (excepcionalidad, integralidad, impugnabilidad)”, en NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, ConoSur, Santiago 2001, p. 391.

establecer la CPR que ésta puede establecer ciertas restricciones y obligaciones derivadas de su *función social*, limitación procedente ante la concurrencia de determinadas circunstancias justificantes expresamente consagradas en el texto constitucional: los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

Lo anterior es importante, pues la CPR incorporó al contenido constitucional del derecho de propiedad la denominada “función social”, de modo que no se puede reducir - como generalmente se hace - el contenido constitucional del derecho de dominio al inciso primero del precepto. Por el contrario, se debe distinguir entre la conceptualización de la propiedad (inciso primero) y la construcción constitucional de la misma. La propiedad del art. 19 N° 24 CPR se define en el inciso primero, pero el contenido constitucional abarca todos los enunciados jurídicos normados en el numeral, de modo que la función social es parte del contenido esencial del derecho. Todos los enunciados tienen un núcleo esencial que conforma el contenido esencial del derecho en forma global, de modo que no sólo las facultades de uso, goce y disposición constituyen la esencialidad del derecho³⁵⁰.

De esta forma, la CPR reconoce el dominio – desde su esencia - como un derecho limitado en circunstancias particulares, siendo el propio constituyente quien fija un carácter no absoluto del mismo y ordena conciliar los diversos círculos concéntricos que lo conforman. En cuanto a la función social, se deben armonizar las facultades de uso, goce y disposición con las limitaciones impuestas por la misma. Esa tarea recae en la jurisprudencia, que debe equilibrar tales elementos esenciales constitutivos al momento de invocar alguna de las circunstancias habilitadoras para la fijación de limitaciones y obligaciones, debiendo impedir la privación completa de alguna de dichas facultades. La jurisprudencia debe conciliar tales elementos sin desfigura el derecho en su conjunto.

³⁵⁰ En este punto se discrepa parcialmente con EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, T. III, cit., p. 236, cuando éste afirma que las limitaciones legales al dominio por vía de la función social no pueden afectar la esencia de este derecho (uso, goce y disposición). El autor en su conceptualización del dominio sólo incorpora en ella las facultades básicas de la propiedad (uso, goce y disposición), pero no se hace cargo de la función social como elemento constitutivo del contenido esencial de dicho derecho, de manera que para él la limitación por medio de la función social es una restricción de origen externo al derecho, no “desde” la esencia del derecho, como se sostiene en esta investigación. Según su apreciación, las restricciones derivadas de la función social son siempre potencialmente vulneradoras. Se estima que al constituir la función social parte de la esencia del derecho de propiedad, la vulneración del derecho se puede producir por una infracción tanto de las facultades como de la función social del dominio. En caso de conflicto entre estas partes integrantes del núcleo esencial, se debe efectuar una ponderación para evitar que la limitación del dominio por medio de la función social (que siempre impone una restricción o disminución del derecho) no afecte la esencia de la otra cara del contenido esencial de la propiedad (facultades), es decir, se puede limitar pero sin llegar al punto que se haga irreconocible la propiedad como derecho global. No puede ceder una de las partes componentes hasta el punto de desaparecer o desvirtuarse.

La reflexión jurisprudencial sitúa el examen del derecho de dominio en el inciso primero del art. 19 N° 24 CPR. La SCAA de Valdivia Rol N° 1130/2005, relativa al derecho a la educación, reconoce expresamente el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre cosas corporales e incorpóreas, y la prohibición de vulneración de las facultades del dominio (uso, goce y disposición) salvo en los casos expresamente previstos por la CPR. Expresa la sentencia: “Cuarto. Que la Constitución Política de la República, garantiza a todos los ciudadanos el derecho de propiedad en sus diversas especies, en este caso sobre los derechos que emanan del contrato educacional, sin que los atributos que emanan de éste puedan ser afectados por actos de terceros sino en los casos expresamente establecidos, cuya no es la situación, por lo cual, al negársele sus derechos como estudiante excediendo la recurrida el marco de sus atribuciones, ha cometido una ilegalidad que debe ser enmendada por esta vía”³⁵¹. Esta sentencia refleja el marco jurídico de la regulación jurisprudencial del derecho de propiedad en materia de DES.

Bajo esta lógica, el derecho de propiedad se ha erigido en instrumento conexo de privilegio para la obtención de la tutela de algunos DES de prestación y libertad (salud, educación, libertad de enseñanza, libertad de trabajo, seguridad social y medio ambiente)³⁵², llegando a situaciones en que se protege por vía propietaria sin indicar la forma en que se produce la vulneración del derecho. Así, la SCAA de Coyhaique Rol N° 15/1992 amparó el derecho al medio ambiente por vía dominical indicando únicamente que el acto ilegal y arbitrario vulneraban el art. 19 N° 24 CPR, sin expresar de modo alguno la forma en la que se producía el menoscabo³⁵³.

Este amparo por medio del dominio se da desde un doble enfoque. El primero se relaciona con la regulación privada de algunos DES (por ejemplo, salud y

³⁵¹ SCAA de Valdivia Rol N° 1130/2005, c.j. 4°.

³⁵² De las sentencias investigadas, las siguientes han protegido el derecho social por medio del derecho de propiedad o mediante la argumentación conjunta del derecho de propiedad con el derecho social: a) medio ambiente: SCAA de Santiago Rol N° 551/1990 y SCAA de Coyhaique Rol N° 15/1992; b) salud: SCS Rol N° 2712/2004, SCS Rol N° 3241/2004, SCS Rol N° 2635/2005, SCAA de Concepción Rol N° 34/1998, SCAA de Santiago Rol N° 436/2001, SCAA de Santiago Rol N° 1012/2003, SCAA de Santiago Rol N° 2426/2004, SCAA de Santiago Rol N° 3056/2004, SCAA de Santiago Rol N° 423/2005 y SCAA de Santiago Rol N° 6136/2005; c) trabajo y libertad de trabajo: SCS Rol N° 3455/2005, SCAA de Concepción Rol N° 159/1994, SCAA de Iquique Rol N° 35990/1998; SCAA de Coyhaique Rol N° 37/2000, SCAA de Santiago Rol N° 1162/1998, SCAA de Santiago Rol N° 5098/1998, SCAA de San Miguel Rol N° 97/1995, SCAA de San Miguel Rol N° 393/1996 y SCAA de Temuco Rol N° 1233/96; d) seguridad social: SCAA de Santiago Rol N° 886/1993, SCAA de Santiago Rol N° 3305/1994 y SCAA de Santiago Rol N° 172/2001; e) educación y libertad de enseñanza: SCAA de Concepción Rol N° 313/2000, SCAA de Santiago Rol N° 575/1997, SCAA de Temuco Rol N° 747/1997 y SCAA de Valdivia Rol N° 1130/2005.

³⁵³ SCAA de Coyhaique Rol N° 15/1992, c.j. 5° y 7°. Vid. SCAA de Coyhaique Rol N° 37/2000 y SCAA de Temuco Rol N° 747/1997.

educación privada), la cual se formaliza por medio de la celebración del respectivo contrato. La protección del DES se da entonces a partir de la regulación civil aplicable, específicamente a partir del derecho de dominio que nace para las personas de tal instrumento. El amparo se arregla por la vía de la propiedad de los derechos que emanan de las cláusulas contractuales, produciendo la tutela del DES no “desde” el DES, sino desde el derecho de dominio sobre unas cláusulas concretas de carácter civil que regulan una material social.

Lo anterior podría ser examinado desde una doble perspectiva que conduciría a conclusiones diversas. Se podría considerar la relación en un marco exclusivamente civilista, lo que produce una desnaturalización del carácter constitucional de los DES ya que se les considera sólo en una órbita infraconstitucional. O bien se podría analizar la relación desde una dimensión constitucional pero de regulación concreta de carácter privado, lo que se sustenta en el alcance y efectos públicos de la materia regulada. En esta perspectiva, que se considera correcta, para la regulación, desarrollo y efectos jurídicos de los DES regulados por vía privada se debe considerar previamente la dimensión constitucional y social de éstos, permitiendo la adecuación de la regulación contractual al contenido constitucional.

Como segundo enfoque jurisprudencial de protección, los TSJ han considerado que de determinados actos nacen derechos para las personas que son incorporados a su patrimonio, que goza de protección dominical al estimarse que se tiene una especie de propiedad sobre el patrimonio. Se producirá una vulneración de éste cuando se niegue el reconocimiento de tales derechos o se produzca un perjuicio pecuniario que signifique una disminución material del patrimonio. Dicho criterio ha permitido extender el derecho de dominio a toda clase de bienes y situaciones en que se vea afectado el patrimonio, por cuanto si todos los derechos se incorporan al patrimonio, y sobre éste existe propiedad tutelada, siempre procederá la protección por vía dominical si se acredita una vulneración de cualquier intensidad de tal atributo de la personalidad. Lo anterior lleva a una desvirtuación social de los DES, ya que el núcleo fundante de la protección es un concepto netamente individualista, que así como protege en determinados casos los DES, puede llevar a desprotegerlos al acreditar otro sujeto la vulneración de su propiedad.

Desde la perspectiva protectora contractual, los DES sujetos a términos privados están regidos por la normativa privada regulatoria de los contratos. La suscripción de un determinado contrato incorpora al acervo de los sujetos derechos que les permiten exigir el otorgamiento de ciertas prestaciones de acuerdo con los términos del propio contrato. En este sentido, la SCAA de Santiago Rol N° 423/2005, sobre salud privada, dispuso que al garantizar la CPR la libre elección del sistema de salud, la adhesión al sistema privado sujeta tal opción “a un denominado contrato de salud, ciertamente sometido a los principios y reglas de toda relación contractual”³⁵⁴.

³⁵⁴ SCAA de Santiago Rol N° 423/2005, c.j. 1°.

La partes gozan de propiedad sobre las prerrogativas que les da el contrato, constituyendo una violación de la propiedad el incumplimiento ilegal y no justificado de las disposiciones contractuales. También en materia de salud, la SCAA de Santiago Rol N° 6136/2005, en un caso en que una Institución de Salud Provisional (ISAPRE) se negó a cubrir los honorarios médicos de la implantación de un “balón intragástrico”, ya que de conformidad con el contrato de salud tal enfermedad no formaba parte de su propio arancel de prestaciones. La CAP indicó que tal enfermedad era parte del contrato y que el recurrente tenía un derecho de propiedad sobre la cobertura inherente a tal contrato, no pudiendo el requerido eximirse de asumir el costo del honorario médico, privando al afiliado del dominio sobre los derechos que emanaban de la mencionada convención³⁵⁵.

Ahora bien, como se indicó, estas relaciones privadas están vinculadas con derechos constitucionales, reconociendo alguna jurisprudencia tal particularidad y señalando, que para el análisis de los contratos de salud se debe tener presente que la salud tiene la jerarquía de valor jurídico amparado por el orden constitucional³⁵⁶, y que la relación contractual de salud no puede conformarse sobre la base de criterios únicamente mercantiles que miren sólo el interés de las ISAPRE, sino que éstas están sujetas a “una obligación fundamental que es prestar un servicio a todas aquellas personas que contratan para obtener tal atención”³⁵⁷.

La jurisprudencia que reconoce el derecho de dominio sobre el patrimonio se funda en que, una vez incorporado un derecho a este atributo de la personalidad, una negación de su ejercicio es una “actuación claramente violatoria de derechos preestablecidos”, representando tal acción una arbitrariedad³⁵⁸. Verificado el

³⁵⁵ SCAA de Santiago Rol N° 6136/2005, que dispone: “10°. Que la conducta de Colmena Golden Cross prescinde por entero del derecho del demandante a la propiedad sobre la cobertura inherente a su contrato de salud, toda vez que a nadie puede escapar que al no asumir el costo del honorario médico del mal del afiliado, lo priva, de hecho, del dominio sobre los derechos que emanan de la mencionada convención; 11°. Que de la manera estudiada se desprende que la negativa de la ISAPRE a asumir el referido costo, es ilegal y arbitraria y priva al señor Molina del legítimo ejercicio del derecho de dominio que, de la explicada manera, le reconoce el capítulo vigésimo cuarto del art. 19 de la Carta Fundamental, sobre las prerrogativas del contrato de salud”.

³⁵⁶ SCAA de Santiago Rol N° 423/2005, c.j.1°.

³⁵⁷ SCAA de Concepción Rol N° 34/1998, que dispone: “4) Que es del caso hacer presente que el presunto diagnóstico de Síndrome Ovárico Poliquístico fue hecho hace más de 16 años atrás y que la Sra. Villalobos Toledo fue madre de una hija en enero de 1989, según aparece del certificado de nacimiento agregado a fs. 76. Además también conviene tener presente que es evidente que Aetna Salud S.A. no es una empresa de carácter mercantil que esté guiada por el interés privado exclusivamente, pues si bien hay un ánimo de lucro de parte de quienes organizan esta clase de compañías, están sujetas a una obligación fundamental que es prestar un servicio a todas aquellas personas que contratan para obtener tal atención”.

³⁵⁸ En materia de seguridad social se ha entendido que una vez devengados los fondos previsionales no pueden ser objeto de limitación o restricción. Señala la SCS Rol N° 4734/2003: “7°) Que, como se advierte de lo expresado y de los antecedentes de la causa, la entidad recurrida, al negarse a hacer pago de los referidos fondos previsionales a los recurrentes, a

acto por el cual se establece un derecho a una persona (por ejemplo, la dictación de un acto administrativo³⁵⁹ o el cumplimiento de un plazo³⁶⁰) los derechos se entienden incorporados a su patrimonio y en consecuencia tutelados por el art. 19 N° 24 CPR.

A modo ejemplar, en materia de seguridad social por SCS Rol N° 20584/1993, y SCAA de Santiago Rol N° 3305/1994, se ha indicado que desde la verificación del acto que concede un bono o una pensión de vejez, la incorporación de tales derechos al patrimonio impide cualquier alteración a dicho *status* jurídico, estando prohibido volver a calcular unilateralmente el bono o dejar sin efecto la pensión, negando a la administración la facultad de invalidación de tales actos³⁶¹. Asimismo, respecto del derecho a la libertad de trabajo, la SCAA de Concepción Rol N° 259/1994, en un caso de unos profesores ganadores de un concurso público, se sostuvo que desde la notificación de la resolución que les comunicaba la adjudicación del concurso se establecía a su favor un derecho que se incorporaba a su patrimonio, no pudiendo ser privados del derecho sino por causa legal³⁶². En lo referente a la libertad de enseñanza, por SCAA de Santiago Rol N° 575/1997 se ha reiterado dicho criterio doctrinal, al resolverse, en un caso en que el Consejo Superior de Educación no había emitido el certificado de reconocimiento de una Universidad habiendo transcurrido el plazo para pronunciarse al respecto, la Corte reconoció el “derecho a tener por aprobado

quienes incluso se reconoció su calidad de herederos mediante la correspondiente posesión efectiva, ha incurrido en un acto ilegal, que vulnera la normativa que se indicó, del D.L. N° 3.500, a la vez que ha obrado arbitrariamente, por no existir ninguna razón atendible que justifique dicha negativa. Con ello ha afectado el derecho de propiedad de los referidos recurrentes, a quienes se ha impedido acceder a los referidos fondos y poder hacer uso de ellos. Esto es, se ha infringido el art. 19 N° 24 de la Constitución Política de la República mediante una actuación claramente violatoria de derechos preestablecidos”.

³⁵⁹ SCS Rol N° 20584/1993, c.j. 11°, SCAA de Santiago Rol N° 3305/1994, c.j. 3°, SCAA de Concepción Rol N° 259/1994, c.j. 6°.

³⁶⁰ SCAA de Santiago Rol N° 575/1997, c.j. 6°.

³⁶¹ SCS Rol N° 20584/1993, c.j. 11° y 12°; SCAA de Santiago Rol N° 3305/1994, c.j. 2° y 3°.

³⁶² SCAA de Concepción Rol N° 259/1994, que expresa: “6. Que los recurrentes consideran vulneradas las garantías establecidas en los numerados 16 y 24 del art. 19, esto es la libertad de trabajo y su protección y el derecho de propiedad. Esta Corte, cree que desde el momento que se notificó a los recurrentes que habían ganado el Concurso y asumieron sus funciones, adquirieron un derecho que está en su patrimonio, del cual no se les puede privar sino en virtud de causa legal. Y como se ha venido explicando, el hecho de que Contraloría se niegue al Registro, y aduzca que los decretos deben ser dejados sin efecto no constituye causa legal, sino una arbitrariedad, que lesiona gravemente el derecho de propiedad de los afectados y que, por la misma razón hace procedente el recurso de protección. Ni siquiera el Alcalde de Concepción, autoridad que dictó los decretos, podría dejarlos sin efecto sin causa legal, pues es sabido desde antiguo, que los actos administrativos pueden ser revocados por la misma autoridad que los dictó, a menos que hayan creado derechos pues en ese supuesto no cabe la revocación porque se lesionaría un derecho adquirido. Si no cabe que la propia autoridad que dictó el decreto lo deje sin efecto, con mayor razón no podrá hacerlo la Contraloría que, como se ha venido diciendo, no tiene este tipo de atribuciones;”.

su proyecto, derecho que ingresó a su patrimonio el día en que venció el plazo de caducidad”³⁶³.

Basados en esta teoría de la propiedad sobre el acervo patrimonial, los TSJ en determinadas ocasiones han estimado que la concurrencia de un perjuicio pecuniario debe considerarse como una vulneración del art. 19 N° 24 CPR, en razón de que tal menoscabo monetario vulnera el patrimonio de una persona y, consecuentemente, la propiedad sobre éste. Se observan diferentes situaciones factuales que se encuadran dentro de este razonamiento. Así, a modo ejemplar, en materia de salud, la privación de un beneficio de salud estimable en dinero, relacionado con las prestaciones médicas que debía otorgar el seguro privado y que éste no otorgó³⁶⁴ o la disminución en el patrimonio como consecuencia de un alza injustificada del valor de un plan de salud³⁶⁵ dan lugar a la tutela constitucional por vulnerarse el dominio sobre el patrimonio. En esta línea, pero en lo referente a la libertad de trabajo, también existen casos en que se ha estimado vulnerada la propiedad a raíz de multas ilegales y arbitrariamente impuestas³⁶⁶, o como consecuencia de la prohibición de ejercer un trabajo legal, ocasionando la inactividad del sujeto a consecuencia de la prohibición, un perjuicio pecuniario³⁶⁷.

El fundamento jurídico dado por los TSJ en torno al perjuicio económico como expresión de vulneración del derecho dominical es reflejo de la expansión extrema de la protección jurisprudencial de este derecho, puesto que la protección está radicada en la suma de dinero que la persona no percibió o dejó de percibir. Es una protección de un derecho sobre una cosa incorporal, confundiéndose la protección de un DF con la consecuencia de un examen de tipo civilista que justificaría la concurrencia de una indemnización de perjuicios, pero en vez de otorgarse la indemnización se concede la protección.

En cuanto al “objeto de la protección”, es decir, al elemento material o incorporal que el dominio ampara, los TSJ han razonado considerando la existencia de la ilegalidad o arbitrariedad de un acto, para luego indicar cuál es el objeto tutelado por este derecho. Esta fijación del objeto obedece al reconocimiento de la propiedad sobre cosas tanto corporales como incorporales, de modo que el objeto de la protección pueden ser distintos elementos según las situaciones factuales.

De esta forma, pueden constituir el objeto del derecho de propiedad los bonos representativos de dinero establecidos en favor de un beneficiario³⁶⁸, la matrícula

³⁶³ SCAA de Santiago Rol N° 575/1997, c.j. 6°.

³⁶⁴ SCS Rol N° 3241/2004, c.j. 9°; SCAA de Concepción Rol N° 3498/1998, c.j. 8°.

³⁶⁵ SCAA de Santiago Rol N° 2426/2004, c.j. 6°; SCAA de Santiago Rol N° 3056/2004, c.j. 4.

³⁶⁶ SCAA de Copiapó Rol N° 492/2004, c.j. 11°.

³⁶⁷ SCAA Rol N° 5098/1998, c.j. 4°.

³⁶⁸ SCAA de Santiago Rol N° 866/1993, c.j. 4°.

universitaria que confiere el derecho a obtener el título universitario³⁶⁹, los costos que han de serle cubiertos a una persona de acuerdo al plan de cobertura en un seguro privado de salud³⁷⁰, el derecho al empleo mientras esté vigente un contrato de trabajo³⁷¹ o los derechos que emanan de las disposiciones contractuales que protegen la salud, la educación o los convenios colectivos³⁷². Esta propiedad sobre los derechos emanados de los contratos se ha extremado, como lo expresa la SCAA de Santiago Rol N° 172/2001, hasta considerar que los sujetos tienen un derecho incorporal a obtener una “decisión consecuyente” de los organismos ante los cuales se presentan reclamaciones, no constituyendo tal exigencia una mera expectativa sino un derecho material (derecho subjetivo). Manifiesta dicha sentencia: “Sexto. Que al encontrarse acreditada la exposición del recurrente al riesgo, a partir de la resolución N° 2.051 del Compin se generó un derecho incorporal de dominio a una decisión consecuyente del INP y de la Superintendencia de Seguridad Social, lo que no cabe estimarse como una mera expectativa, pues reuniéndose en la especie los requisitos y exigencias legales para otorgar al señor Araneda el beneficio solicitado, conforme a la Ley N° 16.744, en las condiciones que esa normativa establece, se devengó un derecho material que sólo restaba formalizar, siendo el titular del mismo el señor Araneda que, por tanto, ha visto afectado su derecho de propiedad, consagrado en el N° 24 del art. 19 de la Constitución Política, derivado de su contrato de salud”³⁷³.

La reflexión jurisprudencial ha girado en torno a criterios de derecho privado no constitucional³⁷⁴, lo que permite tanto extender su contenido como desvirtuar

³⁶⁹ SCAA de Talca Rol N° 52485/1996, c.j. 15°.

³⁷⁰ SCAA de Santiago Rol N° 1012/2003, c.j. 11°.

³⁷¹ SCAA de Iquique Rol N° 35990/1998, c.j. 6°.

³⁷² A modo ejemplar, en materia sanitaria la SCS Rol N° 2635/2005, sostiene: “1°. Que la importancia que la salud adquiere en la calidad de vida de las personas la ha elevado a la condición de valor jurídico, que da cuerpo al bien de la salud pública, especialmente resguardado por el art. 19 de la Constitución Política de la República, al garantizar la libertad de acceso al sistema privado o al régimen público de cobertura, sujetando la opción por el primero a un denominado contrato de salud, ciertamente sometido a los principios y reglas de toda relación contractual;... 5°. Que de tales ilegalidad y arbitrariedad se sigue, indudablemente, directo e inmediato atentado al derecho de propiedad que asiste a la demandante sobre las prerrogativas contractuales protectoras de su salud, lo que impele a la Corte a conferir el amparo que se le solicita”. Por su parte, y en área educacional la SCAA de Valdivia Rol N° 1130, resuelve: “Cuarto. Que la Constitución Política de la República, garantiza a todos los ciudadanos el derecho de propiedad en sus diversas especies en este caso sobre los derechos que emana del contrato educacional, sin que los atributos que emanan de éste puedan ser afectados por actos de terceros sino en los casos expresamente establecidos, cuya no es la situación, por lo cual, al negársele sus derechos como estudiante excediendo la recurrida el marco de sus atribuciones, ha cometido una ilegalidad que debe ser enmendada por esta vía”. Vid. SCAA de Concepción Rol N° 152/1995, c.j. 9° y 10°; SCAA de Concepción Rol N° 313/2000, c.j. 2°; SCAA de Santiago Rol N° 436/2000, c.j. único.

³⁷³ SCAA de Santiago Rol N° 172/2001, c.j. 6°.

³⁷⁴ PEÑA GONZÁLEZ, cit., p. 671.

la protección de los DES. La protección por vía propiedad es un amparo lioso, debido a que los sujetos amparados no son siempre las personas necesitadas o los sectores vulnerables, sino que en ciertos casos el sujeto tutelado será el sujeto en mejor posición relativa, ello principalmente por la protección del derecho a la libertad de trabajo, pues existen casos en que el amparo recae sobre los empresarios, aspecto que refleja un criterio hermenéutico no social por parte de los TSJ³⁷⁵.

La doctrina jurisprudencial muestra que el ordenamiento constitucional chileno tiene una complejidad y una debilidad social estructural, al instituirse el sujeto empresarial como uno de los principales beneficiarios de la regulación de los DES. Asimismo, en lo relativo a la regulación contractual y a la tutela conexa, se debe considerar que la protección está referida a los sujetos sometidos a un régimen privado, lo cual es importante en materia de salud y educación, pues no son los sujetos más necesitados los que acceden a los sistemas privados sanitarios ni educacionales, situaciones que reflejan la precariedad de la protección de los DES y de la tutela indirecta vía propiedad.

8. La protección “conexa” por la vía del principio de igualdad: prohibición de discriminación en la ley y en la aplicación de la ley y su tutela jurisprudencial por conexión igualitaria

El art. 19 N° 2 CPR consagra la igualdad ante la ley, que más bien se refiere a la igualdad en la ley, al exigir que materialmente los textos legales no deben contener distinciones subjetivas, representando un límite a la acción legislativa (como límite al poder)³⁷⁶ y al contenido de la ley. El texto constitucional constituye una matriz de igualdad donde todos queden sujetos a mismo ordenamiento³⁷⁷, imponiendo ciertas restricciones básicas al contenido legal, al no reconocer personas ni grupos privilegiados, declarando abolida la esclavitud, la igualdad de hombres y mujeres y la prohibición de discriminaciones arbitrarias por parte de la ley y de la autoridad³⁷⁸. El imperativo hacia la autoridad pública representa la consagración de otra dimensión igualitaria referida a la igualdad

³⁷⁵ Vid. SCAA de Coyhaique Rol N° 37/2000, SCAA de San Miguel Rol N° 97/1995, SCAA de Temuco Rol N° 1233/1996.

³⁷⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* T. XVIII, 1997 (Actas de las XXVII Jornadas de Derecho Público), p. 170.

³⁷⁷ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *Principio constitucional de igualdad ante la ley*, ConoSur, Santiago 2001, p. 119.

³⁷⁸ Textualmente establece el art. 19 N° 2 CPR: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

en la aplicación de la ley, aspecto en que el sujeto pasivo del mandato son los órganos administrativos y judiciales, obligados a evitar acciones que provoquen situaciones de desigualdad. Los órganos de la Administración deben evitar tales actuaciones en los actos y resoluciones administrativos, y el poder judicial en el procedimiento y en las resoluciones judiciales.

La sustancialidad del numeral 2° radica en la prohibición de discriminación arbitraria que veda una acción legislativa y de la autoridad carente de objetividad. Se ha entendido la arbitrariedad como un actuar contrario a la justicia o a la razón, desproporcionado con relación a los objetivos perseguidos³⁷⁹, o aquella distinción contraria a la ética elemental o a un proceso de análisis intelectual³⁸⁰, cuya finalidad es “acrecentar la esfera de contenido que protege el derecho a la igualdad ante la ley y permitir un control estricto de las categorías distintivas contenidas en la ley, en cualquiera de sus formas”³⁸¹.

El principio de igualdad en la ley se estructura sobre la clásica distinción entre igualdad y desigualdad, consagrando la prohibición de normas particulares o referidas a personas o grupos determinados (ley general y abstracta), prohibiendo al legislador establecer privilegios, diferenciaciones o desigualdades en su regulación normativa basadas en criterios irracionales, sin perjuicio de la posibilidad de disponer normas diferenciadas que establezcan distinciones normativas justificadas frente a situaciones o circunstancias que ponen a los sujetos en posiciones de desigualdad comparativa, aunque se debe evitar la arbitrariedad de la distinción³⁸².

Al ordenar la prohibición de discriminaciones arbitrarias el constituyente consagró una veda bajo la forma de su opuesto. Al impedir la arbitrariedad en la discriminación está consagrando *a contrario sensu* la procedencia de la discriminación siempre que no sea arbitraria (principio de discriminación no arbitraria), estructurándose así el principio de igualdad sobre dos líneas gruesas: la primera, consagradora de la igualdad en la ley (inciso primero) cuyo sujeto activo y pasivo son todas las personas y en cuya virtud cualquier actuación en contraposición a la generalidad y objetividad de la ley produce una vulneración del principio igualitario (discriminación), y la segunda, que establece la posibilidad del tratamiento diferenciado en el contenido de la ley bajo criterios racionales y objetivos por parte del legislador, y una aplicación por parte de la autoridad también diferenciada y sujeta a iguales parámetros de no arbitrariedad.

³⁷⁹ CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, T. II, cit., p. 130.

³⁸⁰ EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, T. II, cit., p. 125.

³⁸¹ GÓMEZ BERNALES, Gastón, “El principio de igualdad constitucional”, en NAVARRO BELTRÁN, Enrique (editor), *20 años de la Constitución chilena: 1981-2001*, ConoSur, Santiago 2001, p. 177.

³⁸² GÓMEZ BERNALES, cit., pp. 179 y 181.

La jurisprudencia de los TSJ no es abundante en materia de protección conexa de los DES por vía igualitaria. Los TSJ se sujetan al aforismo filosófico de “tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales” para su análisis de la igualdad, de modo que las normas jurídicas deben ser iguales para todos los que se encuentren en las mismas circunstancias y deben tratar desigualmente a los desiguales. La arbitrariedad vulneradora de los DES puede ocasionarse por acciones contrarias a la razón, la solidaridad, irreflexivas, injustas, debiendo examinarse si la actuación de los sujetos aparentemente vulneradores de la igualdad se encuadran en tales conceptos genéricos³⁸³. Se analiza si la ley se ha aplicado en forma general a todos los sujetos, verificando si el sujeto que reclama la discriminación se encuentra en una posición desmejorada en la regulación legal. A modo ejemplar, la SCAA de Talca Rol N° 52485/1996, en un caso de eliminación de un alumno de una universidad, se estimó que atentaba contra el art. 19 N° 2 CPR la omisión de resolver, por parte de las autoridades universitarias, la solicitud de condicionalidad presentada por el alumno antes de formalizar su eliminación, no respetándose las exigencias reglamentarias que norman dicha situación³⁸⁴.

Conjuntamente, la desigualdad normativa está permitida, aunque debe estar fundamentada y sujeta a ciertas limitantes configurativas. La SCAA de Santiago Rol N° 1249/1994 expresó que el art. 19 N° 2 CPR se refiere a la igualdad en el ámbito sociológico y que, tanto la autoridad como el legislador deben en múltiples ocasiones establecer normas diferenciadoras, siempre y cuando éstas provengan de la “convivencia social como de la naturaleza”. Ahora bien, la jurisprudencia prohíbe aquellas diferenciaciones no fundadas en la razón, la justicia y que no propendan al bien común³⁸⁵. En este sentido, para los TSJ la argumentación favorable a la diferenciación legal puede estar radicada en dos niveles argumentativos extrapositivos pero de orden constitucional: uno de tipo sociológico que persigue el logro de objetivos sociales de relevancia, y otro de orden iusnaturalista, que vincula a razones anteriores o superiores a la norma constitucional las motivaciones diferenciadoras. Dentro de dichas fundamentaciones genéricas se disponen ciertas condiciones al contenido de la diferenciación, exigiendo que ésta sea racional, justa, tendiente al bien común, etc. Como se ve, se trata de condiciones vagas en cuanto a su contenido jurídico, pues no pasan de ser conceptos discursivos que no se especifican. La desigualdad se estructura bajo una doble generalidad, la del fundamento y la del contenido de tales fundamentos, otorgando al órgano jurisdiccional un amplio margen argumentativo protector.

El razonamiento gira sobre la base de la interacción de los dos incisos del art. 19 N° 2 CPR. Los tribunales desarrollan sus consideraciones sobre la siguiente base: a) examen de la situación factual de conformidad a la legalidad

³⁸³ SCAA de Santiago Rol N° 1014/1997, c.j. 6° y 8°.

³⁸⁴ SCAA de Talca Rol N° 52485/1996, c.j. 16°.

³⁸⁵ SCAA de Santiago Rol N° 1249/1994, c.j. 16°.

o norma infralegal regulatoria, y b) análisis de la existencia o inexistencia de un tratamiento injustificado o de los fundamentos para la diferenciación. Ahora bien, la justificación de la discriminación no arbitraria es una obligación procesal de los sujetos supuestamente vulneradores, lo que debe ser apreciado por el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica, al cabo de lo cual éste sólo necesita expresar algunos elementos genéricos de lo que se debe entender por arbitrario³⁸⁶.

En determinados casos los TSJ realizan su examen utilizando un término de comparación (*tertium comparationis*), que es acompañado por el recurrente o dispuesto por los propios tribunales³⁸⁷. La SCS Rol N° 2395/1996, referida a un recurso de protección fundado en el derecho a la seguridad social por vía del principio de igualdad, en el caso del funcionario de una universidad a quien se le elevó el monto de su asignación complementaria pero sólo por un tiempo definido, mientras al resto de los funcionarios ubicados en igual posición jurídica se le otorgó igual beneficio pero sin límite de tiempo. Al acreditarse que el sujeto recurrente estaba en una posición real desmejorada comparativamente con otros sujetos que se ubicaban en igual posición jurídica, se declaró que fue discriminado de una manera no racional, al no aplicársele la misma regla de reajustabilidad e impedirle obtener ciertos beneficios que se le reconocían a los demás funcionarios. La comparación se efectúa generalmente teniendo como canon una disposición legal de la cual se derivan consecuencias diferentes entre las personas³⁸⁸.

De igual manera se han amparado los DES por vía igualitaria sobre la base de una omisión arbitraria, ante la existencia de una legislación diferenciadora de trato, respecto de la cual los órganos públicos debieron efectuar una aplicación de dicha ley reconociendo la desigualdad normativa y, sin embargo y sin fundamentación justificativa, no lo hicieron. Así, la SCAA de Concepción Rol N° 125/1999, en un caso donde se reclamaba por parte de un grupo de padres y alumnos que las escuelas municipales procuraran clases de religión para los alumnos evangélicos, la negativa de la autoridad educacional sin razón justificada fue considerada por la CAP como una acción que adolecía de arbitrariedad, al estar la autoridad administrativa en condiciones de proveer tal requerimiento

³⁸⁶ En un caso de cancelación de matrícula, la CAP de Santiago señaló que los argumentos invocados para la cancelación de la matrícula durante el curso del año escolar “no son suficientes para justificarla”, ello fundado en las consecuencias negativas que ocasiona al menor, debido a la dificultad de reubicar al menor en otro establecimiento educacional. Vid. SCAA de Santiago Rol N° 2091/1996, c.j. 3°. Sobre la apreciación de la prueba bajo las reglas de la sana crítica, tal criterio es afirmado por las SCAA de Antofagasta Rol N° 15370/2002, c.j. 6° y SCAA de Puerto Montt Rol N° 118/2005, c.j. 5°.

³⁸⁷ Como se argumentó en el Capítulo II, y siguiendo a Suay Rincón, el término de comparación está referido a “indicar los supuestos de hechos con los que se ha de comparar aquél en que el recurrente se encuentra a fin de verificar si ha existido o no la discriminación que alega”.

³⁸⁸ SCS Rol N° 2395/1996, c.j. 3°. Vid. SCAA de Rancagua Rol N° 1878/2003, c.j. 3° y 5°.

académico. La autoridad administrativa no generó una situación diferenciadora reconocida en la ley a favor de los alumnos que optaban por clases de religión, cualquiera fuese el credo de éstos³⁸⁹.

Por otra parte, las Cortes han utilizado un criterio de igualdad por homologación moral-social, considerando la existencia de ciertos mínimos de conducta y de acción que las personas deben respetar, no siendo objeto de tutela igualitaria el alejamiento de tal parámetro social. Así, la SCAA de Valparaíso Rol N° 475/1993 declaró que no vulneraba el principio de igualdad el impedir que un alumno de colegio llevase el pelo largo, pues permitir tal conducta significaba una “desigualdad injusta y arbitraria, porque tan inmoral como sería tratar desigualmente a los iguales, lo es tratar igualmente a los desiguales”³⁹⁰.

El error de la Corte es doble, al tratar en primer lugar de fijar o establecer fundamentos morales para el trato de igualdad en vez de acudir a motivaciones jurídico-constitucionales, radicando así su decisión en criterios extraconstitucionales y subjetivos. La cuestión sería de menor complejidad si el texto regulatorio del principio de igualdad fijara un canon moral de comparación,

³⁸⁹ Indica la SCAA de Concepción, Rol N° 125/1999: “Décimo. Que aunque lo actuado por los recurridos Alcalde de la Municipalidad de San Pedro de la Paz y Director de la Dirección de Administración de Educación Municipal no puede calificarse de ilegal en razón de ajustarse a la normativa educacional vigente, sí han incurrido en una omisión arbitraria, pues, existiendo un porcentaje significativo de padres y apoderados que manifiestan su interés en que a sus hijos y pupilos se les imparta clases de religión evangélica, programas de estudio de religión evangélica aprobados por el Ministerio de Educación y personas con Certificados de Idoneidad para ejercer como profesores de religión evangélica, no han adoptado las medidas suficientes para implementar en los establecimientos educacionales municipalizados clases de religión evangélica para los alumnos que profesan dicho credo, tal como lo manda el decreto 924, de 1983, del Ministerio de Educación. Que aunque sea sólo a mayor abundamiento, pues ha quedado demostrado en autos que sí lo hay, detectada la necesidad de impartir clases de religión evangélica a los alumnos de los establecimientos educacionales municipalizados de la comuna, si éstos no cuentan con personal idóneo, es de competencia del Director del DAEM requerirlo a la autoridad religiosa que corresponda, conforme a las preferencias de los padres y apoderados. Undécimo. Que así las cosas, la omisión arbitraria de los recurridos Alcalde de la Municipalidad de San Pedro de la Paz y Director de la Dirección de Administración de Educación Municipal (no adoptar las medidas para que se impartan clases de religión evangélica en los establecimientos educacionales municipalizados de la comuna) causa perturbación en el legítimo ejercicio del derecho a la igualdad ante la ley y a la libertad de conciencia consagrados en el art. 19 N°s 2 y 6 de la Constitución Política de la República, entendido, la primera, en el sentido que la ley no puede ser impuesta en forma diversa a casos similares o semejantes, en base a distinciones o preferencias entre personas, de modo que las clases de religión deben impartirse igualitariamente cualquiera sea el credo religioso que profese el alumno. Y la segunda, como la facultad que tienen las personas para profesar toda clase de religiones, de recibir e impartir enseñanza religiosa por cualquier medio y de elegir para sí o sus hijos o pupilos, la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Que, por último, cabe considerar que el derecho a la educación consagrado en el art. 19 N° 10 de la Carta Fundamental no se encuentra amparado por el recurso de protección”.

³⁹⁰ SCAA de Valparaíso Rol N° 475/1993, c.j. 5°.

pero tal presupuesto no concurre, de modo que los TSJ no están habilitados por el constituyente para fundar su razonamiento en ese tipo de criterios. También es erróneo el proceder jurisprudencial al discriminar en razón de la condición determinada del alumno, sin invocar una motivación racional o siquiera plausible para justificar el proceder del colegio recurrido, pues simplemente expresa una insustancialidad discursiva al indicar que la exigencia de un corte de pelo “normal” no vulnera el principio de igualdad³⁹¹.

9. La protección del derecho a la salud vía derecho a la vida: la protección indirecta por “incorporación”

La protección del derecho a la vida en el orden constitucional chileno (art. 19 N° 1 CPR) se inscribe en la corriente constitucional post Segunda Guerra Mundial, incorporando al texto una mención expresa de este derecho, fundada en el art. 1° de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (Pacto de San José de Costa Rica) y en el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁹².

El texto se estructura sobre la base de un enunciado general y tres enunciados específicos, normando primeramente “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”, aspecto referido al derecho que tiene toda persona a la existencia, a la conservación y protección de su vida, entendida como “un estado de actividad sustancial propio del hombre” en sus aspectos biológicos, físicos y psíquicos³⁹³. El imperativo protector de la vida humana se extiende tanto a la autoridad como a los particulares, debiendo el ordenamiento jurídico disponer mecanismos de protección. Este derecho es de carácter relacional, al estar vinculado con otros derechos constitucionales, como son el derecho a la integridad, a

³⁹¹ Expresa el texto objeto de análisis: “5°) Que, en tal virtud, la exigencia de un corte de pelo acorde con lo estipulado en el Reglamento Interno y de Higiene y Seguridad del establecimiento educacional recurrido, no puede significar una privación, perturbación o amenaza, arbitraria e ilegal por añadidura, a ninguna garantía o derecho constitucional del recurrente. No se divisa la forma como la obligación de un corte de pelo normal, establecida en el reglamento con un fin análogo, por decirlo así, al que significa a su vez la imposición del uso de uniforme, podría ser atentatorio al derecho a la vida, o a la integridad psíquica o física de una persona, o un apremio ilegítimo, o una diferencia arbitraria que entrañe desigualdad ante la ley”.

³⁹² El art. 19 N° 1 CPR consagra: “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer. La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado. Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo”. Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre establece en su art. 1°: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona”, y el art. 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona”.

³⁹³ VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA, NOGUEIRA ALCALÁ, cit., p. 199.

la salud y a la legítima defensa. Así se incorpora al concepto de vida no sólo una dimensión existencial, sino también sustantiva, ligada a la calidad de la vida de las personas y el derecho a rechazar atentados contra ella³⁹⁴.

La CPR no sólo protege el derecho a la existencia (vida propiamente tal) sino también a la integridad física y psíquica, es decir, el derecho a la vida en plenitud de sus facultades físicas y mentales. Se establece una imposición de orden fundamental para la conservación sin detrimento del cuerpo humano, prohibiéndose todo accionar estatal o de terceros que atente contra tal integridad (una excepción en directa contradicción con este mandato y significación, está dispuesta en el propio texto constitucional al permitirse la aplicación de la pena de muerte).

En lo que respecta a los enunciados específicos, el inciso segundo dispone en primer término que “la ley protege la vida del que está por nacer”. Con este enunciado el constituyente le otorga reconocimiento constitucional al *nasciturus*, aspecto que tiene como cuestión nuclear determinar “desde cuándo” el constituyente protege la vida. En abstracto la respuesta está condicionada por las posiciones ideológico-jurídicas de los expertos, distinguiéndose entre posiciones más o menos liberales y más o menos conservadoras según el valor que se le otorga al *nasciturus* y a la libertad de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo. Hay un acuerdo mayoritario en la literatura científico-constitucional chilena que ello ocurre desde la concepción, entendiéndose que desde aquel momento se está en presencia de un ser humano que reúne todas las cualidades, aunque su desarrollo pleno como ser humano sea aún potencial³⁹⁵.

Los incisos 3° y 4°, regulan el establecimiento de la pena de muerte y la prohibición de apremios ilegítimos, respectivamente. La pena capital sólo podrá ser establecida para determinados delitos cuando así lo establezca una ley aprobada por quórum calificado (mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, art. 66 CPR)³⁹⁶. La prohibición de apremios ilegítimos tiene directa vinculación

³⁹⁴ EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, T. I, cit., p. 114 y s.

³⁹⁵ Adhieren a esta corriente: CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, T. II, p. 98 y s.; DIEZ URZÚA, Sergio, *Personas y valores*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1999, pp. 125-130; EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, T. I, cit., p. 113 y s.; VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA, NOGUEIRA ALCALÁ, cit., p. 199 y s.; VIVANCO MARTÍNEZ, “Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica en la carta fundamental de 1980”, en NAVARRO BELTRÁN, Enrique (editor), *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, cit., p. 148.

³⁹⁶ Esta obligación de legalidad de la imposición de la pena de muerte concilia la norma constitucional con el art. 4.2 del Pacto de San José de Costa Rica que establece que en aquellos países en que no se ha abolido la pena de muerte, ésta únicamente se podrá establecer por ley. Ahora bien, la eliminación de la pena de muerte se ha producido desde la legalidad, no desde el poder constituyente, derogando diversos textos legales que la contemplaban para situaciones específicas. La Ley N° 19.029 de 1991 derogó diversas disposiciones que disponían la pena de muerte y que de conformidad a la primera disposición transitoria de la Constitución requería una ley de quórum calificado para su aprobación. La Ley N° 19.734 de 2001 suprimió las referencias a la pena de muerte que contenía el Código Penal, reem-

con el inciso de este numeral primero (derecho a la integridad física y psíquica), en que las personas gozan de un *status* completo de tutela. Este inciso regula que las medidas que se adopten no pueden ser contrarias a la legalidad, desproporcionadas, injustificadas o abusivas.

El derecho a la vida se configura como un derecho global y compuesto de diversos derechos y deberes. Se ordena primariamente en un nivel básico y matriz que lo instituye como un derecho de “todo o nada”, en el sentido de que es un derecho a la “existencia” (a estar vivo), entendiéndose vulnerado el derecho al privar de la vida a una persona. Esto implica dificultades bipolares, al poder considerarse que en la medida en que un sujeto mantiene los requisitos mínimos biológicos de vida no se puede dar por vulnerado el derecho, lo que sólo podría afirmarse al privarle de forma total de la vida, cuestión que se torna compleja porque una posible vulneración del derecho conlleva la supresión del sujeto titular de éste y del derecho en ese momento.

Ahora bien, la vida debe ser considerada como un derecho con distintas intensidades, contexto en el cual los supuestos antes reseñados sólo representan situaciones extremas del análisis del derecho, pues entre tales sucesos se encuentran muchas situaciones factuales con consecuencias jurídicas. Junto a este derecho primario a la existencia (a vivir) concurren derechos como el derecho a la conservación de la vida genéricamente considerado, el derecho al acceso a todas aquellas acciones que permitan la conservación de la vida, el derecho al no menoscabo físico o psíquico, entre otros. La construcción como derecho / deber conlleva la obligación de los terceros, tanto de sujetos individuales, colectivos como de la entidad estatal, a procurar los medios necesarios para el respeto efectivo del derecho. Lo anterior es relevante para los efectos de cuándo se debe entender vulnerado el derecho, no pudiendo fijarse como parámetro únicamente su ordenación primaria, sino que deben considerarse todas las intensidades que fijan derechos y deberes intermedios.

Los TSJ han planteado algunos casos en que el DES a la protección de la salud ha sido amparado a través del derecho a la vida. Los TSJ han configurado una tutela del derecho a la salud por “*incorporación*” de partes del contenido esencial de este derecho al contenido esencial del derecho a la vida. Las infracciones a la conservación de la salud representan una vulneración al núcleo infranqueable del derecho a la vida.

Para tal amparo se le ha otorgando al derecho a la vida una significación extensa pero de escaso contenido constitucional concreto, interconectando a un nivel general la conservación de la salud con la vulneración de la vida de las personas

plazando dicha pena por la de presidio perpetuo, disponiendo que únicamente se accederá al derecho a la libertad condicional transcurridos 40 años de privación efectiva de la libertad. La Ley N° 19.804 de 2002 sustituyó la pena de muerte contemplada en la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile por la de presidio perpetuo calificado.

(principalmente en grado de amenaza, pero de referencia sólo nominal). La SCAA de Valparaíso Rol N° 821/2000, sobre un recurso de protección interpuesto en contra de la autoridad sanitaria, por la omisión del ejercicio de sus facultades y deberes de tomar las medidas que le correspondían para proceder a la operación quirúrgica de treinta personas y cerca de tres mil pacientes que esperaban tal intervención, expresa que el derecho a la salud no está tutelado por el recurso de protección (sino sólo la libre elección del sistema de salud), pero que sí lo está el derecho a la vida, derecho que por su amplitud de significado permite amparar a los recurrentes, ordenando a los recurridos adoptar todas las medidas pertinentes dentro de las atribuciones que les competen³⁹⁷.

Aquellas situaciones en las cuales la salud de una persona se puede ver menoscabada representan una vulneración al derecho a la vida de la misma. La tutela del derecho a la salud por medio del derecho a la vida ha girado principalmente en torno al presupuesto de amenaza del art. 20 CPR, puesto que el estado precario de salud se instituye como razón suficiente para dar por acreditado el peligro a que puede estar sujeta la vida de los individuos. Se desarrolla un razonamiento conjunto e interconectado entre la salud y la amenaza que acredita la integración del contenido esencial de la salud al de la vida, disponiéndose que los derechos amenazados son la vida y la salud, pero al acogerse los recursos sólo se hace mención a la vida, debido a la inexistencia de amparo directo del derecho a la salud. La SCAA de San Miguel Rol N° 334/2000 resuelve el recurso de protección interpuesto por el Director de un hospital en favor de un paciente menor de edad, respecto del cual sus padres se oponían a la realización de transfusiones de sangre en razón de la religión del menor y la de éstos (Testigos de Jehová). El menor padecía “Leucemia Mieloblástica Aguda”, enfermedad de alto riesgo para la vida, debiendo recibir algunas transfusiones de sangre durante la quimioterapia. La CAP sostuvo que de acuerdo con los antecedentes médicos se hacía indispensable para la vida y la salud del menor la realización de dichas transfusiones, y que los médicos estaban obligados a mantener su vida, incluso en contra de la voluntad de éste y de sus familiares, afirmando que la vida y la salud estaban por sobre la libertad de conciencia y manifestación de todas las creencias (art. 19 N° 6 CPR). Expresa la Corte: “Ello, por cuanto debe primar la preservación de la *vida y salud* del paciente por sobre cualquier otra clase de consideraciones, aun de orden religiosa, que la pongan en riesgo”. A partir de tales consideraciones la CAP acogió el recurso de protección fundado en el derecho a la vida, al considerar la conducta de los padres contraria a la vida e integridad física del menor³⁹⁸.

En estos casos en que se ha solicitado la protección por vía de la vida de la salud, al negarse el paciente y sus parientes cercanos a la transfusiones de sangre por motivos religiosos, la jurisprudencia ha fijado la primacía del derecho

³⁹⁷ SCAA de Valparaíso Rol N° 821/2000, c.j. 7°.

³⁹⁸ SCAA de San Miguel Rol N° 334/2000, c.j. 4°, 5°, 7° y 8°. Vid. SCAA de Copiapó Rol N° 3569/1992, c.j. 6° y 7°; SCAA de Santiago Rol N° 3645/1997, c.j. 6°.

a la vida y a la salud por sobre cualquier fundamento religioso. Tal criterio ha tenido fundamentos multifactoriales, concurriendo imperativos deontológicos, institucional-legales y sociológicos. En este sentido, se ha afirmado que existe una obligación general de la institucionalidad sanitaria de cumplir con determinados imperativos éticos referidos a la conservación de la salud de los pacientes cuando esto sea necesario (juramento médico de conservación de la vida y sujeción a la *lex artis* médica). El argumento institucional se vincula a los imperativos legales que recaen sobre los establecimientos de salud, los cuales al contar con medios humanos y materiales tienen un deber inexcusable de proceder.

La SCAA de Copiapó Rol N° 3569/1992 expresa correctamente estos fundamentos deónticos, institucionales y sociológicos. En ella, al igual que en el caso antes comentado, el Director de un hospital interpone el recurso de protección en favor de un menor respecto del cual sus familiares se niegan a que se le efectúen transfusiones de sangre por motivos religiosos. La Corte estima que, no obstante reconocer la libertad de conciencia y de manifestación de todas las creencias, el haber conducido la madre al menor a un hospital para que recibiera atención médica por su grave estado, y de conformidad con los antecedentes existentes, el derecho a la vida y a la salud deben prevalecer por sobre dicha libertad, debiendo el hospital proporcionarle los auxilios médicos necesario al disponer de los elementos humanos y materiales para que el paciente recuperara la salud y mantuviera la vida. Igualmente, la Corte expresó que el juramento y el rol profesional del médico constituyen imperativos éticos para su actuación³⁹⁹.

La sentencia basa su ponderación de la vida y de la salud por sobre la libertad de conciencia en criterios sociológicos, por cuanto se estima procedente hacer un juicio valorativo de conformidad a las “normas socioculturales generalmente admitidas”⁴⁰⁰. Esta última motivación representa un criterio de ponderación subjetivo, radicado en consideraciones meramente personales de los jueces, al no expresar la o las normas constitucionales que permiten una interpretación con tal carácter, sino que únicamente parámetros discursivos. La colisión de derechos se resuelve en favor de la primacía de la vida y de la salud en forma absoluta por sobre la libertad de conciencia, al establecerse que tal preeminencia procede aún contra la voluntad de las personas afectadas y de sus parientes⁴⁰¹. Ahora bien, lo anterior es importante, en razón de que los TSJ han fijado la preponderancia de un derecho con argumentos plausibles y racionales, sin fundar la preferencia simplemente en el criterio jerárquico antes analizado.

Por otro lado, los TSJ han otorgado a la salud una protección indeterminada, por cuanto la tutela tiene como elemento fundante la significación general del

³⁹⁹ SCAA de Copiapó Rol N° 3569/1992, c.j. 6° y 8°. Vid. SCAA de San Miguel Rol N° 334/2000, c.j. 5° y 7°.

⁴⁰⁰ SCAA de Copiapó Rol N° 3569/1992, c.j. 8°.

⁴⁰¹ SCAA de San Miguel Rol N° 334/2000, c.j. 5°.

derecho a la vida que otorgan los TSJ. La indeterminación protectora consiste en que los tribunales realizan una referencia genérica y nominal al derecho a la vida, realizando una reflexión argumentativa sin contenido constitucional específico, pero que permite su invocación para la tutela del derecho a la salud. Esto conlleva la posibilidad de invocar su tutela en determinados casos en que el derecho a la salud se ve vulnerado por la *omisión o arbitrariedad* de la autoridad sanitaria.

Así, en un caso en que se interpuso un recurso de protección en favor de los pacientes en lista de espera para ser sometidos a una intervención quirúrgica, los TSJ estimaron que conforme al significado amplio del derecho a la vida la vida estaba siendo vulnerada y procedía el amparo⁴⁰². Igual criterio se utiliza al acoger un recurso en el cual un paciente reclamaba el acceso al contenido de su ficha clínica, afirmando el tribunal que la negativa a dicha información era arbitraria y vulneraba el derecho a la vida del sujeto, no indicando de qué forma o manera tal negativa vulneraba el derecho⁴⁰³. La actuación de los TSJ tiene un sentido correcto al tratar de amparar el derecho a la vida y a la salud, pero las argumentaciones discursivas reflejan la poca profundidad del tratamiento del derecho objeto de control y la consecuencial debilidad de éste, al no afirmarse un contenido constitucional, sino que deja en manos de los jueces una posible argumentación protectora según el caso y el criterio del tribunal. Lo anterior reafirma el análisis efectuado con relación a la inexistencia de contenido constitucional de los DFS, contenido que se hace depender de la normativa infraconstitucional o en consideraciones vagas que no comprenden su contenido esencial.

⁴⁰² Indica la SCAA de Valparaíso Rol N° 821/2000: “Séptimo. Que, en cuanto a la impugnación que se ha hecho sobre el fundamento de derecho del recurso, debe ser desestimada, porque no puede afirmarse que lo procedente sea el derecho a la protección de la salud que se contempla en el número 9° del art. 19 de la Constitución Política de la República, porque en el art. 20 de la misma Carta Fundamental se le limita a su inciso final, que trata del derecho a elegir el sistema de salud, lo que no resulta consecuente con la materia del recurso y que, en cambio, sí lo es el derecho a la vida del número 1° de aquella norma, que por su propia *amplitud de significado*, que fluye del hecho que origina la acción deducida, como es que haya una lista de espera que afecte a personas que requieren una intervención quirúrgica”.

⁴⁰³ Sostiene la SCAA de Santiago Rol N° 3645/1997: “Sexto. Que, en consecuencia, al negarse el recurrido a entregar copias de las fichas clínicas que contienen la información relativa al procedimiento de instalación del catéter en la recurrente, sin haber disposición legal que lo prohíba, ha incurrido en un acto arbitrario que, en el caso de autos reviste la mayor importancia, por cuanto se ve comprometida la salud y la integridad física y síquica de la recurrente, acto que esta Corte debe corregir a través de esta vía cautelar, restableciendo el imperio del derecho que se estima conculcado”.

CONCLUSIONES

El presente trabajo ha tenido como objeto la estructuración a nivel jurisprudencial de los modelos de tutela de los DES en España y en Chile. Con tal finalidad se examinó cómo y bajo que parámetros jurídico-constitucionales se ordena el amparo de estos derechos, analizando cada uno de los elementos configuradores de dicha protección. Para lo anterior, como marco teórico conceptual y previo, se revisaron en general los principales elementos relevantes de los DES como categoría jurídica, su génesis histórica, la estructuración del Estado social como sustrato político-jurídico, el proceso de constitucionalización y la particular construcción jurídica de los DES (concepto, fundamentos, estructura jurídica y garantías).

En ese contexto se puede concluir que tanto la jurisprudencia española como la chilena ordenan la tutela de los DES por medio de dos mecanismos de protección: uno “*directo*” y otro “*indirecto*”. El amparo directo opera bajo los patrones jurídicos de la protección reforzada que disponen los dos ordenamientos constitucionales para ciertos DES (el derecho a la educación, la libertad sindical y el derecho a la huelga, en el caso español, y los derechos a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a elegir el sistema de salud, la libertad de enseñanza, la libertad de trabajo, su libre elección y la no prohibición de éstos y el derecho a sindicarse libremente, en el caso chileno), esto es, por la vía del recurso de amparo y de inconstitucionalidad en el modelo español, y a través del recurso de protección en el modelo chileno. La tutela directa se conforma a nivel jurisprudencial bajo las mismas premisas jurídico-constitucionales que rigen para el resto de los derechos que gozan de protección reforzada, de modo que el examen de tal protección debe necesariamente centrarse en las reglas protectoras generales de los DDF.

La tutela indirecta se presenta en la jurisprudencia como consecuencia del alcance restrictivo de la tutela directa. En un contexto de precariedad protectora, los dos modelos otorgan protección indirecta a través de dos mecanismos: la protección por “*conexión*” y por “*incorporación*”. La protección por conexión está referida al amparo que los tribunales otorgan a ciertos DES (con y sin tutela reforzada) por medio de otro derecho constitucional no social. Los tribunales estructuran su argumentación desde el derecho no social y conceden tutela a los DES, a partir de tales construcciones hermenéuticas. En el caso español la protección conexa se ha dispuesto por medio del principio de igualdad (protegiendo el derecho a la educación, a la libertad sindical, al trabajo, a la negociación colectiva, a la seguridad social y a la vivienda digna) y, en una forma particular, conectando el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar con el derecho a la libertad sindical. El modelo chileno ordena el amparo por conexión principalmente por la vía del derecho de propiedad (tutelando el derecho al medio ambiente, el derecho a la salud, el derecho a la educación, la libertad

de enseñanza, el derecho al trabajo, la libertad de trabajo, el derecho a huelga y el derecho a la seguridad social) y, en menor medida, a través del principio de igualdad (resguardando los derechos al medio ambiente, a la educación, a la huelga y a la seguridad social).

La incorporación, como segunda línea indirecta de protección, se dispone mediante la agregación de todo o parte del contenido constitucional de un DES al contenido esencial de otro derecho constitucional, constituyendo el contenido del DES parte integrante del núcleo de indisponibilidad del otro derecho. La jurisprudencia española ha protegido el derecho a la negociación colectiva por medio de la agregación de parte de su contenido constitucional al contenido esencial de la libertad sindical (en lo referente a los sindicatos), así como el derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado y el derecho a la vivienda digna, incorporando sus contenidos constitucionales al contenido esencial del derecho de propiedad, específicamente, a la función social de ésta. Los tribunales chilenos han utilizado este mecanismo de incorporación para dar protección al derecho a la salud, adicionando su contenido esencial al contenido esencial del derecho a la vida, aunque de una manera vaga y precaria, en razón de que el derecho a la salud ha sido tratado desde una perspectiva general por los TJS, sin otorgarle un contenido constitucional concreto. Se ha señalado, más bien, que el derecho a la salud es parte del derecho a la vida, pero sin fijar su contenido constitucional concreto.

Ahora bien, cabe mencionar que la tutela directa e indirecta en el modelo chileno sólo puede ser entendida y examinada teniendo como marco previo el armazón institucional-estructural consagrado en el art. 20 CPR.

Bajo estos parámetros explicativos generales, la tutela concreta que ha conferido el TCE y los TSJ se ha dispuesto de la siguiente manera:

1. El modelo social y democrático de derecho del Estado español como “matriz institucional de garantía de los DES”

Sólo la CE contiene una definición del modelo de Estado. La instauración de España como un Estado social y democrático de derecho es el soporte jurídico fundamental que establece el canon constitucional bajo el cual debe efectuar su labor el legislador democrático y el TCE. Esta fórmula político-jurídica tiene la flexibilidad necesaria para lograr el amparo de los DES. La cláusula ordena en qué sentido se deben ejecutar tales funciones, encontrando en lo social y en lo democrático un sustento normativo de carácter igualitarista que permite dar una interpretación en beneficio de los sujetos que se encuentran en una posición desmejorada. La protección se confiere al interconectar la consideración de la cláusula como un puntal de tutela con el otorgamiento de diversos significados por parte del TCE (ejecución de la fórmula).

El TCE ha ejecutado esta cláusula otorgándole dos significaciones: una general y finalista, y otra concreta. Desde la perspectiva general, el TCE pretende la realización de ciertos valores constitucionales, como la justicia y, particularmente, la igualdad. La acción de los poderes públicos se encuentra subordinada a la realización de tales valores superiores, de modo que deben llevar a cabo políticas igualitarias de aplicación práctica de tales valores, dándole así efectividad a los DES. El TCE recurre a este nivel genérico para medir y justificar el desarrollo del legislador democrático. En este nivel tiene su fundamento la regulación y protección de los DES. La constitucionalidad de una medida igualitaria va a depender de la adecuación de dicha medida a los valores superiores fijados por el modelo de Estado de Derecho.

En el nivel particular, el TCE ha conferido a la cláusula social y democrática diversas significaciones específicas, lo que le ha permitido ampliar la tutela constitucional de los DES. El TCE utiliza tal fórmula como una herramienta jurídica de tratamiento flexible, amoldándola y adecuándola de acuerdo a la extensión – mayor o menor - que requiera el caso concreto, otorgándole el significado preciso que se necesita para amparar las situaciones de carencia material. Ello ha permitido amparar a grupos vulnerables de la sociedad (trabajadores), concibiendo los “instrumentos de presión” (derecho a huelga u otros) como parte de un entendimiento de lo social como protección del más débil y como la obligación de los poderes públicos de caucionar tales cauces de expresión en el marco del modelo democrático. De igual manera, ha permitido establecer el imperativo de no regresividad de las conquistas sociales, la procedencia del sueldo mínimo y la incorporación a nivel constitucional del principio de solidaridad.

A diferencia de lo anterior, el modelo chileno no contiene ninguna fórmula jurídico-política de nivel constitucional que exija a los poderes públicos el cumplimiento y desarrollo de políticas igualitarias que se encuadren dentro del marco de los DES. No obstante, la Constitución chilena contiene normas que habilitarían a los tribunales para efectuar una labor hermenéutica en perspectiva o clave social, como son el principio democrático (art. 4° CPR), el principio de igualdad en la ley (art. 19 N° 2 CPR) y especialmente el bien común como finalidad del Estado (art. 1° inciso 4° CPR), cuestión que, sin embargo, excede el objeto del presente estudio.

2. La “tutela directa” de los DES

La protección por vía de tutela directa es un mecanismo restringido, puesto que rige sólo para algunos DES. Los derechos consagrados son principalmente DES de libertad, aunque de manera residual hay una consagración de derechos complejos (libertad y prestación), como el derecho a la educación, que comprende el derecho a la educación propiamente tal, pero también la libertad de enseñanza, o el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que exige

del Estado tanto su acción protectora como su inhibición en la contaminación ambiental.

La protección directa se da de acuerdo con los criterios característicos del mecanismo directo de protección del resto de los DDFF en cada ordenamiento, es decir, no se establecen diferencias entre la tutela de DES y de otra categoría de derechos. La principal diferencia entre el modelo español y el chileno recae en la perspectiva de la tutela, es decir, el punto inicial desde el cual los órganos jurisdiccionales efectúan el examen y otorgan la protección. El modelo jurisprudencial español ubica su tutela directa a partir de tres elementos: el contenido esencial de los DES, el desarrollo legislativo y el límite de éstos. Su punto de partida es “*desde*” el DES, para lo cual fija primero y como elemento fundamental el contenido esencial del derecho, de modo que todo examen de constitucionalidad por una posible vulneración de un DES tendrá como objeto de control al DF y su núcleo indisponible. El TCE realiza un examen del contenido esencial del derecho y luego lo aplica al caso concreto, verificando si una ley o determinada situación factual vulnera o no el DES, de modo que el contenido esencial es el parámetro de constitucionalidad, ya que es un punto infranqueable para el legislador u otro poder.

El desarrollo legislativo representa una habilitación del constituyente al legislador para la ejecución concreta de los DFS. Es un límite a los derechos, en la medida en que implica una concreción específica del contenido constitucional de los mismos. No obstante esto, la ejecución por medio de la ley es asimismo una garantía a favor de los DES, pues el legislador es el único ente público facultado por la CE para la regulación de los DFS con protección reforzada, más aún si se ha exigido una ley orgánica para su tratamiento (excluyendo su regulación por ley ordinaria o reglamento).

En cuanto a los límites de los DFS, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado los siguientes: a) los DDFF de los demás como límite central a los DES, al tener que conciliarse el ejercicio de un DES con el ejercicio de los derechos de las demás personas, b) los demás bienes y derechos constitucionales, precisados por la CE o derivados de manera mediata o indirecta de la norma fundamental, c) los valores y principios constitucionales establecidos como objetivos generales a realizar, y d) finalmente, y de manera excepcional, la autoridad administrativa puede fijar ciertos límites a los DES, exigiendo la exteriorización y la preexistencia de las razones de la limitación concreta.

3. El “armazón institucional-estructural determinante” de tutela del art. 20 CPR

Para comprender la tutela directa e indirecta del modelo jurisprudencial chileno se hace indispensable tener en cuenta que esta protección está determinada

por un elemento institucional-estructural, referido a la forma en que la CPR norma y construye la tutela de los DDFD por vía del art. 20 CPR. Este artículo consagra el recurso de protección para algunos DDFD, disponiéndose como un “armazón de tutela institucional-estructural”, pues el amparo de los derechos se rige por las exigencias y presupuestos ahí contenidos.

Lo complejo de este mecanismo es que al interior del art. 20 CPR la jurisprudencia ha diferenciado dos tipos de presupuestos, que denominamos en la investigación como “*presupuestos de concurrencia esencial-determinantes*” de la vulneración o no vulneración de un DFS, y “*presupuestos de concurrencia consecuencial-no determinantes*” de tal situación. Los TSJ les atribuyen distinta intensidad e importancia en el funcionamiento del mecanismo, debilitando en consecuencia la protección de los DES. Se distingue entre la ilegalidad o arbitrariedad de la acción u omisión como primer presupuesto de apreciación y relevancia, y la privación, vulneración o amenaza de los DES como segundo presupuesto, concentrándose su examen casi exclusivamente en el primero de éstos.

El amparo concreto de los DES está centrado en el primer grupo de presupuestos, pues para los TSJ basta la concurrencia de este grupo (en particular la ilegalidad o legalidad de una acción u omisión) para acoger o desestimar la protección. La referencia al segundo grupo de presupuestos es por vía meramente consecuencial y, por ende, meramente nominal. Lo anterior lleva a concluir que el objeto de control en materia de DDFD no está radicado en tales derechos, sino que en los presupuestos esencial-determinantes. Esta forma de proceder implica una vulneración del principio de supremacía constitucional, pues el canon de comparación para el control es la ley e incluso los reglamentos, y no la norma fundamental. Lo anterior representa un modelo que no se puede considerar constitucional, sino infraconstitucional, que le niega a los DES su carácter y contenido constitucional y los ve como derechos meramente legales, lo que finalmente produce un debilitamiento del sistema de garantía. En síntesis, del accionar de los TSJ se concluye una negación de la constitucionalidad de los DFS.

Igualmente, se puede concluir que el mecanismo de tutela consagrado en el art. 20 CPR es incorrecto, pues su construcción constitucional (al incorporar la ilegalidad y arbitrariedad como presupuestos) y su aplicación jurisprudencial errónea (al dar relevancia sólo al primer grupo de presupuestos) conduce a que los TSJ no examinen la potencial vulneración del DFS, sino que sólo razonen en torno a la potencial ilegalidad o arbitrariedad, pero no en torno a la manera en que se podría producir una infracción del DFS. Ello hace necesario modificar el art. 20 CPR eliminando la exigencia de concurrencia de ilegalidad o arbitrariedad, de modo que la tutela de los DDFD se produzca ante una acción u omisión que produzca una privación, perturbación o amenaza de un DF, obligando de esta manera a los TSJ a pronunciarse sobre la potencial vulneración de los derechos.

4. La protección concreta de los DES en el caso chileno, de conformidad con el almacén institucional-estructural de tutela

Bajo el almacén antes reseñado, el modelo jurisprudencial chileno funciona de un modo diverso al modelo español, considerando que lo relevante es esta construcción institucional que permite tutelar tanto los derechos que gozan de protección reforzada como aquéllos que no gozan de tal amparo privilegiado. Así, el modelo chileno se examinó desde la perspectiva del modo en que los TSJ otorgan el amparo bajo el canon del art. 20 CPR, ya sea como tutela directa o indirecta. La sustancia del modelo radica en los presupuestos exigidos por tal artículo, particularmente en los presupuestos de ilegalidad o arbitrariedad.

La jurisprudencia sobre tutela directa e indirecta ha afirmado una lógica de consecuencialidad entre ley y arbitrariedad, entendiendo que cada vez que se incurre en un acto ilegal éste es, consecuencialmente, además, arbitrario, en tanto que si el acto se ajusta a la ley no se le juzgará como arbitrario. Para los TSJ no es necesaria la concurrencia de la arbitrariedad, sino que basta únicamente la determinación de la ilegalidad o legalidad del acto para considerarlo arbitrario o no arbitrario. Del mismo modo, los TSJ efectúan un razonamiento de consecuencialidad entre legalidad y no vulneración de los DES e ilegalidad y vulneración de los DES, considerando que con la mera acreditación de la ilegalidad o legalidad se puede establecer si se ha vulnerado o no un DES, sin siquiera adentrarse en el examen del DES concreto.

Lo anterior implica una equiparación entre legalidad y constitucionalidad, en la medida en que basta el examen de legalidad (en sentido amplio) para sostener la conformidad de una situación factual con la Constitución. Con esto se constata la inexistencia de una función de control de constitucionalidad por parte de los TSJ. En la práctica, para la jurisprudencia los DES son derechos de desarrollo legal, no derechos constitucionales.

5. La “tutela indirecta” de los DES

Ambos modelos contemplan una vía indirecta de protección de DES. Ésta se ha desplegado por dos vías: por “conexión” y por “incorporación”. La protección indirecta en el modelo español se desarrolla por la conexión entre el principio de igualdad y ciertos DES y, en forma específica, entre el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar y la libertad sindical. El amparo por incorporación se ha desplegado al entender el derecho a la negociación colectiva como parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, o el derecho a un medio ambiente descontaminado o a una vivienda digna y adecuada como integrantes del contenido esencial del derecho de propiedad (la función social de éste). La jurisprudencia chilena ha realizado una conexión protectora a través del derecho de propiedad y del principio de igualdad, y ha incorporado el derecho a la salud dentro de la protección del derecho a la vida.

5.1. El principio de igualdad como mecanismo común de tutela conexa

La utilización del principio de igualdad es un elemento común de ambos modelos. Tanto el art. 14 CE como el art. 19 N° 2 CPR desarrollan el principio de igualdad en dos dimensiones: la aplicación general del principio de igualdad, con miras a evitar toda discriminación injustificada (prohibición de discriminación), y el tratamiento diferenciado justificado entre las personas, que permite el establecimiento de ciertas desigualdades normativas con la finalidad de corregir situaciones de desigualdad factual.

En este contexto, el TCE ha amparado los DES al considerar discriminatoria la incorporación de la razón de sexo para justificar diferencias en materia de derecho al trabajo y a la seguridad social, disponiendo la protección de tales derechos por tres vías: a) por medio de la generación de situaciones de igualdad entre sexos, igualando en el goce de los DES al trabajo y a la seguridad social, b) mediante la prohibición de la “discriminación indirecta” que afecta a mujeres trabajadoras a jornada parcial, y c) estimando improcedente toda discriminación en materia laboral en razón de una condición objetiva de salud, como lo es el embarazo. En igual sentido protector, el TCE ha resuelto que dos posibles criterios diferenciadores no son justificados: por una parte uno de carácter *temporal*, de modo que se consideran contrarias al art. 14 CE normas que disponen que determinados trabajadores (trabajadores temporales o trabajadores que han ingresado a una determinada fecha a un empresa) no puedan acceder ni gozar de determinados derechos o beneficios laborales en razón de esas circunstancias de temporalidad, y por la otra, un criterio *institucional formal*, declarando contrario al principio de igualdad la exclusión del conviviente sobreviviente no casado del derecho que tiene el cónyuge sobreviviente a subrogarse en el contrato de arriendo.

Por otro lado, y bajo la perspectiva desigualadora del art. 14 CE, el TCE ha permitido la incorporación de normas que dispongan un tratamiento diferenciado con miras a generar situaciones de igualdad material, siempre que tales normas desigualadoras respondan a criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. El TCE ha afirmado que tales criterios justificantes están determinados por los criterios factuales y jurídicos utilizados para la consideración de la diferenciación, debiendo acreditarse la precariedad de determinados sectores de la población que hagan exigible una diferenciación normativa, y fundarse la diferenciación en una norma constitucional (así ha tutelado el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la educación). La diferenciación constituye un posible límite a ciertos DDF, al establecerse, por ejemplo, beneficios en favor de los arrendatarios como consecuencia de la escasez de vivienda fundada en el derecho respectivo, lo que implica una limitación del derecho de propiedad.

Por su parte, para los TSJ la arbitrariedad vulneradora de los DES puede ocasionarse por acciones contrarias a la razón, la solidaridad, irreflexivas, injustas, debiendo examinarse si la actuación de los sujetos aparentemente vulneradores de la igualdad se encuadra en tales conceptos genéricos. El examen de los TSJ

tiende a determinar si la ley reviste los caracteres de generalidad y abstracción exigidos, debiendo acreditarse si el sujeto que reclama la discriminación se encuentra en una posición jurídica desmejorada a partir del contenido de la ley. De igual forma, los TSJ han permitido la diferenciación normativa con miras a la protección de los DES, pero exigen que tal diferenciación se funde en razones sociológicas o de orden iusnaturalista. La procedencia de la desigualdad normativa está condicionada a que sea racional, justa, tendiente al bien común, estructurándose así en una doble generalidad, la del fundamento y la del contenido de dicho fundamento.

5.2. Protección “conexa” diferenciada en ambos modelos

La labor jurisprudencial en España y en Chile utiliza distintos mecanismos de tutela indirecta por conexión para amparar los DES. En el caso español se ha protegido la libertad sindical por la vía del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, resolviendo que la ley puede establecer límites al uso de datos informatizados. El TCE ha estimado que la utilización, por parte del empleador, de ciertos datos informáticos recolectados con fines sindicales para objetivos distintos a los de su recolección, importa una vulneración de la libertad sindical. La tutela por vía del art. 18.4 CE se produce gracias a que el derecho a la intimidad en el uso de los datos informáticos es un DF que permite prohibir la utilización de los datos informáticos para fines diversos a los que le dieron origen.

En el modelo chileno la protección conexa se ha dispuesto también por la vía del derecho de propiedad. La protección sigue criterios estrictamente privatistas subjetivo-individuales propios del derecho dominical, al alero del inciso primero del art. 19 N° 24 CPR, que reconoce la propiedad sobre bienes tanto corporales como incorporales y consagra la prohibición de vulneración de las facultades del dominio (uso, goce y disposición), salvo en los casos expresamente previstos por la CPR. En los casos en que existe una regulación de orden contractual (salud, educación y convenios colectivos) el amparo se funda en la propiedad que las personas tienen sobre el contrato o, más bien, sobre los derechos que emanan del contrato. Del mismo modo, se ha considerado que de ciertos actos nacen derechos para las personas que son incorporados a su acervo patrimonial, el que goza de protección dominical al estimarse que se tiene una especie de propiedad sobre el patrimonio (propiedad sobre un atributo de la personalidad). Se producirá una vulneración de éste en aquellos casos en que se niegue el reconocimiento de tales derechos o se produzca un perjuicio pecuniario que signifique una disminución material del mismo. Bajo esta estructura dominical, el objeto de la protección es múltiple, según como se configuren las situaciones prácticas en que se produce la vulneración del DES, pues en cada caso concreto se puede reconocer la propiedad sobre ciertos elementos incorporales que se incorporan al patrimonio, de modo que la propiedad puede recaer sobre todo tipo de cosas.

5.3. La protección indirecta por “incorporación”

La incorporación del contenido de algunos DES al contenido constitucional de otros derechos representa la segunda línea de protección indirecta. La jurisprudencia española ha incorporado al contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1 CE) ciertos elementos del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), y al derecho de propiedad, en particular a su función social, el contenido esencial de los derechos a vivir en un medio ambiente descontaminado (art. 45.1 CE) y a una vivienda digna (art. 47.1 CE). En el modelo chileno se ha incorporado el contenido esencial del derecho a la salud al contenido esencial del derecho a la vida.

Para la incorporación en el caso español el TCE emplea un criterio racional-reflexivo amplio, que no reduce el contenido del derecho a la libertad sindical a su enunciado literal concreto. La jurisprudencia le ha concedido una amplitud de significación que permite la incorporación de ciertos elementos conformadores de la negociación colectiva al contenido indisponible del mencionado derecho (la construcción extensiva se funda en la confluencia interpretativa sistémica de los arts. 28.1, 7 y 10.1 CE). Así, toda actividad sindical que tenga por objeto la fijación de las condiciones de trabajo se entenderá parte del contenido esencial de dicho DES de libertad, de modo que la exclusión de los sindicatos de tales acciones constituye detrimento de una de sus funciones esenciales. Ahora bien, no todo el derecho a la negociación colectiva forma parte de la libertad sindical, sino sólo en lo relativo a la actividad sindical y no a cualquier representante de los trabajadores.

La protección del derecho a un medio ambiente descontaminado y a la vivienda digna por vía de su incorporación al contenido esencial del derecho dominical responde a que este derecho está conformado no solamente desde una perspectiva subjetiva individual y de libertad, sino que tiene una esfera social representada por la “función social”, arista que se entiende parte del derecho y de su contenido esencial. Para el TCE el derecho al medio ambiente forma parte del derecho de dominio a través de la función social de éste, permitiendo la limitación de la propiedad en beneficio de dicho DES (hay una regulación del derecho de dominio, no una infracción). El mismo criterio se ha utilizado en ciertos casos vinculados al derecho a una vivienda digna y adecuada, en los que el TCE lleva a cabo una ponderación entre estos derechos, indicando que la limitación de la propiedad se justifica en la obligación que pesa sobre los poderes públicos de dar efectividad a dicho DES.

En el modelo chileno, el derecho a la salud ha sido protegido por medio del derecho a la vida. Este derecho se ha conceptualizado en una forma amplia, integrando en su significación no sólo los elementos conformadores del derecho a la vida en un sentido estricto, sino también las diversas intensidades que puede revestir, incluyendo de este modo la conservación de la salud como elemento integrante del derecho. Aquellas situaciones en las cuales la salud de una per-

sona se puede ver menoscabada representan una vulneración del derecho a la vida de la misma, particularmente desde el presupuesto de amenaza del art. 20 CPR. Ahora bien, esta incorporación adolece de una incerteza manifiesta, pues los TSJ no han fijado una significación concreta del derecho a la vida, sino que únicamente realizan invocaciones generales y discursivas, bajo las cuales se incorpora el derecho a la protección de la salud.

Ahora bien, y para finalizar, se debe tener presente que a la luz de lo investigado, la coincidencia en la articulación general de los modelos no permite concluir una asimilación entre ellos, pues los criterios jurisprudenciales responden a concepciones diferentes del Estado y de los DDF. Como se ha visto, el modelo español de protección es un modelo dinámico y social de tutela, en tanto que el chileno, aunque también dinámico, no es social.

El dinamismo del modelo español se acredita por la ampliación del amparo a DES que no poseen tutela reforzada, a través de instrumentos y caminos jurídicos indirectos para tal objeto. La dimensión social del modelo español se vislumbra en la fijación, como eje central de sus criterios y argumentaciones, de la necesidad de realización material de los sujetos, sustentando tal búsqueda en criterios igualitaristas y desde una perspectiva iusfundamental social, que permite la conciliación y adecuación del accionar jurisprudencial al modelo de Estado constitucional. No obstante lo anterior, la intensidad del modelo no es completamente fuerte, pues, y como es evidente, la jurisprudencia no otorga una tutela constante y directa a todos los DES consagrados constitucionalmente, en la medida en que la mayoría de los DES está excluida de dicho amparo directo. El mecanismo indirecto es todavía restrictivo (salvo en cuanto al principio de igualdad), pues sólo protege determinados DES y sólo en casos puntuales. Se puede decir que se trata de un modelo de tutela de intensidad *media ascendente*.

El modelo chileno se puede caracterizar como dinámico pero no social. Su elemento dinámico reside igualmente en la amplificación de la protección a DES no expresamente tutelados en forma reforzada, por medio del dispositivo indirecto de tutela (conexión e incorporación), que permite ir más allá de lo previsto en el art. 20 CPR. Su carácter no social se demuestra por el tipo de argumentación de los TSJ, que no utilizan como parámetro teleológico la necesidad de una construcción social y jurídica igualitaria, más allá de una mención somera y débil. La protección de los DES se da desde una expectativa meramente individual, de conformidad con criterios privatistas (por ejemplo, sistema privado de salud y educación) ajenos a una lógica iusfundamental, con lo que se termina protegiendo a la parte relativamente más fuerte de la relación jurídica (por ejemplo, los empresarios).

Igualmente, y como se demostró, el modelo chileno no se estructura “desde” los DDF, sino desde la ordenación configurativa que le dispone el art. 20 CPR, especialmente desde la ilegalidad y arbitrariedad entendidas como presupuestos primarios, vedando de esta manera una ordenación bajo criterios sociales constitu-

cionales, ya que para otorgar la tutela sólo nominalmente se recurre al parámetro constitucional iusfundamental y menos a criterios igualitaristas dispuestos en el texto constitucional. Todos estos elementos hacen del modelo chileno un modelo débil y con precariedad estructural manifiesta.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AA. VV., *Lecciones de derechos sociales*, 2º edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2004

AA. VV., *Teoría general de los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid 2004

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2º edición, Trotta, Madrid 2004

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1994

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*, 4º edición, Tecnos, Madrid 1990

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, “El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en CAMARA VILLAR, Gregorio y CANO BUESO, Juan, *Estudios sobre el Estado social*, Tecnos / Parlamento de Andalucía, Madrid 1993

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, “Sobre la estructura de los derechos constitucionales en la Constitución española y otras acotaciones al respecto”, en APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (coordinador), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Cedecs, Barcelona 2001

ASBJØRN, Eide, “Economic, social and cultural rights as human rights”, en ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina y ROSAS, Allan, *Economic, social and cultural rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston - London 2001

AÑÓN ROIG, María José, “La contribución de los derechos sociales al vínculo social”, en AÑÓN ROIG, María José *et al*, *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002

BALDASSARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001

BAÑO LEÓN, José María, “La distinción entre el derecho fundamental y la garantía institucional en la constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 24 (septiembre-diciembre), 1988

BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires 1991

BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid 1991

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden 1993

CALVO POYATOS, Carmen, “El Estado bienestar en la Constitución española de 1978”, en THEOTONIO, Vicente y PRIETO, Fernando, *Los derechos económico-sociales y la crisis del estado de bienestar*, ETEA, Córdoba 1996

CARMONA CUENCA, Encarnación, “Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica”, *Revista de Estudios Políticos* N° 76 (abril-junio), 1992

CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno. Derechos, deberes y garantías* (T. II), Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2003

COBREROS MENDAZONA, E., “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, *Revista Vasca de Administración Pública* N° 19 (septiembre-diciembre), 1987

COMITÉ de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación N° 14: El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud*, párrafos 9 y 31. Disponible en Internet: <http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid 1994

COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989

CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 25 (enero-abril), 1989

CRUZ VILLALÓN, Pedro, “El legislador de los derechos fundamentales”, en LÓPEZ PINA, Antonio (editor), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid 1991

CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, *Ius et Praxis*, Vol. 9 N° 1, 2003. Disponible en Internet: <http://www.scielo.cl/scielo>

DÁVALOS MARTÍNEZ, Héctor, “Derechos sociales y constitucionalismo social. Aportación mexicana”, *Revista de las Cortes Generales* N° 16, primer cuatrimestre, 1989

DE CARRERAS SERRA, Francesc y GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Leyes políticas*, 10° edición, Thomson-Aranzadi, Navarra 2005

DE CASTRO CID, Benito, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 1993

DE CASTRO CID, Benito, “Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XV, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones), Ministerio de la Presidencia (Boletín Oficial del Estado), Madrid 1998

DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *Curso de derecho constitucional español I*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1992

DE OTTO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 8º reimpre-sión, Ariel, Barcelona 2001

DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, *Sistema* N° 25, 1995

DÍEZ MORENO, Fernando, *El Estado social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2004

DÍEZ URZÚA, Sergio, *Personas y valores*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1999

DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2º edición, Aranzadi, Navarra 2005

EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, 3º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *Principio constitucional de igualdad ante la ley*, ConoSur, Santiago 2001

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 69 (septiembre/diciembre), 2003

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 4º edición, Trotta, Madrid 2004

FIOROVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 4º edición, Trotta, Madrid 2003

FORSTHOFF, Ernst, *Problemas actuales del Estado social de derecho en Alemania*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de funcionarios, Madrid 1966

FORSTHOFF, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social”, en ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOEHRING, Karl, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986

FORSTHOFF, Ernst, “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, en ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOEHRING, Karl, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986

FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Los derechos sociales de los trabajadores en la constitución*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1986

GALLEGRO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos fundamentales y garantías institucionales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid 1994

GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda digna*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1982

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, “Derechos fundamentales”, en GAVARA DE CARA, Juan Carlos (editor), *Constitución, desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, J. M. Bosch Editor / Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona 2004

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, “El principio de igualdad”, en GAVARA DE CARA, Juan Carlos (editor), *Constitución, desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, J. M. Bosch Editor / Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona 2004

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Thomson-Aranzadi, Navarra 2005

GÓMES CANOTILHO, José Joaquim, “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derechos y Libertades* N° 6, 1998

GÓMEZ BERNALES, Gastón, “El principio de igualdad constitucional”, en NAVARRO BELTRÁN, Enrique (editor), *20 años de la Constitución chilena: 1981-2001*, ConoSur, Santiago 2001

GÓMEZ BERNALES, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Universidad Diego Portales, Santiago 2005

GÓMEZ ORFANAL, Germán, *Las constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1996

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo / Civitas, Madrid 2002

- HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y constitución*, Tecnos, Madrid 2002
- HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Comares, Granada 2003
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid 2005
- HESSE, Conrado, “Significado de los derechos fundamentales”, en AA. VV., *Manual de derecho constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública / Marcial Pons, Madrid 1996
- HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Panorama de los derechos humanos*, Andrés Bello, Santiago 1973
- LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis, “Reflexiones sobre los derechos sociales y su eficacia jurídica”, *Revista General de Derecho* N° 628/629 (enero-febrero), 1997
- LLAMAS CASCÓN, Ángel, “Algunas consideraciones en torno a los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derechos y Libertades* N° 6, 1998
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Cedecs, Barcelona 1997
- MAZZIOTTI, Manlio, “Diritti sociali”, en AA. VV., *Enciclopedia del diritto*, Vol. XII, Giuffrè, Milano 1964
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro, “La potestad expropiatoria en la Constitución de 1980 (excepcionalidad, integralidad, impugnabilidad)”, en NAVARRO BELTRÁN, Enrique (editor), *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, ConoSur, Santiago 2001
- MONEREO PÉREZ, José Luis, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Consejo Económico y Social (CES), Madrid 1996
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* T. XVIII, 1997 (Actas de las XXVII Jornadas de Derecho Público)
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentales o esenciales en Chile: evolución y contenido*, Universidad de Talca, Talca 2000
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista electrónica Foro Constitucional Iberoamericano* N° 2 (abril-junio), 2003. Disponible en Internet: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-hna1.htm>
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y CUMPLIDO Cereceda, Francisco, *Instituciones políticas y teoría constitucional*, Universidad de Talca, Talca 2001

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno”, en MEDINA QUIROGA, Cecilia y MERA FIGUEROA, Jorge (editores), *Sistema jurídico y derechos humanos*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1996

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Derechos y Libertades* N° 6, 1998

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de filosofía jurídica y política)*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid 1999 (Cuadernos “Bartolomé de las Casas” N° 11)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado, Madrid 1999

PÉREZ LUÑO, Antonio, “Los derechos sociales y sus críticos”, en THEOTONIO, Vicente y PRIETO, Fernando, *Los derechos económicos-sociales y la crisis del Estado de bienestar*, ETEA, Córdoba 1996

PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 8ª edición, Tecnos, Madrid 2003

PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 8ª edición, Tecnos, Madrid 2004

PÉREZ LUÑO, Antonio, *Dimensiones de la igualdad*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid 2005 (Cuadernos “Bartolomé de las Casas” N° 34)

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 10ª edición, Marcial Pons, Madrid 2005

PÉREZ TREMPES, Pablo, *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004

PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Revista Electrónica Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 92 (mayo-agosto), 1998. Disponible en Internet: <http://info.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art7.htm>

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudio sobre los derechos fundamentales*, Debate, Madrid 1990

PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (septiembre-diciembre) 1995

RODRÍGUEZ OLVERA, Óscar, *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada 1998

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Los derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho y el derecho administrativo constitucional”, en VV. AA., *X Jornada de estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Vol. II, Madrid 1988

ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo, ACHURRA GONZÁLEZ, Marcela y DUS-SAILLANT BALBONTÍN, Patricio (editores), *Derecho político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 1995

RUBIO LARA, María Josefa, *La formación del Estado social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1991

RUIZ-TAGLE Vial, Pablo, “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, *Revista de Derecho Público* N° 63, T. I, 2001

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, “Derechos sociales y derechos de la sociedad”, *Persona y Derecho* N° 41, 1999

SERRANO MORENO, José Luis, “Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica”, *Revista de Estudios Políticos* N° 56 (abril-junio) 1987

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, 3ª reimpresión, Alianza Editorial, Madrid 2001

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, T. III y IV, Santiago 1997

SUAY RINCÓN, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudio de Administración Local, Madrid 1985

TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de derechos constitucional español*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1992

TRUJILLO, Isabel, “La discutida juridicidad de los derechos sociales”, *Persona y Derecho* N° 45, 2001

VELASCO ARROYO, Juan Carlos, “Los derechos sociales y la crisis del Estado de bienestar”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura* N° 7, 1989

VERA SANTOS, José Manuel, *Las constituciones de Francia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho constitucional*, 2º edición, Editorial Jurídica de Chile, T. I, Santiago 2002

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, “Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica en la carta fundamental de 1980”, en NAVARRO BELTRÁN, Enrique (editor), *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, ConoSur, Santiago 2001

ZÚÑIGA URBINA, Francisco y PERRAMONT SÁNCHEZ, Alfonso, *Acciones constitucionales*, Chile, LexisNexis, Santiago 2003

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Autos y sentencias del Tribunal Constitucional español

ATC 256/1988	STC 42/1984	STC 170/1989
ATC 589/1988	STC 51/1984	STC 172/1989
ATC 1.074/1988	STC 73/1984	STC 178/1989
ATC 95/1989	STC 83/1984	STC 195/1989
ATC 269/1994	STC 58/1985	STC 40/1990
ATC 382/1996	STC 77/1985	STC 42/1990
ATC 333/1997	STC 86/1985	STC 43/1990
STC 5/1981	STC 95/1985	STC 49/1990
STC 10/1981	STC 111/1985	STC 122/1990
STC 11/1981	STC 17/1986	STC 123/1990
STC 22/1981	STC 72/1986	STC 48/1991
STC 26/1981	STC 82/1986	STC 66/1991
STC 27/1981	STC 26/1987	STC 143/1991
STC 34/1981	STC 37/1987	STC 148/1991
STC 38/1981	STC 65/1987	STC 8/1992
STC 19/1982	STC 99/1987	STC 52/1992
STC 25/1982	STC 134/1987	STC 59/1992
STC 57/1982	STC 160/1987	STC 92/1992
STC 64/1982	STC 189/1987	STC 105/1992
STC 70/1982	STC 855/1997	STC 123/1992
STC 72/1982	STC 9/1988	STC 126/1992
STC 81/1982	STC 37/1988	STC 166/1992
STC 4/1983	STC 152/1988	STC 173/1992

STC 12/1983	STC 195/1988	STC 222/1992
STC 23/1983	STC 217/1988	STC 3/1993
STC 76/1983	STC 227/1988	STC 47/1993
STC 91/1983	STC 25/1989	STC 58/1993
STC 103/1983	STC 61/1989	STC 158/1993
STC 118/1983	STC 90/1989	STC 177/1993
STC 13/1984	STC 108/1989	STC 189/1993
STC 31/1984	STC 109/1989	STC 208/1993
STC 41/1984	STC 129/1989	STC 268/1993
STC 375/1993	STC 88/2001	STC 127/1995
STC 377/1993	STC 119/2001	STC 166/1996
STC 5/1994	STC 121/2001	STC 179/1996
STC 36/1994	STC 137/2001	STC 199/1996
STC 37/1994	STC 188/2001	STC 137/1997
STC 49/1994	STC 200/2001	STC 304/1997
STC 66/1994	STC 225/2001	STC 11/1998
STC 80/1994	STC 116/2002	STC 94/1998
STC 89/1994	STC 119/2002	STC 194/1998
STC 134/1994	STC 140/2002	STC 30/1999
STC 185/1994	STC 203/2002	STC 44/1999
STC 260/1994	STC 17/2003	STC 45/1999
STC 263/1994	STC 51/2003	STC 116/1999
STC 273/1994	STC 185/2003	STC 177/1999
STC 315/1994	STC 192/2003	STC 177/1999
STC 333/1994	STC 195/2003	STC 177/1999
STC 77/1995	STC 27/2004	STC 95/2000
STC 94/1995	STC 60/2004	STC 10/2001

STC 98/2004	STC 199/2004	STC 49/2005
STC 104/2004	STC 253/2004	STC 50/2005
STC 174/2004	STC 17/2005	STC 198/2005
STC 186/2004	STC 35/2005	
STC 198/2004	STC 36/2005	

Sentencias Corte Suprema y Cortes de Apelaciones chilenas

SCS 19883/1993	SCS 3455/2004
SCS 20308/1993	SCS 5001/2004
SCS 20584/1993	SCS 235/2005
SCS 21520/1993	SCS 599/2005
SCS 22625/1994	SCS 1310/2005
SCS 31757/1995	SCS 1641/2005
SCS 1420/1996	SCS 2636/2005
SCS 2395/1996	SCS 2712/2004
SCS 4658/1996	SCAA de Antofagasta 9359/1994
SCS 607/2000	SCAA de Antofagasta 11495/1998
SCS 626/2000	SCAA de Antofagasta 12301/2000
SCS 3118/2000	SCAA de Antofagasta 15370/2002
SCS 4968/2000	SCAA de Antofagasta 15731/2003
SCS 232/2001	SCAA de Arica 7545/2001
SCS 1265/2001	SCAA de Arica 8209/2002
SCS 3599/2001	SCAA de Arica 8894/2003
SCS 2/2002	SCAA de Concepción 259/1994
SCS 763/2002	SCAA de Concepción 260/1994
SCS 1117/2002	SCAA de Concepción 18/1995

SCS 1265/2002	SCAA de Concepción 63/1995
SCS 2132/2002	SCAA de Concepción 152/1995
SCS 2391/2002	SCAA de Concepción 34/1998
SCS 134/2003	SCAA de Concepción 253/1997
SCS 4734/2003	SCAA de Concepción 125/1999.
SCS 5619/2003	SCAA de Concepción 313/2000
SCS 20/2004	SCAA de Concepción 872/2001
SCS 103/2004	SCAA de Copiapó 3569/1992
SCS 378/2004	SCAA de Copiapó 492/2004
SCS 815/2004	SCAA de Coyhaique 15/1992
SCS 3241/2004	SCAA de Coyhaique 37/2000
SCS 3330/2004	SCAA de Chillán 2518/2001
SCAA de Chillán 2919/2004	SCAA de Santiago 4181/1995
SCAA de Iquique 33814/1994	SCAA de Santiago 2091/1996
SCAA de Iquique 35990/1998.	SCAA de Santiago 2864/1996
SCAA de La Serena 17353/1993	SCAA de Santiago 4658/1996
SCAA de La Serena 21633 de 24/12/97	SCAA de Santiago 575/1997
SCAA de La Serena 25171/2001 y 25175/2001	SCAA de Santiago 3645/1997 SCAA de Santiago 1162/1998
SCAA de Santiago 1014/1997	SCAA de Santiago 5098/1998
SCAA de Punta Arenas 104/2000	SCAA de Santiago 355/1999
SCAA de Punta Arenas 20/2004	SCAA de Santiago 1316/1999
SCS de Puerto Montt 2262/1999	SCAA de Santiago 5926/1999
SCAA de Puerto Montt 4152/2003	SCAA de Santiago 1907/2000
SCAA de Puerto Montt 118/2005	SCAA de Rancagua 2049/2001
SCAA de Rancagua 763/1993	SCAA de Rancagua 2177/2002
SCAA de Rancagua 2262/1999	SCAA de Rancagua 1878/2003

SCAA de Santiago 292/1990	SCAA de Santiago 230/2002
SCAA de Santiago 551/1990	SCAA de Santiago 2415/2002
SCAA de Santiago 4815/1991	SCAA de Santiago 1012/2003
SCAA de Santiago 2937/1991	SCAA de Santiago 3308/2003
SCAA de Santiago 104/1992	SCAA de Santiago 3394/2003
SCAA de Santiago 3156/1992	SCAA de Santiago 50/2004
SCAA de Santiago 866/1993	SCAA de Santiago 2426/2004
SCAA de Santiago 2134/1993	SCAA de Santiago 3056/2004
SCAA de Santiago 1249/1994	SCAA de Santiago 423/2005
SCAA de Santiago 1787/1994	SCAA de Santiago 6136/2005
SCAA de Santiago 3285/1994	SCAA de Valparaíso 269/2005
SCAA de Santiago 3305/1994	SCAA de Valparaíso acumulados
SCAA de Santiago 3434/1994	(Roles N°s. 271-95; 286-95; 287-95;
SCAA de Santiago 20646/1994	288-95; 289-95; 290-95; 303-95;
SCAA de Santiago 1010/1995	313-95)
SCAA de Santiago 1865/1995	SCAA de Valparaíso 821/2000
SCAA de Santiago 2177/1995	SCAA de Valparaíso 506/2002
SCAA de San Miguel 311/1999	SCAA de Valparaíso 59/2003
SCAA de San Miguel 120/2000	SCAA de Valparaíso 655/2003
SCAA de San Miguel 192/2004	SCAA de Valparaíso 674/2003
SCAA de San Miguel 334/2000	SCAA de Valparaíso 676/2003
SCAA de Santiago 4458/2000	SCAA de San Miguel 384/2004
SCAA de Santiago 6253/2000	SCAA de San Miguel 6/1992
SCAA de Santiago 6351/2000	SCAA de San Miguel 97/1995
SCAA de Santiago 172/2001	SCAA de San Miguel 223/1996
SCAA de Santiago 436/2001	SCAA de San Miguel 393/1996
SCAA de Santiago 5699/2001	SCAA de Talca 52485/1996

SCAA de Temuco 103/1990
SCAA de Temuco 540/1993
SCAA de Temuco 1233/1996
SCAA de Temuco 747/1997
SCAA de Temuco 879/1999
SCAA de Temuco 1368/2004
SCAA de Temuco 1497/2004
SCAA de Temuco 1829/2004
SCAA de Temuco 118/2005
SCAA de Valdivia 3734/1991
SCAA de Valdivia 10463/2000
SCAA de Valdivia 10881/2000
SCAA de Valdivia 215/2004
SCAA de Valdivia 1130/2005
SCAA de Valparaíso 89/1993
SCAA de Valparaíso 446/2004
SCAA de Valparaíso 20/2005
SCAA de Valparaíso 73/2005
SCAA de Valparaíso 475/1993
SCAA de Valparaíso 316/1994