



Claudio Nash Rojas* y Catalina Milos Sotomayor** (Chile)

Estado social y democrático de derecho en Chile: tan cerca y tan lejos***

RESUMEN

Este estudio tiene por objeto determinar las características de un modelo de Estado constitucional ampliado de derecho y analizar su posible adopción en Chile. Para ello se abordarán las características principales de los distintos modelos de Estado de derecho que se han desarrollado en los países occidentales y la factibilidad de su reconocimiento normativo y jurisprudencial en Chile.

Palabras clave: Estado de derecho, Estado social y democrático de derecho, derechos fundamentales, derecho internacional de los derechos humanos, garantías constitucionales, Constitución política, América Latina, Chile.

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Untersuchung beabsichtigt, die Merkmale eines Modells eines um das internationale Recht der Menschenrechte erweiterten Verfassungsstaats herauszuarbeiten und seine mögliche Umsetzung in Chile zu analysieren. Dazu werden die Hauptmerkmale der unterschiedlichen Rechtsstaatsmodelle, die sich in den westlichen Nationen herausgebildet haben, ebenso erörtert wie die Umsetzbarkeit ihrer Anerkennung im Recht und in der Rechtsprechung Chiles.

Schlagwörter: Rechtsstaat, sozialer und demokratischer Rechtsstaat, Grundrechte, internationales Recht der Menschenrechte, Verfassungsgarantien, Verfassung, Lateinamerika, Chile.

ABSTRACT

The purpose of this investigation is to determine the characteristics of a model of constitutional State that is open to the application of international human rights law and to analyse its possible adoption in Chile.

* Doctor en Derecho, académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. <cnash@derecho.uchile.cl>

** Asistente de investigación del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. <cmilos@derecho.uchile.cl>

*** Una versión resumida de este estudio fue presentada por Claudio Nash Rojas en el II Congreso Estudiantil de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, agosto del 2010.

To this end, this study will look at the main characteristics of the various rule of law models developed in Western countries, as well as the feasibility of their normative and judicial recognition in Chile.

Keywords: rule of law, social and democratic State governed by the rule of law, fundamental rights, international human rights law, constitutional guarantees, political Constitution, Latin America, Chile.

Este artículo tiene por objeto determinar la factibilidad de configurar un modelo de Estado constitucional ampliado de derecho y analizar su posible adopción en Chile. Para ello, se abordarán las características principales de los distintos modelos de Estado de derecho que se han desarrollado en los países occidentales. Se planteará la importancia que tiene en la actualidad la interrelación entre el constitucionalismo interno y el sistema internacional de derechos humanos, para sostener la conveniencia de reconocer un Estado social y democrático de derecho ampliado al sistema internacional de derechos humanos. Luego de haber hecho este desarrollo conceptual sobre el contenido y el alcance de este sistema político, se abordará la factibilidad de su reconocimiento en Chile.

1. Estado de derecho: modelos, y su evolución

1.1. Los derechos humanos como un límite al poder, cuya configuración depende del tipo de poder a limitar

La necesidad de limitar el poder —quien sea que lo ejerza— frente a los individuos ha sido una preocupación constante en la historia de la humanidad y, particularmente, una de las bases sobre las cuales se sustenta el constitucionalismo que nace a partir del siglo XVIII. En este entendido, en el desarrollo del constitucionalismo se han empleado diversos conceptos para hacer referencia a los derechos que limitan y legitiman el poder de las autoridades. Muchas veces se usan como sinónimos una serie de conceptos, tales como derechos morales, derechos naturales, libertades públicas, derechos públicos subjetivos, derechos humanos y derechos fundamentales. El contenido y el alcance que se les ha otorgado a estos “derechos” han dependido del contexto histórico y filosófico en el que se desarrollan y también de la relación con el tipo de poder que se pretende limitar.¹

En la conformación de un Estado de derecho, los derechos humanos o derechos fundamentales tienen la función de otorgar legitimidad al poder estatal; sin embargo, la forma en que ello ocurra estará determinada por el tipo de Estado al que estemos enfrentados. La manera de organizar el poder y las ideologías que fundan su existencia

¹ Claudio Nash: *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, México: Fontamara, 2010, pp. 64-65.

son las que determinan cuáles son los derechos admisibles en un sistema organizacional determinado. De ahí que sea necesario revisar diferentes modelos que se cobijan bajo la idea de *Estado de derecho*, sus características y evolución.

1.2. El Estado de derecho, sus concepciones

El concepto Estado de derecho responde a un modelo organizativo que surge en la Ilustración y que ha ido modificando su estructura y alcance a partir de las condiciones históricas sobrevinientes. Los principales paradigmas de Estado de derecho que la doctrina ha reconocido son aquellos de carácter liberal, social o socialdemocrático.

El Estado de derecho, como forma de organización social, tiene su fundamento en la filosofía liberal.² El Estado de derecho liberal se basa en una concepción de los seres humanos como sujetos libres e iguales, con igual capacidad para participar en el mercado y producir, transferir y adquirir bienes.³ Esta forma de organizar el Estado responde a una construcción lenta y gradual, hecha en virtud de las reivindicaciones de determinados sectores sociales que buscaban, frente a poderes despóticos de la época, seguridad para las personas, para sus bienes y la protección efectiva de otras libertades.⁴ A diferencia del sistema monárquico, el Estado liberal se rige por los siguientes principios: el principio de legalidad de todos los actos realizados por los agentes del Estado; la publicidad de los actos tanto legislativos como administrativos y judiciales; además de la sujeción a control de todas las actividades del Estado.⁵ Asimismo, el sistema liberal propugna el resguardo de cierto tipo de derechos civiles y políticos, como la libertad de pensamiento, de religión, la participación pública (limitada a ciertos grupos) y las garantías procesales.⁶ Sus primeras concreciones normativas fueron la declaración de derechos de 1689 en Inglaterra, la declaración de derechos de 1776 en América del Norte y la declaración de derechos del hombre de 1789 en Francia.⁷

Si bien el Estado liberal trajo innumerables avances en materia de protección de derechos individuales y de limitación al poder monárquico, tal reconocimiento de derechos era profundamente desigual e insuficiente.⁸ En este contexto, al no haber ninguna regulación de los contratos de trabajo y al primar el principio de la libre contratación en todas las áreas de la vida social, surgieron infinidad de problemas en materia

² Elías Díaz: “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en Miguel Carbonell et al.: *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: Siglo XXI, 2002, pp. 76-78.

³ Víctor Abramovich y Christian Courtis: *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 6.

⁴ Elías Díaz: o. cit., p. 65.

⁵ Luigi Ferrajoli: “Estado social y Estado de derecho”, en Víctor Abramovich et al. (comp.): *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México: Fontamara, 2006, p. 11.

⁶ Elías Díaz: o. cit., pp. 79-80.

⁷ *Ibidem*, p. 66.

⁸ *Ibidem*, p. 80.

laboral. Nacieron así las reivindicaciones laborales, que fueron fuertemente reprimidas⁹ y se transformaron en el motor del profundo cambio social venidero.¹⁰

En el contexto de crisis del Estado liberal es que surge el Estado social, cuyo objetivo es poner término a las desigualdades existentes. En este modelo el Estado, en vez de ser un ente pasivo, pasa a cumplir un rol activo que tiene por objeto revertir las situaciones de inequidad a las que se ven enfrentados determinados grupos de personas. En tal sentido, se puede ver un cambio de paradigma respecto al contenido del principio de igualdad, ya que se pasa de una concepción de igualdad formal —propia de la filosofía liberal— a una visión de desigualdad material, en la cual la condición de desventaja social en que se encuentra una persona es considerada en la actividad estatal.¹¹ La consecuencia de este cambio de modelo es la importancia que cobra el resguardo de los derechos económicos y sociales.¹²

Los primeros atisbos de la necesidad de este tipo de sistema político podemos encontrarlos en la segunda mitad del siglo XIX.¹³ A finales del siglo XIX y comienzos del XX las críticas al capitalismo se radicalizaron y dieron impulso a una serie de reformas sociales con vocación igualitaria. Estas reivindicaciones sociales generaron distintas respuestas de los estados. En algunos países, como en Inglaterra, se fomentaron algunas políticas públicas para controlar la explosión social.¹⁴ Esto implicó que en los países anglosajones surgieran Estados liberal-laboristas (Gran Bretaña, Nueva Zelanda y Australia), que se hicieron cargo de algunas de las demandas planteadas por los trabajadores. Este proceso generaría más tarde el nacimiento de modelos socialdemócratas como aquellos de los países escandinavos (Suecia, Noruega y Dinamarca).¹⁵ Sin embargo, en otros países como Rusia, Alemania e Italia, estas reivindicaciones generaron el surgimiento de Estados “socialistas” de corte autoritario.¹⁶

⁹ *Ibíd.*, pp. 78-79.

¹⁰ Otra interesante forma de enfocar las razones de la crisis del sistema liberal destaca la falta de contenido material de este. Se plantea que cuando el Estado liberal toma distancia de las razones de su surgimiento —como lo fue la oposición a la monarquía—, queda en evidencia el vaciado de contenido y la formalización del concepto de ley que existía en él. Véase Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid: Trotta, 2001, p. 32. Este autor señala: “La crítica se vuelve contra el vaciado de contenido y la formalización del concepto de la ley, donde la referencia material y la fuerza legitimadora del principio ‘imperio de la ley’ del Estado de Derecho y de sus desarrollos se habían reformulado reduciéndose a la mera función técnica de la garantía de la seguridad y la calculabilidad jurídicas. [...] Este vacío de legitimidad provoca por otra parte que surjan nuevas definiciones materiales del Estado de Derecho que sin duda reflejan las ideas de justicia que están detrás de cada una de las ideologías políticas”.

¹¹ “[...] se desplaza la centralidad de la noción de igualdad formal entre contratantes, para reemplazarla por la idea de desigualdad material, que da lugar a un trato diferenciado entre la parte más poderosa, es decir, el empleador, y la parte más débil, es decir, el trabajador.” Víctor Abramovich y Christian Courtis: *o. cit.*, p. 13.

¹² Rodolfo Arango: *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 29-30.

¹³ Luigi Ferrajoli: *o. cit.*, p. 25.

¹⁴ Gerardo Pisarello: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid: Trotta, 2007, p. 25.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 26.

¹⁶ Estado marxista-leninista en Rusia, nacionalsocialista en Alemania, fascista en Italia.

Estos sistemas de organización estatal autoritarios o totalitarios surgidos a comienzos del siglo XX recogieron la necesidad de un cambio de paradigma, adoptando diversas políticas públicas que apuntaban, en muchos casos, a superar las inequidades sociales. Sin embargo el carácter antidemocrático de estos regímenes dejó en evidencia, principalmente tras la segunda guerra mundial, los excesos a los que se puede arribar en un sistema organizacional de esta naturaleza. Así, las críticas a estos modelos autoritarios sostienen la necesidad de un Estado social, pero democrático de derecho. Por tanto, puede entenderse que el Estado social o Estado social y democrático de derecho surge como una solución intermedia ante un modelo liberal capitalista en crisis y la posibilidad de un modelo autoritario.¹⁷

El concepto de Estado social y democrático de derecho comenzó a utilizarse en la segunda posguerra. Su primera consagración constitucional se dio en la Ley Fundamental de Bonn, la primera que consideró —en sus artículos 20 y 28— el concepto de Estado social y democrático de derecho.¹⁸ Sin embargo, también ha sido consagrado recientemente por las Constituciones de Colombia (artículo 1.º), Ecuador (artículo 1.º), Paraguay (artículo 1.º), España (artículo 9.2), Turquía (artículo 2) y Venezuela (artículo 2).¹⁹

En la actualidad, el concepto de Estado social y democrático de derecho contempla el resguardo de los derechos civiles del individuo —incluidos los derechos de participación política—, como también la consagración de mecanismos de distribución de la riqueza a través del salario, el ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones sociales orientadas al bienestar del individuo. Cabe destacar también que en esta forma de organización social se considera indispensable la participación ciudadana,²⁰ como una forma de ejercer control sobre los órganos de poder. En este sistema el Estado no solo está sujeto a la ley, sino que también tiene la obligación de promover los derechos fundamentales.²¹

1.3. Hacia un nuevo paradigma o una redefinición de un modelo conocido: el Estado constitucional ampliado

Fruto del proceso de convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), se ha ido delineando un modelo institucional basado en el respeto de los derechos humanos reconocidos internacionalmente y en su protección supranacional que valida la actuación interna de los estados ante la comunidad internacional.

¹⁷ Luigi Ferrajoli: o. cit., pp. 26-27. Cabe destacar que gran parte de la doctrina no distingue entre el modelo de Estado social y aquel social y democrático de derecho. Entre ellos Ferrajoli, quien distingue el Estado liberal o legal de aquel constitucional.

¹⁸ Diego Valdés: “La no aplicación de las normas y el Estado de derecho”, en Miguel Carbonell et al.: *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: Siglo XXI, 2002, p. 142.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 141-142.

²⁰ *Ibidem*, p. 142.

²¹ Rodolfo Arango: o. cit., p. 69.

Se puede reconocer la influencia del sistema internacional de derechos humanos en la gestación de algunas de las nuevas constituciones latinoamericanas (Brasil, Colombia, Perú, Venezuela, Ecuador, Bolivia), en la reforma de otras (Chile, Argentina) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica).²² Se pueden distinguir dos ámbitos en los cuales la influencia del derecho internacional de los derechos humanos ha sido relevante: en la recepción formal del derecho internacional mediante la incorporación de instrumentos internacionales y en la recepción de estándares internacionales aportados por la jurisprudencia o vía principios internacionales.²³

La constatación de este fenómeno permite inferir que el modelo tradicional de Estado liberal o Estado social y democrático de derecho no es suficiente para describir el momento actual del constitucionalismo, sino que más bien tendríamos que reconocer una “concepción democrática constitucional ampliada” que incorpora elementos tanto del derecho constitucional nacional como del derecho internacional de los derechos humanos.²⁴

Esta visión ampliada del constitucionalismo, planteada por Ferrajoli, reconoce la existencia de un cambio en el constitucionalismo democrático, que provendría de la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas internos estatales, lo que lleva a reconocer un constitucionalismo de carácter *supranacional*. Plantea Ferrajoli:

Se trataría, evidentemente, en el caso del constitucionalismo europeo, y todavía más, del constitucionalismo internacional, de un tercer cambio de paradigma: después del derecho jurisprudencial, el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho, un cuarto modelo, *el orden constitucional de derecho ampliado al plano supranacional*, que ya no tiene nada del viejo estado y, sin embargo, conserva de él las formas y las garantías constitucionales.²⁵

Para el autor, se trataría de un nuevo orden internacional que cuenta con el paradigma constitucional como dimensión necesaria de derecho y como sistema idóneo para la limitación del poder.²⁶

La tesis de Ferrajoli resulta iluminadora, ya que reconoce un fenómeno actual —y muy propio de las democracias latinoamericanas—, como es la interrelación entre el derecho constitucional interno de los países y los aportes del sistema internacional de derechos humanos. Sin embargo, no parece atendible la idea de estar frente a un nuevo

²² Claudio Nash: “Los derechos fundamentales: debates actuales y desafíos futuros”, en *Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile*, vol. 67, 2005, p. 81.

²³ *Ibíd.*, p. 82.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Luigi Ferrajoli: “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Revista internacional de filosofía política*, n.º 17, 2001, p. 40. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=173408>> (15.9.2010).

²⁶ Luigi Ferrajoli: “Pasado y futuro...”, o. cit., pp. 40-42. A este respecto el autor señala: “Se puede solo formular una hipótesis en la perspectiva de un constitucionalismo y de una esfera pública ya no exclusivamente estatales sino supraestatales, un espacio de la constitución supraordenado a cualquier otra fuente y la refundación sobre él del paradigma constitucional como dimensión necesaria del derecho en cualquier nivel y como límite intrínseco de todo poder legítimo” (p. 40).

paradigma de Estado de derecho. Más bien podríamos hablar de una nueva perspectiva a partir de la cual enfocar el papel del Estado social y democrático de derecho, en la que se refuerce la obligación de garantía de los derechos humanos, basándonos en un sistema supranacional que tiene por objeto darles efectividad. Este nuevo modelo parece ser una respuesta ante las limitaciones de los sistemas nacionales para responder de manera efectiva a los desafíos de la realidad actual. Una *concepción democrática de derecho ampliada* permite no solo dar mayor efectividad al goce y ejercicio de los derechos fundamentales, sino que, además, pone a disposición de los estados una serie de estándares internacionales que permiten determinar el contenido y el alcance que pueden llegar a tener los derechos humanos en sus distintos contextos de aplicación.

Cabe destacar, sin embargo, que la proposición de Ferrajoli de estar ante un nuevo paradigma puede ser atendible en el contexto de los países europeos, donde los Estados han sido mucho más reacios a integrar los estándares dados por el sistema europeo e internacional de derechos humanos. Por ello puede entenderse que en Europa su implementación pueda significar un cambio de paradigma o por lo menos una perspectiva innovadora a partir de la cual enfocar el constitucionalismo europeo actual.

1.4. Características del Estado constitucional ampliado

A partir de lo señalado, se hace necesario identificar las particularidades de un Estado constitucional ampliado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que todo sistema democrático debe resolver una tríada inseparable: Estado de derecho, derechos humanos y medios de garantía.²⁷ Haremos referencia a sus características basándonos en estas consideraciones de la Corte y también en lo establecido por la doctrina sobre las particularidades de un Estado social y democrático de derecho.

1.4.1. *Fuerza renovada de la Constitución: desde una visión programática a una normativa*

En primer lugar, destacamos entre las características de un Estado constitucional ampliado la fuerza renovada de la Constitución (normativa, no programática) y la redefinición de los poderes en función de los fines del Estado; muchas veces auxiliado y complementado por el DIDH. En virtud de la fuerza normativa de la Constitución, se entiende que las normas que la componen son vinculantes y tienen un contenido que las hace exigibles. En este sentido Landa señala:

Así, la fuerza normativa de la Constitución fundada en el principio de la supremacía constitucional [...] no es solo un cambio de posición jerárquica de las

²⁷ “El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de sus componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (Corte IDH: *Caso Yatama contra. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio del 2005, serie C, n.º 127, § 191).

normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el Derecho, la jurisprudencia, la propia jurisdicción y el rol de la judicatura.²⁸

1.4.2. *Sistema robusto de derechos fundamentales*

En segundo término, distinguimos dentro de sus características la promoción de un sistema robusto de derechos fundamentales basado en los sistemas constitucional e internacional; donde la normativa, la hermenéutica y la praxis judicial interactúan tanto en sede constitucional como internacional. En la configuración de esta concepción robusta de derechos humanos, el sistema internacional de derechos humanos tiene un rol fundamental, no solo porque complementa los contenidos de los catálogos con otros derechos, sino porque también aporta estándares para su correcta interpretación.²⁹

Así, podemos entender que “[s]e trata, en suma, de promover un modelo que favorezca la circulación y mutuo reforzamiento de un sistema multilateral de protección de los derechos sociales”.³⁰ Debe ser un sistema de organización en el que se propenda hacia una red normativa que asegure tanto las garantías institucionales, sociales como ciudadanas,³¹ y se controle su efectiva garantía mediante el fomento de la opinión pública y de la participación de los interesados.³²

1.4.3. *Mecanismos de control contramayoritarios con base constitucional*

También destacamos en un Estado constitucional ampliado la necesidad de protección jurisdiccional de los derechos. Esta garantía está guiada por una idea básica: los mecanismos de control y protección con base constitucional e internacional deben buscar la efectividad de los derechos. En este sentido, resulta interesante lo planteado por la Corte Constitucional de Colombia sobre el rol del juez en un Estado social y democrático:

[...] se requiere, entonces, una acción conjunta dentro de la jurisdicción que imprima un sentido de unidad no solo en la interpretación sino en la aplicación del conjunto normativo existente, a la luz de los principios y valores que

²⁸ César Landa: “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”, ponencia presentada en la II Reunión de Trabajo del Grupo de Estudios en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Montevideo, julio del 2010 (texto en prensa).

²⁹ Claudio Nash: *La concepción...*, o. cit., 2010.

³⁰ Gerardo Pisarello: “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”, en Víctor Abramovich et al. (comp.): *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México: Fontamara, 2006, p. 34.

³¹ *Ibíd.*, p.34.

³² Luigi Ferrajoli: “Estado social y Estado de derecho...”, o. cit., p. 21. El autor destaca la necesidad de: “[...] garantías jurídicas de tutela no solo de los derechos y las libertades individuales tradicionales sino que también de los derechos sociales, desconocidas para el viejo ordenamiento liberal y que se trata de estabilizar, de generalizar y de tornar exigibles y judiciales procesalmente”, p. 21.

emanan de la Constitución, cuya finalidad, en sí misma, ha de ser la prevalencia y eficacia de los derechos y garantías de los asociados.³³

Se ha considerado que un Estado social y democrático de derecho no puede obviar las situaciones de discriminación y desventaja material de las personas, y de acuerdo a ello se hace necesario un control judicial constitucional que repare las posibles violaciones de derechos sociales.³⁴ Se entiende que los jueces actúan con el límite del contenido dado por la consagración constitucional e internacional de estos derechos y teniendo por objetivo no más que maximizar la vigencia de los derechos.³⁵ En este sentido, también se ha planteado que, para que la decisión tomada en la justicia constitucional tenga legitimidad, es necesario que se funde en un procedimiento objetivo y razonable.³⁶

La justificación de que este control sea realizado por los jueces constitucionales se sustenta en la necesidad de que en un Estado social y democrático no sea encomendado exclusivamente a órganos legislativos, por ser estos especialmente sensibles a aquellas demandas que les reporten beneficios electorales.³⁷ En este contexto, la justicia constitucional podría ser un instrumento idóneo —no necesariamente el único— para “impulsar un cierto control entre poderes en materia de derechos civiles, políticos y sociales y para hacer visibles y audibles los intereses de aquella minorías (y a veces mayorías) marginadas de los canales representativos tradicionales”.³⁸ En ese entendido, el control judicial de políticas económicas y sociales podría verse no como una restricción al principio democrático, sino como un elemento indispensable para su mantenimiento³⁹ y como una vía para la concreción de los principios rectores de un Estado constitucional ampliado de derecho. También, cabe complementar lo anterior con la factibilidad de que operen los sistemas de control internacionales de derechos humanos, ante la inactividad de los mecanismos de control internos.

³³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU 846-00.

³⁴ Rodolfo Arango: o. cit., pp. 124-125.

³⁵ Gerardo Pisarello: “El Estado social...”, o. cit., p. 42. El autor señala: “El contenido mínimo e indisponible de los derechos sociales constitucionales, de hecho, comporta vínculos y límites para todos los poderes públicos. No solo para el legislador o la administración sino también para los propios jueces que tienen el deber, y no la simple facultad, de promover la reparación de las vulneraciones de derechos sociales que puedan tener lugar, bien por acción, bien por omisión. No se trata, en consecuencia, de legitimar cualquier actuación de los jueces en materia de derechos, sino solo aquellas dirigidas a maximizar su vigencia, o dicho de otro modo, a denunciar y participar en la reparación de las violaciones resultantes del fracaso o la insuficiencia de las garantías primarias”, p. 42.

³⁶ Rodolfo Arango: o. cit., p.123. En el mismo sentido, véase Claudio Nash: *La concepción...*, o. cit., pp. 251-257.

³⁷ Gerardo Pisarello: *Los derechos sociales...*, o. cit., p. 93. Señala el autor al respecto: “[...] en las democracias representativas realmente existentes la tutela de los derechos fundamentales y de los principios ligados al Estado social y democrático de derecho no puede encomendarse de manera exclusiva a órganos legislativos escasamente sensibles a aquellas demandas que no se traducen en beneficios electorales inmediatos o que escapan a la agenda de prioridades políticas establecida por una degradada lógica de partido”.

³⁸ *Ibidem*, p. 93.

³⁹ *Ibidem*.

1.4.4. *Importancia de la participación ciudadana*

Por último, se ha destacado como elemento clave el rol de la sociedad civil. La construcción de un Estado social y democrático ampliado reconoce en la sociedad civil un sujeto relevante para plantear nuevos derechos y reconfigurar los clásicos. También para activar los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, y para supervisar a la autoridad y a los propios órganos de control y protección; en definitiva, para hacer efectivos los derechos.⁴⁰ En este sentido, se plantean áreas en las cuales la participación ciudadana es importante: el acceso a la justicia individual y también de manera colectiva,⁴¹ la elección y crítica a los órganos legislativos,⁴² el desarrollo del proceso constituyente y legislativo,⁴³ también el control ciudadano del gasto público como forma de controlar la efectividad de las políticas sociales,⁴⁴ y el acceso a la información pública,⁴⁵ entre otras.

1.5. Particularidades del Estado constitucional ampliado en Latinoamérica

Como señalamos, muchos de los estados que han consagrado constitucionalmente un Estado social y democrático de derecho son países latinoamericanos.⁴⁶ También otros países han emprendido reformas constitucionales o han adoptado una práctica jurisprudencial que apunta hacia la consagración de un sistema democrático de estas características.⁴⁷

Dado el contexto en el cual se encuentran los países de Latinoamérica, donde existen profundas desigualdades sociales, violencia y diferencias étnicas, la idea de un Estado constitucional ampliado cobra fuerza, ya que se percibe como la estructura estatal idónea para superar los problemas que aquejan a la región. Refiriéndose a la Constitución de Colombia de 1991, Arango destaca la transformación cultural que el texto ha importado en la sociedad colombiana: asumir características de un Estado laico, el reconocimiento de la diversidad étnica y grupal, y el reconocimiento de una filosofía liberal igualitaria y no asistencialista.⁴⁸

Las sociedades latinoamericanas se caracterizan por estar compuestas por diversidad de grupos sociales con profundas diferencias culturales, lo que ha hecho difícil compatibilizar modelos institucionales foráneos con la situación particular de los

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 112-113.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 123.

⁴² *Ibíd.*, p. 124.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Gerardo Pisarello: *Los derechos sociales...*, o. cit., p. 124. También Víctor Abramovich y Christian Courtis: o. cit., p. 88.

⁴⁵ Gerardo Pisarello: *Los derechos sociales...*, o. cit., p. 124. También Víctor Abramovich y Christian Courtis: o. cit., p. 86.

⁴⁶ Diego Valdés: o. cit., p. 141.

⁴⁷ Destaca el caso de Argentina. Véase Víctor Abramovich y Christian Courtis: o. cit.

⁴⁸ Rodolfo Arango: o. cit., pp. 142-148.

países de la región.⁴⁹ En este sentido, se hace necesario reconocer esta situación de diversidad para poder sostener una democracia sólida y, además, para superar las discriminaciones que surgen de esta heterogeneidad social.⁵⁰ Frente a esta realidad, el resguardo de los derechos sociales que propugna un Estado constitucional ampliado se hace indispensable para superar prácticas excluyentes hacia estos grupos.⁵¹ Tomando como ejemplo el caso de Colombia, queda de manifiesto que entre los propósitos de consagrar un Estado social y democrático está justamente avanzar en esta materia. Así se ha señalado:

Los Constituyentes creyeron encontrar en la idea del Estado social y democrático de derecho, de amplia aceptación en el derecho constitucional contemporáneo, una fórmula política que, enriquecida con los aportes del multiculturalismo y del reconocimiento de la diversidad, permitiría poner en marcha ese proyecto histórico de desarrollar una sociedad menos arbitraria y más pluralista.⁵²

Asimismo, podemos reconocer en Latinoamérica la existencia de sociedades fuertemente excluyentes, en las cuales las inequidades económicas y sociales son abismales. En este contexto, se ha asentado la discriminación hacia ciertos grupos en condición de vulnerabilidad, dadas sus características particulares, bajo el alero de un sistema cultural que la legitima.⁵³

La consagración de un Estado constitucional ampliado de derecho en Latinoamérica no solo cumple un papel relevante para robustecer el sistema democrático en la región, sino que también tiene por objeto hacer frente a una serie de desigualdades sociales y discriminaciones sectoriales que dificultan el goce efectivo de derechos humanos en condiciones de igualdad.⁵⁴ En este desafío, es de suma relevancia el papel del sistema internacional de derechos humanos, ya que hasta ahora su contribución ha sido determinante para la visibilización de estos grupos discriminados y, también, para encontrar posibles soluciones a su situación.

⁴⁹ Ernesto Garzón: "Estado de derecho y democracia en América Latina", en Miguel Carbonell et al.: *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: Siglo XXI, 2002, p. 207.

⁵⁰ Guillermo O'Donnell: "Acercas del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales", en Miguel Carbonell et al.: *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: Siglo XXI, 2002.

⁵¹ Gerardo Pisarello: *Los derechos sociales...*, o. cit., pp. 49-52.

⁵² Rodrigo Uprimny: "Constitución de 1991. Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas", en *El debate de la Constitución*, Bogotá: ILSA-UNC, 2001, p. 55.

⁵³ En este sentido se destacan como grupos discriminados los indígenas, pero también las mujeres, los discapacitados, los niños, los privados de libertad, entre otros. En Latinoamérica se ha resaltado la discriminación que sufren las mujeres y los indígenas.

⁵⁴ Gerardo Pisarello: "El Estado social...", o. cit., p. 34.

2. Chile frente a este desafío

Sin duda Chile comparte los desafíos que hemos descrito: la construcción de un Estado de derecho que se adecue a nuestras necesidades de diseño institucional en una sociedad plural y compleja. Sin embargo, tenemos un problema normativo para la configuración de un Estado social y democrático de derecho: la posibilidad de su consagración en el texto constitucional fue un tema debatido en la reforma constitucional de 2005 y finalmente se rechazó.

La indicación planteada proponía el reemplazo del artículo 4 de la Constitución, que establece “Chile es un república democrática”, por el siguiente: “Chile es un Estado social y democrático de derecho, que se constituye sobre la base de los valores de libertad, igualdad y pluralismo”.⁵⁵ Entre los argumentos que se señalaron para rechazar esta iniciativa, se estableció que adoptar esta reforma constitucional otorgaría al gobierno una marca o inclinación que no parece aceptable, aun cuando los valores que envuelve la indicación sean admisibles.⁵⁶ Otros parlamentarios señalaron que la reforma era innecesaria, ya que una interpretación armónica de los artículos 4, 5, 6 y 7 de la Constitución permite satisfacer los postulados indicados, ya que a partir de ellos se puede reconocer un Estado democrático que propugna los principios de libertad, igualdad y pluralismo.

Descartada la opción de una consagración expresa en el texto constitucional que reconozca a Chile como un Estado social y democrático de derecho, cabe analizar si a partir del texto legal actual es posible realizar una interpretación en ese sentido.

Si se hace una lectura exegética del texto constitucional, la conclusión puede ser devastadora. En cuanto a su estructura,⁵⁷ se puede afirmar que en el texto constitucional de 1980 —reformado— sigue primando una fundamentación *iusnaturalista*⁵⁸ (artículos 1, inciso 1.º; 5, inciso 2.º, y 19)⁵⁹ y una consagración de los derechos fundamentales como omisiones del Estado antes que como obligaciones de actuación. Esta conclusión

⁵⁵ Emilio Pfeffer: *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes, debates, informes*, Santiago: Jurídica de Chile, 2005, p. 552.

⁵⁶ Opinión del senador Martínez; *ibidem*, p. 553.

⁵⁷ Un excelente estudio sobre la historia constitucional chilena en Pablo Ruiz-Tagle: “El constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia”, en Renato Cristi y Pablo Ruiz Tagle: *La república en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, Santiago: Lom, 2006, pp. 79-143. Para un análisis detallado en materia de derechos fundamentales véase Pablo Ruiz-Tagle: “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 63, Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001, pp. 179-199.

⁵⁸ Quien mejor representa y explica esta visión es el profesor Alejandro Silva Bascuñán. Véase Alejandro Silva Bascuñán: *Tratado de derecho constitucional: La Constitución de 1980*, Santiago: Jurídica de Chile, 1997, pp.139-140. En el mismo sentido, Cea señala: “[...] el Poder Constituyente asume una concepción afín con el Derecho Natural, según la cual los derechos y deberes del hombre emanan de la dignidad que es intrínseca a la naturaleza de la persona”. Juan Luis Cea: *Derecho constitucional chileno*, tomo II, “Derechos, deberes y garantías”, Santiago: Universidad Católica de Chile, 2004, p. 56.

⁵⁹ Artículo 1, inciso 1.º: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Artículo 5, inciso 2.º, primera parte: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas [...]”.

se desprende de la sola lectura del catálogo de derechos constitucionales del artículo 19. Los derechos consagrados en la Constitución de 1980 tienen un énfasis en las libertades (entendidas como protección frente al Estado y suponiendo una omisión de su parte), sin que expresen un adecuado desarrollo en materia de derechos de participación y derechos sociales, como es característico del constitucionalismo actual.⁶⁰ Los derechos consagrados no recogen plenamente los derechos de participación (por ejemplo, hay una consagración formal del derecho a sufragio, pero las estructuras de poder no reflejan una igualdad de impacto mínima).⁶¹ Los derechos de salud, educación y trabajo, por su parte, son tratados principalmente como libertades (de elección) y no como derechos de prestación por el Estado.⁶²

En efecto, los derechos de igualdad se encuentran consagrados en el derecho de igualdad ante la ley, en el artículo 19, numerales 2 y 3; en la igualdad de formulación del derecho y trato, en los numerales 17, 20 y 22 del artículo 19, y en manifestaciones de una cierta igualdad de hecho, en el numeral 18 del mismo artículo, en materia de prestaciones de seguridad social. Manifestaciones de derechos de igualdad, como mandatos de organización del aparato del Estado, pueden encontrarse en los numerales 9,⁶³ 10⁶⁴ y 11⁶⁵ del artículo 19, relativos a la protección de la salud y el derecho a la educación. Estos

⁶⁰ Sobre los distintos componentes que confluyen en los sistemas de derechos fundamentales, véase Gregorio Peces-Barba: *Curso de derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1999.

⁶¹ Entendemos por *igualdad de impacto*, siguiendo a Dworkin, la “diferencia que puede establecer por sí solo votando o eligiendo a favor de una decisión en vez de a favor de otra”. Ronald Dworkin: *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona: Paidós, 2003, p. 210.

⁶² Para una visión especialmente aguda y crítica sobre las deficiencias del catálogo de derecho, Pablo Ruiz-Tagle: “Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del bicentenario”, en Andrés Bordalí (ed.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago: Lexis Nexis, 2006, pp. 104-126.

⁶³ Artículo 19, n.º 9: “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

”Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

”Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

”Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

⁶⁴ Artículo 19, n.º 10: “La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

”Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

”El Estado promoverá la educación parvularia.

”La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

”Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”.

⁶⁵ Artículo 19, n.º 11: “La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”.

numerales permiten ejemplificar la tesis de que los derechos fundamentales establecidos en el artículo 19 del texto constitucional son básicamente derechos de libertad. En efecto, dos de los derechos clásicamente concebidos como derechos de igualdad de facto, como la salud y la educación, se establecen en el texto constitucional chileno como mandatos de organización y actuación del Estado, y no como derechos exigibles directamente, como sí ocurre respecto de las normas vinculadas con las libertades negativas. La excepción la encontramos en el inciso tercero del numeral 10 del artículo 19, que establece claramente un derecho a la educación gratuita.

En cuanto a la garantía jurisdiccional, la Constitución establece la protección de los derechos a través de un mecanismo procesal (recurso de protección, artículo 20)⁶⁶ que, si bien es una innovación para Chile en materia de garantías, tiene limitaciones de diseño, regulación y práctica jurisdiccional.

Reconociendo el problema descrito, sí parece posible hacer una relectura de las normas constitucionales para determinar la factibilidad de construir una interpretación constitucional que le dé sentido al término *democracia* que contempla nuestro artículo 4 de la Constitución: “Chile es un república democrática”.

Respecto de las obligaciones del Estado, la Constitución consagra una norma que nos parece central: el artículo 6, relativo a las “bases de la institucionalidad”.⁶⁷ Este establece expresamente la obligación de todos los órganos del Estado de adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, entre las cuales se encuentran no solo los derechos del artículo 19 (que contempla el catálogo de derechos constitucionales), sino también las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (artículo 5). Además, a partir de lo dispuesto en el artículo 1 (incisos 1 y 4) se puede extraer la obligatoriedad de las normas internacionales, tanto de los derechos sustantivos como de las obligaciones generales (respeto y garantía). En efecto, el artículo 1 del texto constitucional⁶⁸ consagra una visión de los seres humanos como “libres e iguales

⁶⁶ Artículo 20: “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 establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

”Procederá, también, el recurso de protección en el caso del n° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada” (este inciso fue agregado en la reforma 2005).

⁶⁷ Art. 6: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

⁶⁸ Art. 1: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

”La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

”El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

”El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de

en dignidad y derechos”, y luego establece el deber del Estado de dar “protección” a la población, “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” y “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Esto nos permite realizar un razonamiento integral de las normas en el siguiente sentido: el Estado debe “proteger” a las personas y crear condiciones de vida con pleno respeto a los derechos fundamentales (artículo 1); los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” son un límite para el ejercicio de la soberanía y los órganos del Estado deben “respetar y promover” los derechos garantizados por la Constitución, tanto en su propio articulado como en los tratados internacionales ratificados por Chile (artículo 5), y dichas obligaciones comprometen a todos los órganos del Estado (artículo 6). Por tanto, la conclusión necesaria es que las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales serán no solo de abstención, sino también obligaciones positivas. Dependerá del análisis de cada derecho determinar el contenido normativo concreto de la obligación del Estado.

A partir de esta visión compleja de las obligaciones del Estado, es perfectamente posible recurrir a la concepción de derechos fundamentales propia de un Estado constitucional de derecho ampliado a la esfera internacional. Es decir, el obstáculo normativo no es insalvable.

3. Configuración jurisprudencial de una concepción robusta de los derechos en Chile

Si el obstáculo normativo no es absoluto, la construcción de un Estado constitucional ampliado de derechos podría ser factible mediante una estrategia jurisprudencial. Evidentemente este no es un camino fácil, pero creemos que hay un espacio, o comienza a abrirse uno, que puede ser utilizado inteligentemente.

Centraremos este análisis en la ejemplificación, mediante casos conocidos por nuestros tribunales con jurisdicción constitucional, de tres temas relevantes para la construcción de un Estado constitucional ampliado: el contenido prestacional de los derechos fundamentales, la recepción constitucional del DIDH y los mecanismos de garantía eficaces para que los derechos fundamentales cumplan su rol de validación de la actividad del Estado.

los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

”Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

3.1. Contenido prestacional de los derechos fundamentales

En primer lugar, cabe destacar un fallo reciente del Tribunal Constitucional chileno en el que se aprecia la apertura a una interpretación adecuada de las obligaciones prestacionales del Estado.⁶⁹ En una sentencia de inaplicabilidad⁷⁰ relativa al caso *Isapres* (órganos de administradoras privadas de salud), este tribunal argumentó acerca de las obligaciones del Estado en materia de derechos prestacionales (concretamente el derecho a la salud), estableciendo el carácter normativo de la parte dogmática de la Constitución.

El Tribunal Constitucional chileno comienza el análisis con el tratamiento del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 1 de la Constitución en relación con los derechos consagrados en el artículo 19 del mismo cuerpo normativo (considerando 22). Luego, en la sentencia, vincula el principio de “dignidad” con los derechos públicos subjetivos, particularmente con los derechos a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud (considerando 23). Posteriormente señala cuáles son las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales y, con base en los artículos 1 y 5 de la Constitución, concluye la existencia de la obligación de asegurar los derechos, protegerlos y promoverlos (considerando 24). Vinculado con lo anterior, la sentencia afirma que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6 de la Constitución —que consagra la primacía de los principios y normas constitucionales—, se obliga a todos los agentes del Estado (considerando 25).

Concretamente, sobre el derecho a la salud establece (considerando 29):

[...] el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea.

Sobre la conexión que pueda haber entre el derecho a la protección de la salud y otros derechos, indica (considerando 32):

[...] esta magistratura no puede dejar de enfatizar que el derecho a la protección de la salud, en cuanto derecho social en los términos antes explicados, se halla sustancialmente ligado a otros atributos esenciales asegurados en nuestro Código Político, v. gr. el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir al ordenamiento la legitimidad ya aludida.

⁶⁹ Tribunal Constitucional chileno, sentencia 26 de junio de 2008, rol 976-2008.

⁷⁰ A partir de la reforma constitucional de 1985, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 82, el Tribunal Constitucional puede: “6°. Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución. El Tribunal conocerá estos asuntos en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría, pudiendo ordenar la suspensión del procedimiento”.

Concluye el Tribunal (considerando 34):

[...] siendo la Carta fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no solo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente [...].

Por último, en materia de fuerza normativa de la Constitución, el Tribunal Constitucional señala (considerando 35):

[...] lo expresado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual esta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella.

Además del caso analizado, resulta sumamente interesante una sentencia reciente de la Corte de Apelaciones de Santiago⁷¹ —confirmada por la Corte Suprema—,⁷² en la que se tratan las obligaciones que tiene el Estado en cuanto a proveer medicamentos a las personas. En el caso en cuestión, el Fondo Nacional de Salud Pública (Fonasa) denegó la solicitud de una persona enferma de cáncer de que se le entregara un medicamento para su tratamiento.

La Corte de Apelaciones reconoce a Fonasa como un organismo público que tiene entre sus deberes velar por el efectivo cumplimiento del derecho a la vida, la integridad personal y el derecho a la protección de la salud (considerando 11). Luego argumenta que, según los antecedentes, el medicamento solicitado garantiza una mejor calidad de vida y mejores expectativas de sobrevivencia, por lo cual:

[...] el deber del Estado de Chile en materia de salud y el efectivo acatamiento de las garantías constitucionales de los derechos a la vida, integridad física y protección de la salud, independiente de si las normas reglamentarias contemplan o no el medicamento indicado como uno de aquellos que pueda utilizarse en el tratamiento del cáncer, obligan a proporcionar los medios para procurar el tantas veces citado medicamento.⁷³

⁷¹ Corte de Apelaciones de Santiago, caso *Patricia Vásquez con FONASA*, sentencia del 24 de noviembre de 2009, rol 7766-2009.

⁷² Corte Suprema de Chile, caso *Patricia Vásquez con FONASA*, sentencia del 28 de enero de 2010, rol 9317-2009.

⁷³ Corte de Apelaciones de Santiago, caso *Patricia Vásquez con FONASA*, sentencia del 24 de noviembre de 2009, rol 7766-2009, considerando 12.

Agrega por último que la medida realizada por Fonasa resulta arbitraria, ya que en el documento en el que se niega el medicamento a la solicitante no se considera fundamento alguno y se recomienda un tratamiento distinto al indicado por el Instituto Nacional del Cáncer (considerando 13).

Esta sentencia continúa en la misma línea de la del Tribunal Constitucional, ya que reconoce el contenido normativo de los derechos involucrados y también las obligaciones que tiene el Estado en esta materia.

3.2. Recepción constitucional y construcción de un bloque de constitucionalidad

La Corte Suprema, a partir de los casos vinculados con crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar, ha desarrollado una línea jurisprudencial que amplía la concepción tradicional de derechos fundamentales que había sido sostenida por la jurisprudencia constitucional chilena. Destaca, en estos casos, la visión sobre la jerarquía constitucional o supraconstitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.⁷⁴

Dentro de esta tendencia esperanzadora, podemos ubicar una sentencia reciente del Tribunal Constitucional en la cual se analizó la compatibilidad de una reforma legal con la Convención sobre los Derechos del Niño.⁷⁵ Tanto en la presentación del recurso de inconstitucionalidad como en la argumentación del tribunal, se hace referencia al vínculo entre el artículo 5, inciso 1, de la Constitución y los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.⁷⁶ En este fallo, al menos, se consideró argumentalmente que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 5, inciso 1, de la Constitución, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales pasan a ser parte del bloque de constitucionalidad que es necesario tener en consideración a la hora de determinar la constitucionalidad de las leyes. Esto sin duda significa un avance respecto de la sentencia del 2002 que trató la constitucionalidad del estatuto de Roma,⁷⁷ en la cual se interpretó que los tratados de derechos humanos tenían un valor infraconstitucional, sin más.

En otro caso reciente, relativo a la inaplicabilidad de una norma del Código Civil, el Tribunal Constitucional declaró —esta vez en lo resolutivo y no solo en la

⁷⁴ Corte Suprema de Chile, caso *Sandoval*, rol 517-2004, sentencia del 17 de noviembre de 2004; Corte Suprema de Chile, caso *Vásquez y otros*, rol 559-2004, sentencia del 13 de diciembre de 2006.

⁷⁵ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia del 13 de junio de 2007, rol 786-2007, considerando 25-33.

⁷⁶ El tribunal señala respecto al análisis que debe efectuar: “Que, habiéndose rechazado las inconstitucionalidades de forma alegadas en el requerimiento, corresponde pronunciarse sobre el vicio de fondo invocado y que consiste en que el artículo 23 n.º 1, contenido en el numeral 3 del artículo único del proyecto de ley modificatorio de la Ley n.º 20.084, sobre responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, vulneraría el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental en relación con los artículos 3.1, 37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño y con el principio de no retroceso en materia de derechos humanos”.

⁷⁷ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia del 8 de abril de 2002, rol 346-2002.

argumentación— inaplicable la norma por ser contraria al artículo 5, inciso 2, de la Constitución en relación con el artículo 1, inciso 1, y al artículo 19, número 2, que reconoce la igualdad ante la ley. En esta sentencia el tribunal no solo reconoce el efecto vinculante de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que además da rango constitucional a un derecho que no figura en la Constitución de manera expresa: el derecho a la identidad personal.⁷⁸

Esta tendencia también ha sido desarrollada por la jurisprudencia respecto a casos relacionados con el nuevo sistema procesal penal. En una serie de sentencias recientes, de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, existe una remisión —en referencia al artículo 5 de la Constitución— a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile para determinar la existencia o el alcance de un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Destaca una sentencia de la Corte Suprema que reconoce la existencia del “derecho a recurso”, sin que este se encuentre expresamente contemplado en la Constitución, lo que configura jurisprudencialmente un derecho constitucional a partir de las normas internacionales en los siguientes términos:

Si bien este derecho no se encuentra expresamente contemplado en nuestra Carta fundamental, resulta igualmente obligatorio porque los pactos mencionados fueron ratificados por Chile y se hallan actualmente vigentes, en virtud de lo prescrito en el artículo 5.º de la Constitución Política de la República.⁷⁹

También, resulta interesante lo señalado por el Tribunal Constitucional, en otra ocasión, al considerar que las normas internacionales ratificadas por Chile son derecho vigente en el país:

[...] el derecho al recurso del imputado criminal es expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. [...] Dichas reglas, que el Estado debe promover y respetar, son normas jurídicas vigentes y obligatorias. Desde el punto de vista constitucional, se constituyen en parámetro de constitucionalidad o, al menos, en contenido sustancial de un debido proceso.⁸⁰

⁷⁸ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia del 29 de noviembre de 2009, rol 1340-2009.

⁷⁹ Corte Suprema de Chile, sentencia del 29 de abril de 2008, rol 6053-2007, considerando 11. En este mismo sentido, respecto del derecho a defensa, véase Corte Suprema de Chile, sentencia del 13 de noviembre de 2007, rol 3419-2007, considerando 14. En una reciente sentencia del mismo tribunal se señala: “Que, a lo anterior, y conforme la norma de reenvío contenida en el artículo 5º de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes...”, en Corte Suprema de Chile, sentencia del 13 de abril de 2010, rol 9758-2009, considerando 18.

⁸⁰ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia del 30 de enero de 2008, rol 986-2007, considerando 23. En el mismo sentido: Tribunal Constitucional de Chile, sentencia del 13 de mayo de 2008, rol 933-2007, considerando 3.

En este mismo sentido, en una reciente sentencia de la Corte Suprema se utilizan los tratados internacionales vigentes en Chile para determinar el alcance que tienen las garantías judiciales respecto de adolescentes infractores de ley. En esta sentencia señala:

También incide su condición de imputado adolescente que de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos siempre ha de pretenderse la readaptación social del menor. Además, el ya citado derecho a un juicio sin dilaciones indebidas en la especie resulta aún más exigible, desde que el artículo 10.2 apartado b) del citado pacto dispone que los menores serán llevados a juicio con la mayor celeridad posible.⁸¹

Puede apreciarse cómo resulta cada vez más clara la tendencia jurisprudencial a considerar las normas de derecho internacional de los derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad que reconoce los derechos fundamentales vigentes en el ordenamiento jurídico chileno.

3.3. Mecanismos de garantía eficaces y la función de validación de la actividad del Estado

En cuanto a las prácticas judiciales relativas a una efectiva protección de derechos, es interesante una sentencia reciente dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago⁸² —confirmada por la Corte Suprema—,⁸³ en la que, resolviendo una acción de protección de derechos constitucionales, determinó que la situación en la que se encontraban 22 personas privadas de libertad en una cárcel en la capital de Chile (Centro Penitenciario Colina II) constituía una violación de derechos constitucionales y, en razón de ello, la autoridad debía adoptar medidas efectivas para superar dicha situación.

Para la Corte de Apelaciones, las condiciones carcelarias vulneraban el derecho a la seguridad individual consagrado en el artículo 19, número 21, de la Constitución,⁸⁴ y comprometían también el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas privadas de libertad.⁸⁵

⁸¹ Corte Suprema de Chile, sentencia de 11 de noviembre de 2008, rol 6811-2008, considerando 3.

⁸² Corte de Apelaciones de Santiago, *Recurso de amparo de Angélica Toledo contra Gendarmería de Chile*, sentencia del 31 de agosto de 2009, rol 2154-2009,

⁸³ Corte Suprema de Chile, sentencia del 7 de septiembre de 2009, rol 6243-2009.

⁸⁴ El artículo 21, n.º 1, de la Constitución señala: “Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

⁸⁵ El artículo 19, n.º 1, consagra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica en los siguientes términos: “La Constitución asegura a todas las personas: 1º. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona [...]”.

Enseguida, la Corte se pronunció acerca de la situación de Gendarmería (unidad encargada de los recintos penitenciarios en Chile) y de los reclusos, señalando que, si bien entendía la falta de personal y de recursos económicos para materializar las garantías antes señaladas, eso no podía justificar las condiciones de los internos, en cuanto estas estaban por debajo del mínimo humanamente aceptable. Además, afirmó que no se observaba progreso de ninguna naturaleza desde la última visita.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso y ordenó al Centro de Cumplimiento Penitenciario Colina II adoptar todas las medidas necesarias para la implementación de recursos financieros, humanos y materiales que fueran precisos para otorgar a los internos —incluidos los aislados en celdas de castigo— un lugar digno, dada su calidad de persona humana. Además, le impuso el deber de informar, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación de la sentencia, sobre los cambios efectivos que se hubieran adoptado en favor de los internos en aislamiento y castigo. Cabe resaltar que la Corte Suprema confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

4. Conclusiones

El Estado de derecho constitucional ampliado a la esfera internacional parece ser la concepción adecuada para enfrentar los desafíos de la realidad chilena y latinoamericana. Por tanto, Chile podría beneficiarse de esta perspectiva tanto para cumplir adecuadamente sus compromisos internacionales como para dar efectividad a los derechos de cada uno de sus ciudadanos, en particular de los sectores en condiciones de exclusión y discriminación.

Es necesario reconocer que en la estructura original de la Constitución hay obstáculos para realizar una interpretación que permita reconocer un Estado social y democrático de derecho en Chile. También cabe destacar que la reforma del 2005 no generó un cambio en esta materia. En definitiva, nos enfrentamos a problemas de cultura y formación jurídica.

No obstante, es necesario reconocer que los problemas normativos no son un obstáculo insalvable, ya que es posible realizar una interpretación comprensiva de las normas constitucionales que permita determinar la existencia de ciertas obligaciones para el Estado que se constituyan como los principios fundamentales de un Estado social y democrático de derecho.

Por otra parte, hoy podemos reconocer algunos atisbos esperanzadores en materia jurisprudencial que deben ser revelados y utilizados. A partir de ello puede considerarse la vía jurisprudencial como la idónea para ir concretando un Estado social y democrático de carácter ampliado en Chile.

Sin embargo, todavía existe el desafío: la construcción, en proceso, de esta concepción de Estado de derecho, en la que cada uno de ustedes tendrá una palabra que decir.