



**Magister en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal
Constitucional
Centro de Estudios Constitucionales de Chile**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Talca**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO MAGISTER EN DERECHO
CONSTITUCIONAL CON
MENCIÓN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

Tema: El estándar de contenidos de los Derechos. Desafíos y problemas en la configuración normativa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Chile.

Alumno: Matías Augusto Vargas Borgel.

Profesor Guía: Humberto Nogueira Alcalá.

**Santiago
Diciembre 2019**

El estándar de contenidos de los Derechos. Desafíos y problemas en la configuración normativa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Chile.

The standard of rights content/subject. Challenges and issues in the normative configuration of Economic, Social and Cultural Rights in Chile.

Matías Augusto Vargas Börgel
m.vargasborgel@gmail.com

Resumen: Este trabajo desarrollará el concepto de estándar de contenido de los derechos, entendido como un parámetro de exigibilidad a los poderes públicos, analizando los efectos de la introducción de este concepto, desde una perspectiva teórica y en la práctica jurisprudencial.

Abstract: This paper will develop the notion of the standard of rights content. This will be a parameter of enforceability on public authority and analysis of the effects of the introduction of this concept from a theoretical view and in the jurisprudential praxis.

Palabras claves: Derechos Económicos, Sociales y Culturales; contenido esencial de los derechos; estándar de contenido de los derechos.

Keywords: Economic, social and cultural rights; Economic Rights, essential content of rights, standard content of rights.

Tabla de contenido

ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I:.....	9
I. NATURALEZA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSTRUCCIÓN NORMATIVA-CONSTITUCIONAL DE LOS DESC EN CHILE.....	9
1. <i>El Potencial emancipador del Derecho:</i>	9
2. <i>El efecto político del discurso jurídico:</i>	12
3. <i>Aproximación conceptual a los derechos Económicos, Sociales y Culturales:</i>	24
4. <i>Naturaleza jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ¿principios o derechos?</i>	28
CAPÍTULO II:.....	34
EL ESTÁNDAR DE CONTENIDO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN CHILE:	34
CAPÍTULO III:.....	51
EL USO DEL SISTEMA DE FUENTES EN EL RAZONAMIENTO DEL SENTENCIADOR Y LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DESC EN CHILE. ¿FACULTAD CREADORA O ACTIVISMO JUDICIAL?.....	51
CONCLUSIONES:	64
ANEXO: FICHA SENTENCIAS.	68
SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:	68
<i>CASO LAGOS DEL CAMPO VS PERÚ</i>	68
<i>CASO MUELLE FLORES VS PERÚ</i>	79
<i>CASO CUSCUL PRIVARAL Y OTROS VS GUATEMALA</i>	86

<i>CASO POBLETE VILCHES Y OTROS VS CHILE</i>	95
<i>CASO PUEBLOS KALIÑA Y LONKO VS SURINAM</i>	103
<i>CASO COMUNIDAD GARIFUNA TRIUNFO DE LA CRUZ Y SUS MIEMBROS VS HONDURAS</i>	110
<i>CASO TRABAJADORES DE LA HACIENDA BRASIL VERDE VS BRASIL</i>	116
<i>CASO COMUNIDAD GARÍFUNA DE PUNTA PIEDRA VS HONDURAS</i>	133
<i>CASO SAN MIGUEL SOSA Y OTRAS VS VENEZUELA</i>	140
<i>CASO TRABAJADORES CESADOS DE PETROPERÚ VS PERÚ</i>	152
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE	159
<i>STC ROL N° 5572-18-CDS / 5650-18-CDS (ACUMULADAS)</i>	159
<i>STC ROL N° 2787-15</i>	173
<i>STC ROL N° 1710-10-INC</i>	179
<i>STC ROL N° 1254-08-INC</i>	196
<i>STC ROL N° 976-07-INA</i>	202
SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA Y CORTES DE APELACIONES	205
<i>SCS ROL N° 25.230/2019</i>	205
<i>SCS ROL N° 6.898-2019</i>	211
<i>SCS ROL N° 8.034-2018</i>	215
<i>SCS ROL N° 38.479-2017</i>	220
<i>SCS ROL N° 38.521-2017</i>	225
<i>SCS ROL N° 3.514-2014</i>	240
<i>SCS ROL N° 10.973-2013</i>	250
<i>SCA DE CONCEPCIÓN ROL N° 10.142-2019</i>	256
<i>SCA DE TEMUCO ROL N° 612-2019</i>	260
BIBLIOGRAFÍA	263
NORMAS JURÍDICAS CITADAS	272
JURISPRUDENCIA CITADA	274

ABREVIATURAS

Art., Arts.	: Artículo, artículos.
c.	: Considerando.
CADH	: Convención Americana de Derechos Humanos.
cc.	: Considerandos.
CGR	: Contraloría General de la República.
CIDH	: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Corte IDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CPR	: Constitución Política de la República.
CS	: Corte Suprema.
DFL	: Decreto con fuerza de ley.
DL	: Decreto ley.
DS	: Decreto supremo.
inc.	: Incisos.
LIC	: Ley interpretativa de la Constitución.
LOC	: Ley orgánica constitucional.
LOCCN	: LOC del Congreso Nacional.
LOCTC	: LOC del Tribunal Constitucional.
LQC	: Ley de quórum calificado.
Nº	: Número.
PIDCP	: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PIDESC	: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Rol	: Rol.
SCS	: Sentencia Corte Suprema.
STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional.
TC	: Tribunal Constitucional.

INTRODUCCIÓN

Desde fines del siglo XX, los derechos sociales comenzaron a ser comprendidos, prístinamente, como derechos de prestación que, si bien “(...) otorgaban a sus titulares un título para reclamar un objeto que consistía en una prestación, ya fuera en bienes o servicios (...)”, estaban condicionados a “ser satisfechos si existía la correspondiente disponibilidad de recursos económicos (...)”¹. Esta concepción de los derechos sociales, enmarcada dentro de una economía de mercado, donde los derechos, al tratarse de bienes y servicio de libre disposición, entran en la dinámica de la oferta y demanda, lo cual encuentra uno de sus problemas angulares en el tema de su acceso en condiciones de mercado, en relación aquellas personas que se encuentran bajo la línea de aquello a lo que se pueden permitir.

Estos derechos se componen de un listado importante de bienes y servicios, entre los cuales es posible encontrar la educación, el sistema de salud, el acceso a la cultura, la vivienda, seguridad social, entre otros. Todos los cuales, poseen un catálogo, aún más amplio, de contenidos. Esto representa un problema en sí, pues es un hecho que el Estado no se puede hacer cargo de asegurar la máxima extensión del contenido de estos derechos. Esta situación, produce una desproporción entre las personas que requieren de una subvención total o parcial del Estado, al no contar con los recursos para soportar sobre sí su carga y aquellas personas que si lo pueden hacer, de acuerdo a sus recursos económicos, adquiriendo un estándar determinado de bienes o servicios, pues la oferta de ellos es variopinta y por lo mismo existen categorías de bienes que se pueden adquirir, que si bien satisfacen una necesidad, poseen diferentes características dependiendo de lo que se pague por ellos.

En este sentido, previamente a responder las interrogantes que motivan esta investigación - *¿cuál es el estándar del contenido de los derechos que debe asegurar el Estado? ¿quién es el que lo determina? y ¿cuál es la técnica empleada para establecer dicho “parámetro de exigibilidad”?* -, este trabajo se centrará, inicialmente, en aproximarse a la naturaleza jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – principio, derechos o naturaleza mixta-.

Ahora bien, para aproximarse al concepto referido, el autor abordará desde una perspectiva doctrinal el “potencial emancipador del derecho”, esto es, el alcance de las normas sociales, como medios que expresan el sentir del pueblo y la sociedad que deseamos alcanzar. Lo anterior, nos ayudará a comprender que hubo un cambio en la valoración del derecho, ahora como medio de la acción política, en la cual “*los enunciados políticos sobre derechos son estudiados, en algunos casos,*

¹ Aldunate (2014), p. 26.

*como si fueran parasitarios de enunciados jurídicos sobre derechos*². Hecho que dará cuenta de la correlación entre los parámetros de desarrollo social -asociados a la implementación de políticas públicas- y el contenido mínimo esencial de un derecho, lo cual debe ser vinculado con dos factores claves *“la voluntad y la capacidad del Estado de promover y proteger los derechos humanos (...)”*³, lo que implicará inminentemente, un efecto político del discurso jurídico.

En virtud de lo precedentemente expuesto, se desarrollará el concepto de estándar de contenido de los derechos, como parámetro mínimo de exigibilidad, que *“(...) puede servir para fijar un marco que colabore en la definición de políticas y estrategias de intervención, tanto de los Estados como de los actores sociales y establecer una vara o criterio común para la fiscalización y evaluación posterior de esas políticas, otorgando un contenido más preciso a algunos principios que inspiran la formulación de estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza en la región, tales como el principio de inclusión, de participación, de rendición de cuentas y de responsabilidad”*⁴.

En su construcción, el poder legislativo, ejecutivo, judicial, el Tribunal Constitucional, y el Derecho Internacional, cumplen un rol fundamental en Chile, pues han creado y aumentado la extensión del contenido de estos Derechos, permitiendo hacer exigibles por la ciudadanía aquellas declaraciones o enunciados programáticos que antes no lo eran. Este hecho, implica reconocer que un enunciado programático se convierte en derecho y, por tanto, en obligación positiva del Estado, realizándose así la necesidad de conocer el sistema de fuentes, debiendo ser entendido este, como *“todo lo que el ordenamiento jurídico confiere capacidad para crear normas relevantes para configurar derechos fundamentales”*⁵. En este sentido, observaremos que *“(...) El desarrollo y fortalecimiento del Derecho Internacional de los derechos humanos ha contribuido en aclarar y delimitar la naturaleza, el contenido, el alcance y las limitaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como de identificar las obligaciones correlativas a estos derechos (...)”*⁶.

Finalmente, luego de repasar la regulación y jurisprudencia de Chile, que orienta el *“debate constitucional, referido a la responsabilidad de los Estados en la promoción y protección de los derechos”*⁷, que se desarrolla actualmente en Chile⁸, se realizará un breve balance de lo expuesto, arribando a la conclusión que será dable

² Atria (2005), p. 15.

³ Abramovich; Courtis (2014).

⁴ Abramovich (2006), p. 14.

⁵ Peces-Barba (2014), pp. 22-39.

⁶ Steward (2012), p. 23.

⁷ Ahrens (2012), p. 137.

⁸ Nuñez (2015).

reconocer que, por sus propias características institucionales, la judicatura no es el poder estatal llamado a desempeñar atribuciones centrales para adoptar decisiones complejas en materia de políticas sociales, sin embargo, el poder judicial ha asumido, en atención a la inactividad del poder legislativo y ejecutivo, la tarea de verificar el cumplimiento de estándares jurídicos en el diseño y ejecución de Políticas Públicas.

CAPÍTULO I:

I. NATURALEZA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSTRUCCIÓN NORMATIVA-CONSTITUCIONAL DE LOS DESC EN CHILE.

1. El Potencial emancipador del Derecho:

Sin perjuicio que no es finalidad de este trabajo profundizar en la teoría y el pensamiento político acerca del concepto de “estado liberal o social”, resulta insoslayable referirse a estos, previo a abordar la cuestión principal de este capítulo – sobre la naturaleza jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante también denominados DESC-, pues su enunciación permitirá comprender, la extensión y alcance de los derechos en la sociedad y sus efectos en las personas, lo cual evidenciará el “potencial emancipador del derecho”⁹.

Es indiscutible que *“en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a las personas, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una triada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”*¹⁰, y que los derechos para lograr la eficacia deseada por el legislador deben reunir las características de ser *“perentorios, agresivos y adversariales”*.

Ahora bien, respecto a la dimensión del contenido de los derechos, su determinación se encontrará inclinada de acuerdo con la corriente de pensamiento que el legislador adhiera.

Hoy, la discusión acerca de carácter *“liberal o social”* de los derechos y la ciudadanía se encuentra vigente¹¹, tanto desde una perspectiva antropológica, filosófica, sociológica y jurídica. Gregorio Peces-Barba, señala a este respecto que *“(...) los derechos son instrumentos para alcanzar la igualdad que permite a todos, por su*

⁹ Entendido como una característica de los derechos, donde la ciudadanía, a través de los medios democráticos establecidos en sus pueblos, indentifican la sociedad que aspira ser y la comunidad que idea tener.

¹⁰ Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, sobre Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), parágrafo 35.

¹¹ Atria, (2002). *“La diferencia entre la ciudadanía liberal y la socialista es que mientras la primera es una forma de comunidad que se caracteriza porque sus miembros “no tienen interés en los intereses de otros”, la segunda es una forma de comunidad en que cada uno de sus miembros tienen un interés en el bienestar del otro”*.

*extensión generalizada, participar en la democracia social, disfrutar en condiciones de los derechos clásicos, individuales, Civiles y Políticos, con la satisfacción de las necesidades básicas (...)*¹².

Este debate no es nuevo, la sociedad moderna, tras la Revolución francesa y el movimiento independentista en Estados Unidos, sentaron los paradigmas que, aún hoy, siguen vigentes, donde por una parte se exagera la figura individual del sujeto y, por otra, diferentes autores profundizan la visión del concepto de comunidad << *supresión del yo en sacrificio hacia el otro* >>, en consideración al “*individuo situado*”.

Esta polarización filosófica, marca una pauta tanto en las determinaciones políticas, como en la construcción material y formal de los derechos, pues la adopción de una u otra, conduce a una redefinición del concepto de “persona” y de “Estado”, y la relación existente entre ambos, sin poder obviar que la adopción de cualquiera de ellas se encuentra asociada a una “carga moral” inevitable.

Lo anteriormente manifestado, sin alterar, necesariamente, la estabilidad de los Estados, permite entender que en un sistema donde la economía, política y el derecho confluyen, muchos de los derechos y principios, luego de su surgimiento, han sido capaces de ir “tomando forma” por sí mismos, situación que conduce al Profesor Fernando Atria a precisar que los “*derechos que tradicionalmente fueron abarcados en el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de manera que las distinciones absolutas han perdido su radicalidad*”¹³, en tanto Roberto Gargarella enfatiza lo anterior, diciendo que “*(...) los derechos se han independizado de muchas de las limitadas aspiraciones de sus creadores (...)*”¹⁴.

Siguiendo la corriente del profesor Gargarella, la evolución de los derechos, en relación con los prístinamente ideados, revela la importancia de la sofisticación en la técnica empleada al diseñarlos, así como la del intérprete, sobre todo en materia de Derechos Humanos, en los cuales prima la universalidad, caracterizándose, en la práctica, por ser incorporados en los textos, mediante cláusulas “*numerus apertus*” - lo que demuestra el valor jurídico del precepto, y que este sea inacabado, por cuanto no se agota en su propia expresión-.

En conexión a lo señalado en el párrafo anterior, en la experiencia sudamericana, los derechos fundamentales, encuentran su reconocimiento en la Constitución¹⁵ y,

¹² Peces-Barba (2009), pp. 22-39.

¹³ Atria (2002).

¹⁴ Gargarella (2005), pp. 61-70.

¹⁵ Nogueira (2015), pp. 301-350. En este sentido, el Profesor Humberto Nogueira Alcalá, ha estudiado el enfoque que la mayoría de las Constituciones latinoamericanas han

en su construcción, los constituyentes de los diferentes países de la región, han optado por utilizar “*categorías jurídicas indeterminadas*”¹⁶, que implican que el destinatario del derecho complete el mandato normativo, habida cuenta de la dificultad de establecerlos detalladamente, en atención al carácter dúctil de la sociedad y, necesariamente, del derecho.

Dicho lo anterior, retorno a la premisa que plantea este subapartado, es decir ¿cuál es el potencial emancipador del derecho? Pues bien, como se ha enunciado, el potencial radica en el concepto mismo de “derecho”.

Sin perjuicio de la ambigüedad, que en muchas ocasiones nos aboca este vocablo al intentar definirlo, dado que tiene una connotación histórica, práctica y valorativa, es un hecho que éste se configura a partir de una o más acciones u omisiones del sujeto, originada en la expresión más íntima que el individuo tiene acerca de la libertad, donde la comunidad ha definido, mediante Instituciones legitimadas para tal efecto, para mantener el orden social, precisar los márgenes de su extensión y, con ello, el ámbito en el cual los hombres y mujeres pueden desenvolverse, sin alterar el “estado de normalidad” en la Comunidad, sancionando dichas acciones conforme a la gradación del daño, como técnica represiva, o bien como medio preventivo, para evitar que se incurra nuevamente en el acto u omisión respectiva.

Ahora, es pertinente señalar que el derecho, encuentra su potencial emancipador, en su carácter inacabado, pues constituye para el hombre una búsqueda permanente de condiciones morales y fácticas que le permitirían su mayor desarrollo material y espiritual. Así, el derecho se transforma en una herramienta social poderosa, que surge entre medio de tensiones jurídicas, políticas y económicas, donde los hombres y las mujeres, siempre que intenten ampliar la extensión de los límites que la comunidad ha establecido a los derechos ya reconocidos, ello implicará un acto, donde el pueblo, requiere para sí mismo de mayor libertad, oportunidad en la cual éste, en búsqueda de sus aspiraciones, individuales y sociales, remese al Estado para que, mediante un acto de autoridad, a través de los órganos facultados, los emancipen de las restricciones que la comunidad, como consecuencia del contrato social, se ha impuesto.

incorporado en el texto Constitucional, las cuales consideran, además de los derechos asegurados formalmente en los Códigos Políticos, la remisión a los derechos asegurados por el derecho Convencional Internacional.

¹⁶ Tena (2018), pp. 99-131. “*Excepción a la regla general en los textos jurídicos, donde priman conceptos unívocos de los términos que lo conforman. En relación al concepto de categorías jurídicas indeterminadas, conforme a lo señalado por el catedrático Isaac Tena Piauelo, son denominados “estándares jurídicos”, o incluso en alguna doctrina extranjera con la descriptiva expresión de << conceptos válvula >>*”.

2. El efecto político del discurso jurídico:

A. Lo político y lo jurídico.

Tratar el “concepto de lo político y lo jurídico”¹⁷, no es algo novedoso y, mucho menos, si nos referimos al estudio de los autores más clásicos¹⁸. Sin embargo, desde fines de la Segunda Guerra Mundial, no solo existe un cambio de paradigma filosófico, desde la perspectiva del rol del Estado y la vulneración de Derechos Humanos, que influye en la forma de entender estos conceptos, sino que, el cambio es aún más profundo, pues se intentan cimentar los pilares para promover la reducción de la incertidumbre y la racionalidad respecto a los problemas, orientado a la resolución de los conflictos sociales y la reconstrucción del Estado, donde surge la necesidad de conocimiento científico aplicado dentro del ámbito propio de la administración del Estado, lo cual conduce a una re comprensión del vínculo entre lo político y jurídico.

Este nuevo escenario, implicó una reestructuración en el lenguaje de los derechos, que a partir de las reivindicaciones sociales de grupos marginados exigieron al poder político modificar el rol de inhibición del Estado, que ahora debería ejercer sus actuaciones bajo una estricta “referencia ética”¹⁹.

Ahora bien, qué es “lo político” y “lo jurídico”, cuál es el punto de encuentro entre estos conceptos y qué desafíos plantea el diálogo que debe existir entre ambos.

¹⁷ Dávila (2017), pp. 233-245. “En lo que concierne a la Antigüedad, se puede ver que en la Hélade se presentó una relación tan estrecha entre política y derecho que prácticamente no hubo una distinción. Ejemplo de ello se encuentra en la obra Política, de Aristóteles, que mezcla indistintamente elementos expresamente fácticos, colocándose el poder en primera línea, con elementos prescriptivos, que buscan determinar cómo deben ser las constituciones de las polis. Política y derecho no tendrían razón de ser si se ven como elementos separados, desde la perspectiva de Aristóteles. Dentro de los elementos normativos igualmente se incluye la ética, como se afirma en Ética a Nicómaco, la cual busca la felicidad (entendida como eudaimonía) de los ciudadanos, siendo la felicidad de estos un fin de la organización social (polis), es decir, de la política. Como resultado de acontecimientos históricos como la pérdida del dominio político de Atenas y la debacle del dominio de Roma, esta visión de unión absoluta entre derecho y política se ve debilitada. Maquiavelo es, tal vez, el principal representante clásico de esta nueva forma de ver la relación. El Príncipe explica expresamente que la política debe ser vista como algo que atiende exclusivamente al fin, por lo que el derecho, en tanto algo normativo, no sería determinante. No niega que pueda haber relación; lo que niega es que haya una relación necesaria e inevitable”.

¹⁸ Jiménez (2012), pp. 215-238.

¹⁹ Hass (2010), pp. 367-378.

Para comenzar a tratar este asunto, es imprescindible señalar que la función de la política es propender a la toma de “decisiones”, a partir de la voluntad soberana, mediante mecanismos que permitan legitimarla²⁰. De esta forma, lo político se refiere al anhelo para acceder al poder, *“aspiración a tomar parte en el poder o a influir en la distribución del mismo, ya sea entre los diferentes estados, ya en lo que concierne, dentro del propio Estado, a los distintos conglomerados de individuos que lo integran”*²¹, en tanto el derecho se erige como un conjunto sofisticado de reglas sustantivas y adjetivas que, por una parte, “sirven” a lo político como una vía para organizar el poder, *“orientando su operación hacia la toma de decisiones, intentando garantizar y arbitrar el orden social”*²², y *“desarrollar el instrumental normativo para su realización”*²³, con el objeto de reducir la incertidumbre.

A reglón seguido, es imposible desconocer que las operaciones jurídicas, por una parte, poseen valor político²⁴, en tanto las operaciones políticas tienen, a su vez, un valor jurídico. Esta máxima, encuentra su origen tanto en los criterios de organización política del poder, caracterizado por la juridificación de los procesos políticos, y en los programas de generación del derecho, que se materializan en la Constitución Política de los Estados.

“El derecho mantiene una conexión directa con la política, ya que cualquier acción o decisión jurídicamente relevante que se tome debe hacerse ponderando estratégicamente las acciones o decisiones de otros, que se dieron en el pasado, se realizan en la actualidad o se darán en el futuro. El derecho es una empresa esencialmente cooperativa –aun en régimen autoritario– puesto que no puede lograrse efecto jurídico sin la colaboración de otros. Por lo tanto, toda acción jurídica es una acción política en el sentido de que debe tomar en cuenta las acciones,

²⁰ En tanto lo político se refiere a un acto subjetivo, la política se aproxima a un propósito público.

²¹ Hurtado (2013), pp. 136-146.

²² Barros (2013), pp. 153-173. *“La filosofía política discute si el derecho es un instrumento de seguridad que nos permite salir de la anarquía, constituyendo un poder público que nos protege a unos de otros (como en Hobbes); cautela la propiedad (como en Locke y Hume); posibilita los intercambios espontáneos en un orden sujeto a reglas (como en la tradición de Adam Smith hasta Hayek); es garantía exterior de la libertad entendida como presupuesto de la moralidad (como en Kant); materializa principios de justicia política (Rawls); maximiza el bienestar (como en el análisis económico del derecho); expresa la formación legítima de opinión y de voluntad de ciudadanos que tienen iguales derechos (como en Habermas); o si expresa esencialmente un orden de preceptos que pueden ser obtenidos por medio de la razón práctica y procuran el bien común (como contemporáneamente en Finnis y en la tradición aristotélica del derecho natural)”*.

²³ Zamorano (2016), pp. 303-333.

²⁴ Gibson, & Silva (2015), pp. 387-420. *“Para Enrique Aftalión, en relación al derecho social económico, este aparece como instrumento a que recurren los legisladores para concretar en los hechos la política del intervencionismo en lo económico – social”*.

*reacciones, actitudes y expectativas de otros, en la medida en que ellas tengan a su vez poder para determinar nuevas acciones, reacciones, actitudes y expectativas*²⁵.

De estos primeros párrafos, ya es posible vislumbrar que tanto lo jurídico, como lo político, sientan sus pilares sobre expectativas, más o menos razonables, respecto del tipo de sociedad, que un grupo de personas, dentro de un territorio determinado, que se encuentran unidas por símbolos, una sensación de pertenencia a un territorio, costumbres y un origen común, desean promover, para el mayor desarrollo individual y colectivo de los sujetos que la integran.

La construcción del derecho y el vínculo a lo político, en tanto nos referimos a la decisión de autoridad, constituye uno de los más importantes problemas para esta investigación, pues existe un entrelazado de dependencias e interdependencias, que dificultan la distinción que debe existir entre lo estrictamente político y jurídico. En este punto, el derecho ofrece a la política herramientas que tienden a evitar la articulación sobre la base de intereses particulares, fuera del margen de las expectativas socialmente aceptadas, que se han precisado, como aquellas que aseguran el mayor bienestar.

El último periodo ha significado re entender el derecho y lo político pues, actualmente, se ha internado en el imaginario social que estas se configuran a partir de relaciones sociales, económicas, ideológicas y culturales que, conforme al deber ser, son limitadas por el derecho, sin embargo, hoy ambas son determinadas, principalmente, en base a una estructura social estratificada y caracterizada por la influencia personal. Este hecho, condiciona la premisa, pues dado que el derecho se ve influido por las mismas condiciones que las decisiones políticas, pareciera que no es el mecanismo de control suficiente para asegurar que aquellas normas y/o políticas sean orientadas a satisfacer las expectativas de la mayoría.

Resulta necesario enfatizar que el derecho y lo político tienen como elemento común su orientación hacia el bien común y la dignidad de las personas. En este sentido, la dignidad, entendida como la cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable que le corresponde a todo ser humano²⁶, es un valor y principio, que se

²⁵ Nino (1994), *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, (Barcelona, Ariel), p. 147.

²⁶ En este sentido el Tribunal Constitucional Chileno ha resuelto en la Sentencia de Inaplicabilidad ROL N° 976, en el Considerando Vigésimo tercero que, *“la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia (...)”*.

encuentra reconocido tanto en nuestro ordenamiento interno, como por el orden Jurídico internacional, constituyendo un principio básico en virtud del cual deben interpretarse y estructurarse, tanto las normas como las políticas de los Estados. En este sentido, es trascendental la injerencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por cuanto desde que este se inserta en los Ordenamientos Internos, ya sea como *hard law* o *soft law*, ni la política de los Estados ni las normas jurídicas internas, son las que determinan únicamente el devenir político y jurídico de una Nación << *ha comenzado a desvanecerse la idea del autogobierno*>>.

Entonces, la cuestión que convoca este apartado se complejiza aún más, pues nuevos grupos comienzan a interferir en el devenir político y jurídico de los Estados. Siguiendo a Luigi Ferrajoli “(...) *La política ya no gobierna a la economía sino al revés. Los Estados ya no pueden garantizar la concurrencia entre las empresas, sino que, por el contrario, son las empresas multinacionales las que ponen en competencia a los Estados, pretendiendo menos impuestos, menos garantías para los derechos de los trabajadores, menos gastos sociales, menos límites y vínculos a sus intereses, como condiciones para sus inversiones (...)*”²⁷.

La construcción del Estado moderno cambió irremediabilmente, así como sus paradigmas. El post modernismo, aparejado a un realce del “yo”, en perjuicio del bienestar social, nos reconduce a un problema moral, quizás el mismo del cual las anteriores generaciones intentaron sortear, pero hoy con nuevos actores; un Estado que se inhibe, política y jurídicamente, ante fuerzas exógenas que condicionan su actuar.

B. El discurso jurídico como herramienta política.

Para Foucault “*el autor es quien da al inquietante lenguaje de la ficción sus unidades, sus nudos de coherencia, su inserción en lo real*”²⁸.

La historia de la humanidad ha dejado de manifiesto el progresivo cambio en la concepción del uso de las palabras en la construcción del discurso, donde se ha comprendido que estas, han transitado desde ser entendidas, esencialmente, como un “*medio para cambiar la realidad*”²⁹, a comprenderse como “*(...) instrumentos psicológicos de provocación (...)*”³⁰. Lo anterior, irradia tanto al entendimiento de las cosas, bajo el prisma de la antropologización de la naturaleza física, a la

²⁷ Ferrajoli (2011).

²⁸ Foucault (1970).

²⁹ Salas (2007); p. 98.

³⁰ Salas (2007), p. 104.

configuración conceptual de aquellos bienes inmateriales, hecho que representa una visión metafísica, que permite reconocer que la libertad, la igualdad, la justicia y la democracia, a modo de ejemplo, son bienes, que más allá de su inmaterialidad, se asocian a fenómenos físicos, estructurados sobre la base de objetivos individuales y grupales, sentimientos e ideas. Así, siguiendo a Salas, es imposible desconocer el carácter “*plurifuncional*”³¹ del lenguaje, pues desde los albores del hombre este ha servido como un medio de acción y de manifestación, de conceptos racionales y también expresiones, en su sentido más amplio.

Es oportuno recordar que la construcción del lenguaje responde a un proceso, que inicia con una aproximación del sujeto al objeto que desea conocer, que luego de un acto de observación, que le permitirá caracterizarlo, podrá ser conceptualizado, mediante un conjunto de símbolos articulados, que tras ser socialmente aceptados, le permitirán identificar o asociar la materia o idea, a un mismo sentido o finalidad.

El lector se preguntará, luego de revisar los párrafos precedentes, cuál es el propósito de abordar la teoría del conocimiento, la teoría del significado y el proceso de construcción del lenguaje, a la hora de hablar del discurso jurídico como herramienta política. Sin embargo, la relación es inexorable, pues el discurso como medio de comunicación, se debe hacer cargo de aspectos racionales, científicos y emotivos de las palabras para lo cual recordar cómo éstas se construyen, resulta fundamental. Así, la importancia del discurso jurídico descansa en el hecho de que “*parte del poder del discurso de los derechos radica en que a éstos se les atribuye la capacidad de reintroducir el problema ético en el razonamiento jurídico, sin que este se disuelva en la política*”³².

Como se ha venido enunciando, es ineludible la relación que existe entre lo jurídico y lo político, pues una sirve a la otra, ya sea como medio de ejecución, o bien como fundamento de acción. Así, el discurso jurídico, entendido desde una perspectiva argumentativa, intenta satisfacer “*las aspiraciones de justicia de los ciudadanos*”³³, y es expresión de la “*función social del derecho*”³⁴; en tanto lo político, se sustenta en “*la idea de que ser un sujeto de derechos, no se agota con el simple reconocimiento legal, dado que el derecho es también un campo de lucha política*”³⁵.

Esta relación ha sido observada incluso por Marx, quien, a propósito del discurso de los derechos dentro de la sociedad burguesa, precisa que “*mediante los derechos garantizados por el Estado burgués no es posible una verdadera emancipación del ser humano, pues mientras persista la separación entre una*

³¹ Salas (2007), p. 103.

³² Brown & Williams (2003).

³³ Ackerman (1988).

³⁴ Bobbio (1986).

³⁵ Silva & Carvajal (2007), p. 147.

*naturaleza privada, predominante y excluyente, y una naturaleza política o ciudadana, relegada a un plano meramente virtual e irreal, la única medida de lo humano es el dinero, la usura y la explotación del hombre por el hombre*³⁶; con lo cual Marx intenta hacer presente, en definitiva, que el discurso de los derechos se encuentra politizado por las fuerzas de dominación que existen en la sociedad y que, por otra parte la realidad del ser humano se caracteriza en la construcción de una política ficticia, que recubre la insuficiente libertad y el individualismo de la sociedad civil.

En contrapartida, Jürgen Habermas plantea que existe una *“conexión conceptual entre la autonomía privada y la autonomía pública (...) dado que los destinatarios del derecho solo pueden adquirir autonomía en la medida que ellos mismos puedan comprenderse como autores de las leyes a las que están sometidos como sujetos jurídicos privados*³⁷. Lo anterior, implica una concepción sustentada en la premisa de que cada persona es la mandatada a determinar autónomamente sus acciones y, por tanto, a ser responsable de las consecuencias que ellas signifiquen, en tanto sigue siendo un ser inserto en un espacio social y, debe ajustar su comportamiento a las normas colectivamente aceptadas. Esta descripción, permite visualizar el estrecho vínculo que existe entre los derechos y el reconocimiento político, los que se deben enmarcar en procedimientos legítimos de producción de derecho *<<política deliberativa>>*³⁸.

De esta forma, es posible vislumbrar que *“El discurso hace factible y legitima la praxis de lo político y lo jurídico. De manera más específica, puede decirse que en esta visión son el lenguaje y la acción los que están en el trasfondo sustancial de la relación entre política y derecho, razón por la cual no puede prescindirse de estos elementos (lenguaje y acción) para su explicación, análisis y valoración*³⁹. Así, la construcción de Marx y Habermas, se encasillan bajo la *“comprensión del derecho como un fenómeno social, que implica reconocer que en nuestras sociedades es la política la que mediante diversas prácticas le da sustrato a las creencias axiomáticas que tienen los operadores del sistema jurídico. Además, los discursos políticos sustentan determinadas creencias axiomáticas relativas al contenido de las normas, fijan procedimientos y en fin de cuentas permiten llamar a un sistema jurídico como democrático o autoritario*⁴⁰.

Pero el discurso, sin dudas en diferentes capítulos de la historia, ha sido manipulado. Este hecho, lleva a concluir que la utilización de conceptos “virtuosos”

³⁶ Silva & Carvajal (2007), p. 136-137.

³⁷ Silva, & Carvajal (2007), p. 142.

³⁸ Domínguez (2013), pp. 301-326.

³⁹ Dávila (2017), pp. 233-245.

⁴⁰ Zambrano (2015), pp. 71-80.

<<como el de democracia e inclusión>> no implican, per se, una manifestación del conglomerado, pueden llegar a ser nominales, pues, en este caso, es la expresión lingüística intencionada la que busca validar los actos de autoridad⁴¹. Es por lo anterior, que resulta especialmente necesario estudiar la relación dialéctica que existe entre la dictación de un precepto y los aspectos institucionales y sociales que condujeron a su inserción en el ordenamiento jurídico.

C. Peligros y tensiones.

Hasta aquí, es indudable que el derecho tiene una doble faz, en tanto, **(a)** propende al orden social y **(b)** opera como un control a lo político. En este sentido, el discurso, como se ha precisado, ocupa un rol fundamental, pues el poder y las normas que lo reglan, para ser legitimadas, emplean el lenguaje para impactar en la sociedad, transmitiendo la sensación de necesidad o la satisfacción de un requerimiento social. En este sentido, Habermas, al abordar la <<acción comunicativa>>⁴² destaca que existe una resistencia entre el poder y su validación, en tanto las normas jurídicas actúan como un marco de acción, que al ser expresado mediante el lenguaje se transforma en la cristalización del imaginario político, el cual requiere de la Institucionalidad jurídica para lograr su legitimación.

Así, la acción política, en palabras de Bobbio, se concreta a través del derecho, en tanto este es su marco de control. De esta forma, la política es un generador de derecho, con miras a fines políticos, mediante la coacción y coerción, que son instrumentos propios del Ordenamiento Jurídico. Con todo, el derecho es para la política, a su vez, un elemento validador, por cuanto da luces de cuándo la decisión política posee las características de ser obedecida por quienes integran la sociedad.

Ahora bien, al tratar el punto anterior surge la interrogante sobre qué es legítimo y qué no lo es. El cuestionamiento señalado, conduce a invertir la relación expresada en el párrafo anterior, por cuanto, en esta lógica, es el derecho el cual explica el poder político, de forma que no es la efectividad del poder político lo que provoca su respeto, sino que su validez o legitimidad la que permite su acatamiento e incorporación, en muchas ocasiones, como normas sociales imperativas.

⁴¹ León (2013), p. 35. “De este modo, José Julio León precisa que “Kennedy se inscribe en una tradición hermenéutica de sospecha en relación con la afirmación de que el discurso jurídico, y particularmente los argumentos jurídicos de la política pública son autónomos del discurso ideológico”.

⁴² Habermas (1999).

D. Los Derechos Económicos Sociales y Culturales en el discurso político chileno.

Resulta del todo necesario iniciar este sub apartado, luego de haber revisado la importancia del discurso y el límite entre lo político y lo jurídico, preguntándose cuál es el sentido de abordar los DESC en el contexto del discurso político que, como se ha dicho, emplea herramientas jurídicas, como medio de legitimación y de control.

La discusión acerca de la extensión del Estado es un tema sobre el cual la sociedad chilena aún no ha definido una posición clara, sin embargo, su respuesta es determinante para que, ya sean los privados o el Estado, asuman un rol de liderazgo y la obligación de responder a las crecientes necesidades de la población, que se ha visto alimentada por la sensación de bienestar, aparejado al crecimiento de las últimas décadas en Chile.

Al revisar la historia de Chile es posible vislumbrar que, luego del progresivo reconocimiento de los Derechos Civiles y Políticos durante la primera parte del siglo XX, las personas comenzaron a requerir al Estado el reconocimiento, promoción y protección de nuevos derechos, contra la desocupación, seguridad social, cobertura de salud, protección de la maternidad y, en general, todos aquellos que tendían a asegurar el acceso de las personas a bienes y servicios que les permitían alcanzar condiciones de vida dignas, con el objeto de lograr que estas pudieran desarrollarse intelectual y materialmente, en coherencia con el especial potencial que las caracterizaba. Todos estos hechos condujeron al Estado a reconocer dichos derechos y a aumentar progresivamente su cobertura.

Así, durante la primera parte del siglo XX, se generalizó la percepción de que resultaba indispensable el compromiso del Estado en favor de una mayor igualdad material⁴³, lo cual deriva en el reconocimiento de la “dignidad humana” como valor básico que fundamenta todos los derechos humanos.

Con todo, como se ha venido enunciando, empiezan a ser reconocidos en la legislación los primeros derechos Económicos, Sociales y Culturales en Chile, que vienen a complementar los derechos Civiles y Políticos, enriqueciendo la dignidad y el desarrollo de la persona humana y recalificando la forma del Estado, reconociendo posiciones subjetivas de las personas que afirman un principio de

⁴³ A mediados del siglo XIX comienzan a plantearse las primeras demandas sociales, y a surgir los primeros movimientos obreros. En Francia el deseo de transformar el orden liberal dio paso a la revolución de 1848, cuyo carácter social quedó reflejado en sus reivindicaciones: asegurar condiciones mínimas de existencia, derecho al trabajo, derecho a la instrucción, y nacionalización de la banca, minas y ferrocarriles.

“igual dignidad e igualdad sustantiva básica de todos los seres humanos”; así, por ejemplo se pueden mencionar en el caso Chileno la aprobación de diversas leyes laborales, entre ellas el Seguro Obrero Obligatorio de Enfermedades e Invalidez⁴⁴, y la Ley sobre indemnizaciones por Accidentes del Trabajo⁴⁵.

El proceso de reconocimiento de nuevos derechos, en Chile, continuó en el tiempo y así, por ejemplo, en el año 1959 se comenzó a discutir sobre la necesidad de un nuevo sistema de seguridad social⁴⁶. Sin perjuicio que las recomendaciones, de la Comisión Pratt no fueron materializadas, dicho informe sentó un hito que da cuenta de la insuficiencia Institucional y la necesidad de realizar cambios legislativos profundos.

Luego, en el año 1974, se creó el Fondo Único de Prestaciones Familiares, mediante el Decreto Ley N° 397, que intentó unificar la prestación para trabajadores y funcionarios de la Administración. Mismo año en el cual se dictó el Decreto Ley N° 603, sobre el Subsidio Único de Cesantía.

De igual forma, en el año 1979, se dictó el Decreto Ley N° 2.448, que fue el antecedente de los Decretos Leyes N° 3.500 y 3.501, sobre pensiones y cotizaciones.

Tras la dictación de la Constitución de 1980 y su entrada en vigor, en coherencia con el paquete de Decretos Leyes dictados hasta esa fecha, el legislador introduce a la Carta Política un cúmulo de derechos, tanto Civiles y Políticos, como Económicos, Sociales y Culturales, a los que, a diferencia de los primeros, se les resta el carácter “justiciable” a través de mecanismos Constitucionales de tutela directa⁴⁷.

⁴⁴ Ley N° 4.054, de 1924.

⁴⁵ Ley N° 4.055, de 1924.

⁴⁶ La Comisión Pratt, en el año 1959, propuso un sistema prestacional fundado en tres pilares: **(a)** un Servicio Nacional de Salud; **(b)** Servicio Nacional de Pensiones y; **(c)** un Servicio Nacional de Prestaciones Nacionales.

⁴⁷ A pesar de que en esta investigación no se abordará el aspecto de la justiciabilidad directa de los DESC, por su actual importancia, es imprescindible, desarrollar un par de líneas sobre este asunto -para luego continuar el relato acerca de los DESC en el discurso político. La acción de Protección es un mecanismo de Tutela otorgado por la Constitución Política de la República, para que cualquier persona, natural o jurídica, que a consecuencia de una acción u omisión arbitraria o ilegal sufra privación, perturbación o amenaza en el libre ejercicio de los derechos fundamentales, pueda recurrir ante la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva, a fin de que éste Tribunal adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Sin perjuicio de lo anterior, el legislador excluye de dicha tutela los derechos Económicos, Sociales, Culturales y ambientales.

Los argumento empleados para no dar tutela a estos derechos, y por tanto no ser justiciables vía constitucional, son a) la carencia de conocimientos acorde a los cambios

En este mismo orden, desde la dictación del Código Político, a esta época, se han promulgado múltiples normas y el Estado ha adherido a importantes pactos internacionales que van dando forma al bloque de derechos en Chile⁴⁸.

iusfundamentales de los últimos años, asimismo, la carencia de programas de formación técnica actualizados; b) la naturaleza jurídica prestacional, que implicaría un desembolso del erario fiscal; c) indeterminación del contenido de las prestaciones.

Respecto a la letra b), se ha sido enfático al señalar que tanto los derechos Civiles y Políticos como los DESC, todos implican una acción positiva y negativa por parte del Estado, y ya que como el constituyente los ha posicionado en un mismo estadio de protección, al establecer algunos de los derechos prestacionales junto con los derechos civiles y políticos, los estaría entendiendo como derechos subjetivos, que para lograr eficacia requieren de exigibilidad por las vías procesales más adecuadas.

El método empleado por los Tribunales de Justicia Chileno para remediar controversias en las que, en lo sustancial, se debe resolver en base a esta clase de derechos, es de la conexidad con los derechos fundamentales directamente exigibles.

⁴⁸ En este sentido, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha desarrollado en su folleto informativo, sobre “Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, un catálogo en el cual se presenta una lista básica de DESC, que detalla los siguientes derechos:

- Derechos de los trabajadores:
 - Prohibición del trabajo forzado.
 - Derecho de aceptar o rechazar un trabajo.
 - Salario equitativo y justo.
 - Limitación de las horas de trabajo y suficiente tiempo libre.
 - Seguridad e higiene en el lugar de trabajo.
 - Afiliación a sindicatos, derecho de huelga.
- El derecho a la seguridad social y a la protección social:
 - No denegación de manera arbitraria o no razonable.
 - Derecho a la igualdad en el disfrute de la adecuada protección.
- La protección de la familia y la asistencia a ésta:
 - Contraer matrimonio mediante libre consentimiento.
 - Protección de la maternidad y paternidad.
 - Protección de los hijos de la explotación económica y social.
- El derecho a un nivel de vida adecuado:
 - Derecho a la alimentación y protección contra el hambre.
 - Derecho a una vivienda adecuada, agua y vestido.
- El derecho a la salud, que incluye el derecho:
 - Acceso a las instalaciones, los bienes y los servicios relacionados con la salud.
 - Condiciones ambientales y laborales saludables.
 - Protección contra enfermedades epidémicas.
 - Protección de la salud sexual y reproductiva.
- El derecho a la educación:
 - Enseñanza primaria gratuita y obligatoria.
 - Enseñanza superior accesible y progresivamente gratuita.
 - Derecho de los padres de escoger la escuela de los hijos.
- Los derechos culturales:

Ahora bien, si se comprenden los derechos sociales como normas fundamentales, será posible observar que estos, a lo menos en nuestro ordenamiento, “no se extienden a todas sus posibles facetas”⁴⁹, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los derechos Civiles y Políticos. Bajo ese entendido, es dable mencionar la tridimensionalidad de que se componen los derechos fundamentales, esto es **(a)** una pretensión moral justificada, guiada por las ideas de libertad e igualdad; **(b)** un subsistema dentro del sistema jurídico; y **(c)** se encuentran condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económicos o culturales que favorecen, dificultan o impiden su efectividad⁵⁰, aspectos que serán revisados más adelante, a propósito de la determinación de la naturaleza jurídica de los DESC.

Pero a esta altura, resulta correcto emplazar al lector, pues el discurso político, a propósito de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en Chile, el recorrido por la historia ya nos demuestra que surge de levantamientos, reclamos sociales y peticiones de larga data, respecto a bienes jurídicos que no han sido satisfechos, ni se ha delimitado la extensión de la cual el Estado y los Privados se harán cargo.

Como se ha enunciado en títulos anteriores, el “*Estado democrático ha contribuido a emancipar la sociedad Civil del Sistema Político. Este proceso de emancipación ha hecho que la sociedad civil se haya vuelto cada vez más una fuente inagotable de demandas al gobierno*”⁵¹. Hoy, nos encontramos ante una sociedad que a ratos pareciera estar engeguedada por el crecimiento y las bondades de una mayor prosperidad económica, sin embargo, en otros momentos pareciera que la sociedad se levantará, pues el velo ya no cubre suficientemente las desigualdades. La sociedad de consumo ha despertado del aletargamiento. En el último periodo son varios los ejemplos que se pueden citar para verificar este hecho, sin ir tan lejos, es posible referirse al movimiento que se ha originado en “*México (2012), Ecuador (2019), Brasil (2017), Colombia (2011) y en Chile (2006-2019); en tanto Europa no ha sido ajena a dichas manifestaciones, así en España (2011), Portugal (2011), Francia (2019)*”⁵², se desarrollaron protestas ciudadanas, por petitorios, las que hasta el día de hoy no son abordados del todo por los gobiernos y, por tanto siguen siendo el motor del descontento social que hay en las diferentes Naciones.

-
- Participación en la vida cultural.
 - Derecho a compartir los adelantos científicos y beneficiarse de ellos.
 - Derecho a la protección de los intereses morales y materiales de autor.

⁴⁹ Peces-Barba (2014).

⁵⁰ Peces-Barba (2014), pp. 109-112.

⁵¹ Bobbio (1986), p. 87.

⁵² Geoffrey (2018), p. 25.

Ahora bien ¿Qué tienen en común los movimientos sociales recién mencionados? Hablar de movimientos sociales, evoca a pensar en la preexistencia de una tensión, o nos conduce a coincidir que, a lo menos, hay “algo” que un grupo de personas, con determinadas características y una unidad simbólica, quiere manifestar, pues afecta sus más íntimos anhelos de realización, personal y social. Pretensiones que, en oportunidades, se aproximan, pues todo haría presumir que se originan en la búsqueda de un mismo resultado, en tanto en otras, dado el número de peticiones o incluso su carencia, complejiza la lectura que debe hacer el legislador para identificar el requerimiento que conducirá su acción.

La descripción precedente, es del todo insuficiente, pues debe incorporarse un elemento diferenciador a cómo se comprendían las agrupaciones políticas colectivas durante el siglo XX, esto dado por la globalización. Lo anterior, ya que, al igual que la transculturación, un movimiento social puede traspasar fronteras, sin necesidad de que ninguno de sus participantes atravesase control migratorio alguno.

Con el objeto de entender lo expresado, es esencial atender a cuál es el impacto de los movimientos sociales. Respecto a este asunto, Salvador Martí Puig señala que *“a los movimientos sociales se les atribuye productos en los cuatro ámbitos en que se puede diseccionar la actividad política: el «simbólico», con cambios en los sistemas de valores, opiniones, actitudes y conductas sociales e individuales y la formación de nuevas identidades colectivas; el «interactivo», con la capacidad de hacer emerger nuevos actores políticos o de generar cambios en la estructura de representación política y en los sistemas de alianzas; el «institucional», con la habilitación de nuevos procedimientos administrativos y la creación de nuevos espacios y mecanismos estables de negociación con autoridades; y el «sustantivo», empujando el cambio de ciertas políticas gubernamentales en marcha; obteniendo derechos individuales, civiles y sociales y, en definitiva, creando nuevas oportunidades para la movilización”*⁵³.

Con lo anterior, desde ya resulta posible decir que los movimientos sociales singularizados tienen en común un discurso mediante el cual se intenta reivindicar una o varias demandas, a través de actores individualizables o no, que, en ocasiones, no nace de una organización previa – en esta oportunidad no me referiré a la débil estructura orgánica de estas agrupaciones- y no reúne a un grupo homogéneo, pues surge de forma espontánea y es transversal.

Ahora bien, los derechos Económicos, Sociales, culturales y ambientales han sido responsables y gatillantes, en gran medida de estos levantamientos, tanto en Sudamérica como en Europa. En Sudamérica, este hecho se ha visto exacerbado por ser una zona en la cual ha proliferado la desigualdad, como consecuencia, entre

⁵³ Martí (2004), pp. 79-100.

otras cosas, de políticas orientadas, primordialmente, al crecimiento, lo cual termina constituyendo un riesgo para las delicadas democracias de la Región.

3. Aproximación conceptual a los derechos Económicos, Sociales y Culturales:

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define los “derechos sociales” como “*Derechos fundamentales de prestación que reclaman una actuación por parte del Estado mediante la organización de un servicio público destinado a cubrir una necesidad social básica como puede ser la sanidad, la educación o la seguridad social*”⁵⁴. En tanto, el Diccionario Constitucional Chileno, al efectuar la conceptualización de los DESC, precisa que estos “(...) *se tratan de los derechos de personas situadas en posiciones reales y no desde sus facultades abstractas. Los DESC se entienden en el plano de la insuficiencia de condiciones de existencia mínima, digna y propiamente humana. Aspira a la concreción de determinadas igualdades materiales y a una equiparación que reduzca las fuertes asimetrías entre el poder empresarial y los trabajadores (...)*”. Asimismo, puntualiza en que “(...) *los derechos sociales no son sinónimos de derechos prestacionales (...)*”⁵⁵.

En este sentido, el Tribunal Constitucional de Chile no ha quedado fuera de este debate, pues ya en las Sentencias Roles 976-2007, 1710-2010, 1218-2008, 1273-2010 y 1710-2010, demuestran el intento por actualizar el contenido material del catálogo de derechos fundamentales, al señalar entre otras cosas que “(...) *los derechos sociales no son meras expectativas, sino que auténticos derechos, cuya materialización efectiva queda supeditada hasta que la disponibilidad presupuestaria del Estado permita llevarlos a la práctica (...)*”⁵⁶, cuestión que será analizada en profundidad más adelante.

En esta misma línea, es el propio Tribunal Constitucional quien precisará que “(...) *no es correcto afirmar sin ningún tipo de matización que los derechos sociales son siempre derechos de prestación (...)*”⁵⁷, por cuanto deja “entreabierto” la puerta al lector, para que concluya que existen derechos con contenido social, que no son esencialmente prestacionales. Sin perjuicio de lo anterior, el Sentenciador tampoco

⁵⁴ Real Academia Española (2017).

⁵⁵ García (2016).

⁵⁶ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 976, Considerando 26°; Rol N° 1218, Considerando 20°; Rol N° 1287, Considerando 20°.

⁵⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 976, Considerando 26°.

define cuales son las “particularidades” o “elementos” que permitirían distinguir cuándo el Estado debe responder por ellos y, en consecuencia, le son exigibles.

El profesor Luis Castillo Córdova enfatiza que “estos derechos, en su gran mayoría no son formulados como derechos subjetivos que puedan ser inmediatamente reclamados ante los Tribunales de Justicia, sino que son constitucionalizados como normas programáticas (...)”⁵⁸, adoptando la forma de “(...) principios generales, mandatos o garantías específicas, normas que requieren u obligan a un desarrollo ulterior, y enunciados en forma de derechos (...)”⁵⁹.

Ahora bien, para el profesor García Pino, “los Estados democráticos imponen una lógica integral a los derechos humanos, tanto en su faceta de derecho Civil y Político como de DESC”⁶⁰.

Todo lo anterior, nos conduce a evidenciar que desde la conceptualización de los Derechos Económicos Sociales y Culturales encontramos dificultades en su comprensión – son “*derechos o principios*”⁶¹ / son prestacionales o esencialmente prestacionales. En el caso de ser considerados derechos, son objetivos o subjetivos / determinación de la temporalidad y espacialidad / universalidad-, lo que traerá importantes consecuencias, teóricas y prácticas, al comprenderlos de una u otra forma.

El siglo XX, significó un cambio de paradigma en la forma de estudiar y entender el derecho, en este contexto, Ferrajoli estima que:

*“(...) el paradigma de la nueva democracia constitucional actual debe ser entendido en una triple dirección: “hacia la garantía de todos los derechos, no sólo a los de libertad, sino también a los derechos sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no solo frente a los poderes públicos, sino frente a los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no solo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional”, por lo que “el futuro del constitucionalismo jurídico, y con él el de la democracia, sólo quedará garantizado por esta triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, como complemento del constitucionalismo liberal; hacia un constitucionalismo de derecho privado, como complemento del constitucionalismo de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, como complemento del constitucionalismo estatal (...)”*⁶².

⁵⁸ Castillo (2003), pp. 58-69.

⁵⁹ Prieto (1992), p. 191.

⁶⁰ García (2016).

⁶¹ Prieto (1992).

⁶² Ferrajoli (2008), pp. 35-36.

En palabras del profesor Gregorio Peces-Barba Martínez “Los contenidos de los derechos se forman (...) a través de tres aportaciones, que suponen puntos de vista ideológicos, éticos y políticos globales (...)”⁶³. Así, los derechos democráticos son el punto de unión entre los derechos liberales y socialistas, pues suponen la libertad de participar en la regulación y del ejercicio de la libertad de hacer lo que se quiera, y de crear las condiciones para que todos puedan beneficiarse de la libertad⁶⁴. Así, ya desde esta perspectiva se podrá señalar que la posición acerca de las fuentes del derecho Constitucional se determinará de acuerdo con la corriente que se adopte, tanto ideológica, como de derecho.

En este sentido, se admitirán las siguientes clasificaciones respecto de las fuentes del Derecho Constitucional chileno, “a) Fuentes Materiales y formales del Derecho Constitucional; b) Fuentes indirectas; c) Fuentes Constitucionales canceladas; d) Las fuentes extra ordinem”⁶⁵, en tanto es posible evidenciar una gradación diferente en el sistema europeo⁶⁶.

Lo anterior demuestra, tanto en el contexto americano como europeo, una ruptura de la doctrina clásica de Hans Kelsen, influenciado ahora por nuevos pensamientos, que responden a novedosas concepciones filosófico-jurídicas, influenciadas por Hart, Rawls, Habermas, Dworkin, Alexy y Häberle. Sin embargo, hay quienes se resisten a esta ruptura, señalando que “(...) la teoría de Kelsen es un modelo de coherencia interna (...)”⁶⁷, sin embargo, el mismo autor no desconoce la metamorfosis que ha sufrido el sistema de fuentes⁶⁸.

Ahora bien, el Texto Constitucional chileno no explicita la existencia de derechos implícitos o no enumerados en el texto de la Constitución, que entran por la vía de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶⁹, al ordenamiento jurídico nacional. Doctrina que si bien es aceptada por parte de la academia⁷⁰, hay otros autores que la cuestionan, al indicar que son un acto de creación normativa que expande las competencias *ratione materiae* de la Corte⁷¹.

El asumir la primera tesis implica que la constitución material trasciende a la constitución formal ⁷².

⁶³ Peces-Barba (2014), p. 182.

⁶⁴ Ferrajoli (2012), p. 328.

⁶⁵ Nogueira (2012), p. 88.

⁶⁶ Peces-Barba (2014), pp. 491-500.

⁶⁷ Pérez (2007), 495-511.

⁶⁸ Pérez (2011).

⁶⁹ Artículo 29, letra c, número 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁷⁰ Nogueira (2015), pp. 301-350.

⁷¹ Candia (2015), p. 873.

⁷² En este sentido ver a García (2014), pp. 267-302 y a Caballero & Vásquez (2014).

Desde este punto de vista podemos decir que el artículo 5, inciso segundo de la Carta Política establece una cláusula de reenvío que le da el carácter de fundamental a todos los derechos que actúan como atributo de la persona.

Este concepto de bloque constitucional de derechos, supera la rigidez y el formalismo como método de análisis y estructuración del derecho⁷³, estableciéndose una posición flexible del derecho en virtud de la “fundamentalidad” de los derechos, dirigido por el postulado “favor personae” que desplaza el postulado formal de jerarquía normativa⁷⁴.

Cabe hacer presente que, al existir el bloque constitucional de derechos⁷⁵, el Estado de Chile debe realizar el control de convencionalidad⁷⁶, dado que debe cumplir con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (respeto y garantía de los derechos asegurados y, el deber del estado aparte de adecuar el ordenamiento jurídico y sus conductas a las normas de la convención americana de derechos humanos, a través de normas legales o de otro carácter – potestades y competencias del poder legislativo, constituyente derivado, administración y judicatura-. A través del respeto y garantía del mínimo que constituye la convención, se establece un **estándar de derechos**, que es el **corpus iuris del derecho americano**⁷⁷, premisa de los órganos al dictar normas o realiza conductas que se refieran a derechos fundamentales.

El control de convencionalidad constituye una obligación jurídica, vinculante derivada de la constitución. Hay un mandato constitucional de realización de este control, lo que da cuenta, según expresa Claudio Nash “*del compromiso que deben tener los Estados que han suscrito la CADH, de realizar el control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales*”⁷⁸.

Los primeros a aplicar el corpus iuris americano son los órganos internos, solo cuando ello no ocurre, en subsidio comienza a actuar el sistema interamericano.

⁷³ Pérez (2007), 495-511

⁷⁴ Aldunate (2009), pp. 443-484.

⁷⁵ Rubio (1989).

⁷⁶ Núñez (2015), pp. 157-169.

⁷⁷ Nogueira & Aguilar (2017), pp. 143-200.

⁷⁸ Nash (2013), p. 494.

4. Naturaleza jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ¿principios o derechos?

Se debe anotar que la generalización de los derechos permite sostener la tesis de que los derechos fundamentales son naturales, y por tanto corresponden a todos los Seres Humanos, siendo la solidaridad e igualdad el cimiento de estos derechos.

Ahora bien, en este orden, no es posible dejar de lado la función del aparato judicial, el órgano legislativo y, de sobre manera, las fuentes internacionales, en la dotación de contenido de estos derechos; en el caso de la intervención de los órganos jurisdiccionales y el legislador, con los riesgos que sus decisiones signifiquen en uno u otro caso⁷⁹. Sin embargo, como se enunció, un tercer elemento trascendental, se refiere al proceso de internacionalización de los derechos y cómo ésta fuente nutre de contenido el derecho interno << un ejemplo de este hecho se evidencia en materia de educación parvularia o inicial, la cual, a pesar de tener un sustrato Constitucional incipiente⁸⁰, que se desprende del artículo 19 N° 10, inciso 3 “(...) *para el Estado es obligación promover la Educación Parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a éste y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica (...)*”, y estar legalmente desarrollada en la Ley General de Educación, en los artículos 4, 11, 18, 25, 26, 28, 31, 46 y 53, como consecuencia de la aplicación del artículo 5 inciso 2° del Código Político de Chile, cláusula de apertura al Sistema Internacional, su mayor contenido se ha incorporado a partir de lo previsto en Tratados y Convenciones ratificadas por Chile, así como por Observaciones Generales de Órganos Internacionales, los cuales han propendido al reconocimiento de nuevos estándares de contenidos de este derecho, como por ejemplo en el caso de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer en el artículo 10, letra b, se obliga al estado a adoptar las medidas para “(...) *La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza (...)*”.

Esta tendencia, en la cual el Derecho Internacional toma un rol preponderante, se opone al hecho de que las normas asociadas a convenciones y Tratados Internacionales adolezcan de algunas características que debilitan su eficacia. Así,

⁷⁹ Aldunate (2014), p. 26.

⁸⁰ Artículo 19, N° 10, inciso tercero de la Constitución Política de Chile.

el carácter no imperativo de muchas de las obligaciones internacionales en la materia, son parte del soft law, factor que, sin perjuicio de no ser el eje de esta investigación, nos orienta a destacar la importancia de esta fuente y el aporte en el contenido de los derechos.

Con todo, fijar estándares jurídicos es trascendental, dado que “(...) *puede servir para precisar un marco que colabore en la definición de políticas y estrategias de intervención tanto de los Estados como de los Actores sociales y establecer una vara o criterio común para la fiscalización y evaluación posterior de esas políticas y estrategias, otorgando un contenido más preciso a algunos principios que inspiran la formulación de estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza en la región, tales como el principio de inclusión, de participación, de rendición de cuentas y de responsabilidad*”⁸¹. En el mismo orden, el establecer fundamentos para la elaboración de un modelo que permita determinar el estándar del contenido de un derecho social exigible a un Estado, se torna elemental, como una estrategia para promover la reducción de desigualdades, la responsabilidad y rendición de cuentas <<accountability>>.

Desde esta perspectiva se estima pertinente investigar los problemas y desafíos en la determinación del estándar de contenido de los derechos sociales en la Constitución, a fin de demostrar la creciente necesidad de que sean establecidos, y sentar los fundamentos para la construcción de un modelo que le permita al legislador definirlos y ayuden a los individuos a identificar su extensión, cuando estos requieran de alguna prestación positiva. El propósito es analizar la realidad de los derechos sociales, considerando que estos “equilibran” la desigualdad propia de la estructura social y económica chilena⁸². Existen múltiples investigaciones sobre los derechos sociales, pero no se observan en Chile trabajos orientados a entregar una aproximación al concepto de <<estándar de contenido>>, respecto a los derechos sociales, ni cómo estos se insertan en el ordenamiento jurídico, y a su vez no se abocan a desarrollar fundamentos para crear un modelo que permita definir el parámetro de exigencia de un derecho social exigible al Estado. En Hispanoamérica se han realizado investigaciones enfocadas a definir la naturaleza y titularidad de los derechos sociales⁸³, así como también al tema de su justiciabilidad⁸⁴, sin embargo, los proyectos e investigaciones se centran en su eficacia y no expresamente en los aspectos que involucran determinar el estándar que luego les permitirá ser exigidos y menos cómo arribar a su quantum o extensión.

⁸¹ Abramovich (2006), p.14.

⁸² Arango (2005).

⁸³ En este sentido, se recomienda ver los siguientes autores: Moreneo (2000), p. 13; Arango, (2005); Castro; Restrepo & García (2007), pp. 77-108.

⁸⁴ En este sentido, se recomienda ver a los siguientes autores: Martínez (2010), pp. 125-166; Courtis (2005); Aguilar, Gonzalo (2012).

En este sentido, el profesor Claudio Nash, al abordar las obligaciones prestacionales en la Justicia Constitucional Comparada⁸⁵ revisa el tratamiento jurisdiccional de diferentes países (Colombia, Perú, Costa Rica, Argentina), reconociendo en sus conclusiones el contenido muy concreto que se ha otorgado al principio de progresividad, tanto en su fase positiva (en post del cumplimiento de ciertos mínimos de satisfacción de derechos), como en su alcance de abstención (política de no regresividad), y concluye señalando que uno de los principales avances, por vía jurisprudencial para dar efectividad a estos derechos, se evidencia en la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de los derechos prestacionales coherente con una visión normativa de la Constitución; lo cual nos vuelve hacia la pregunta sobre quién dota de contenido estos derechos y el riesgo de que sea el aparato jurisdiccional quien lo haga, por lo cual este aspecto se convierte en uno de los desafíos más importantes a resolver, pues determinará el resultado de la decisión sobre el parámetro referido.

En palabras de la profesora Erika Castro “(...) Hacer realidad los Derechos económicos, sociales y culturales y reafirmar su carácter fundamental requiere su contextualización, estructuración y aplicación dentro de una concepción de Estado que los incluya como principio, que los reconozca como su responsabilidad y que involucre a todas las instancias y poderes en su protección (...)”⁸⁶. En el mismo sentido, el profesor Humberto Nogueira señala que “(...) los derechos económicos, sociales y culturales, conforman junto con los derechos individuales y políticos, los soportes básicos del sistema de derechos fundamentales, como asimismo, todos ellos constituyen derivaciones de la dignidad intrínseca de la persona humana y se fundan en ellos (...)”⁸⁷. En ese orden, frente a las preocupantes desigualdades sociales que atraviesa gran parte del continente americano, el derecho y el constitucionalismo desempeñan una doble función: a) puede servir para tergiversar y ocultar esa realidad desigualitaria; b) por otra parte, igualmente puede constituir un instrumento eficaz para contener el deterioro del tejido social, dotando de garantías eficaces, para imponer controles sobre los poderes públicos y privados garantizando los derechos fundamentales para los ciudadanos⁸⁸.

Adhiriendo al segundo elemento destacado por el profesor Pisarello, en donde, a juicio de este investigador, se enmarcan los derechos sociales, los que si bien “(...) son derechos del individuo frente al Estado a algo que, si el individuo poseyera medio financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtenerlo también de particulares”⁸⁹. Siguiendo el proceso hermenéutico, el

⁸⁵ Nash (2011), p. 72.

⁸⁶ Castro; Restrepo & García (2007), pp. 86-87.

⁸⁷ Nogueira (2009), p. 151.

⁸⁸ Pisarello (sf.).

⁸⁹ Alexy (1993) p. 67.

mismo autor distingue entre los derechos a prestación explícitamente estatuidos, y los derechos adscritos interpretativamente, otorgándole el carácter de derechos sociales fundamentales a los primeros⁹⁰. Dichas teorías deben ser necesariamente complementadas bajo una visión de la democracia funcional —en términos de Bobbio— de una democracia social, la cual trasciende las instancias meramente institucionales siendo extra-política⁹¹, pues una democracia supone una noción de persona humana dotada de dignidad y derechos. En virtud de lo anterior, resulta imprescindible resolver quién tomará la decisión de dotar de un determinado contenido al derecho que se estudie^{92_93}.

*<<Las prioridades del Estado tradicional eran la defensa, el orden público, prevenir las epidemias y evitar el malestar entre las masas. Pero tras la II Guerra Mundial, el gasto social, que no dejó de aumentar hasta 1980, se convirtió en la principal responsabilidad presupuestaria de los Estados modernos>>*⁹⁴. Lo anterior, es muestra del cambio de paradigma que sufre la sociedad desde mediados del siglo XX, tanto en lo económico como en lo jurídico, pues este cambio de eje de las políticas de los Estados y “tras la aparición del Estado Constitucional de derecho como superación del viejo Estado legalista (...) modifica los fundamentos según los cuales se ha venido entendiendo el derecho con el fin de adaptarlos al nuevo modelo de Estado”⁹⁵. En ese sentido, se ha entendido que “quien está hambriento, empobrecido, sin hogar, enfermo, o quien vive sin educación puede no tener oportunidad alguna de disfrutar o ejercer derechos de primera generación”⁹⁶. Lo que cambia el rol del Estado –dirección, supervisión y control de los procesos sociales-.

En palabras del profesor Cascajo, podría pensarse que si la fundamentalidad de un derecho se basa en su garantía judicial frente al legislador, fundamentales deberían ser también los derechos sociales – a pesar de la complejidad de su positivación y la prueba a la que se somete su tutela jurisdiccional-⁹⁷. El mismo autor precisa más adelante que, la fundamentalidad de los derechos es una cuestión de grado, por cuanto se podrá hablar de “fundamentalidad gradual”, según unos derechos son más fundamentales que otros en función de su mayor o menor preservación normativa a favor de su titular y frente al legislador⁹⁸.

⁹⁰ Alexy (1993), p. 68.

⁹¹ Bobbio (1993), pp. 6-7.

⁹² Aldunate (2014), p. 26.

⁹³ Rey (2007), pp. 152-153.

⁹⁴ Judt (2010), p. 54.

⁹⁵ Espino (2017), p. 81.

⁹⁶ Lovera (2009), pp. 5-6.

⁹⁷ Cascajo (2009), pp. 14-15.

⁹⁸ Cascajo (2009), pp. 14-15.

Ahora bien, esta primera aproximación conceptual, luego de confrontar lo que señalan los profesores Nogueira y Cascajo, conduce a dos formas de entender los derechos sociales: como derechos subjetivos o, como principios jurídicos que vinculan al legislador⁹⁹, teniendo en consideración las importantes distinciones que ello significa, lo que da cuenta de la difícil tarea de sentar un concepto al partir de inequívocas definiciones.

Sin perjuicio de lo anterior, es una doctrina sustancialmente aceptada el hecho de que los principios de dignidad humana y el de igualdad son el fundamento último de este tipo de derechos, al que algunos suman el principio de solidaridad en su función específica de producir y legitimar deberes.

Pereira Menaut sostiene que *“(...) el Estado social convierte a los Estados en managers, gestores, empresarios, distribuidores, lo que hace que sea distinto al Estado de Derecho propiamente tal, porque no incrementa el imperio de la ley, ni aumenta la limitación del poder por el derecho e incluso dificulta la sujeción del poder por el derecho al aumentar la intervención del poder estatal en la vida social, al agigantar la administración, al terminar la generalidad y objetividad de la ley y crear una legislación dispersa y atípica (...)”*¹⁰⁰; con otros razonamientos, en sentido opuesto, como el de la profesora Silva Gallinato, quien precisa no compartir la tesis referida, *“(...) en cuanto a que los estados que han enfocado su atención a la satisfacción de los derechos sociales dentro de un sistema democrático, se alejan del modelo del Estado de Derecho (...)”*¹⁰¹.

Estos derechos poseen un denso contenido, no solo de carácter subjetivo, sino deberes de tutela, obligaciones de fomento, contenidos de procedimiento y organización. Así como *“también implican acciones y abstenciones del Estado”*¹⁰².

En este orden de ideas, resulta fundamental precisar quién determina y la técnica empleada para establecer el contenido que se le dará a estos derechos, pues en palabras del profesor Cascajo *“surgen unos titulares activos colocados a modo de acreedores de una relación jurídica, cuyo contenido resulta a veces difícil de determinar, y hay también unos sujetos obligados por los derechos en cuestión, a modo de deudores”*¹⁰³.

Otro aspecto interesante de los derechos sociales, más allá de que sean entendidos como normas o principios objetivos del ordenamiento jurídico, es que vinculan a

⁹⁹ Atria (2005), pp. 15-59.

¹⁰⁰ Pereira (2006), p. 89-90.

¹⁰¹ Silva (2012), pp. 33-34.

¹⁰² Zúñiga (2008), p. 86.

¹⁰³ Cascajo (2009), p. 21.

todos los poderes públicos, en sus diferentes fases y facetas, tanto en la producción, interpretación y aplicación del derecho.

A esta altura, en esta dimensión ya es posible apreciar algunas dificultades:

- El déficit de la jurisdicción Constitucional para fiscalizar las omisiones de los Poderes Públicos.
- Con frecuencia solo alcanzan un contenido mínimo el tipo de acción positiva que se puede deducir de forma directa a partir de las normas constitucionales.
- Estas normas no desarrollan su potencial contenido prescriptivo, ni identifican el alcance real de su protección.
- La dispersión normativa de los derechos sociales.

CAPÍTULO II:

EL ESTÁNDAR DE CONTENIDO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN CHILE:

Como se ha enunciado, despejada la cuestión relativa a la naturaleza de los DESC, una vez aceptado su carácter de <<fundamentales>>, nos encontramos ante el problema de su eficacia y realización. En este sentido, se ha condicionado la existencia de un derecho como fundamental a la vigencia de sus garantías. En este orden, siguiendo a Luis Castillo-Córdova *“si bien la existencia de un adecuado y eficaz sistema de protección y aseguramiento de los derechos fundamentales es imprescindible para la eficacia de estos, no se puede esperar que resuelva por completo todas las dificultades de la “eficiencia y realización” (...)*¹⁰⁴. Ahora bien, resultará elemental, a fin de tornar eficaz un derecho, conocer qué es lo que se tutela, es decir, su contenido. Así, para el profesor Aguilar Cavallo, cuando se utiliza la voz <<contenido>>, aludiendo a un derecho fundamental, se refiere al *“(…) ámbito de protección que abarca este derecho, intentando determinar en qué consiste y, en definitiva, cuál es su extensión, incluyendo las obligaciones jurídicamente vinculantes del Estado (...)*¹⁰⁵.

Siguiendo al profesor Aguilar Cavallo, en relación a la reafirmación de su hipótesis vinculada a cómo se completa el contenido de los derechos *“(…) tanto la Constitución, interpretada armónica, finalista y axiológicamente y complementada por el amplio plexo material del derecho internacional de los derechos humanos, como la ley y los reglamentos contribuyen a llenar el contenido del derecho (...)*”, resulta importantísimo complementar su premisa, resaltando la labor que han cumplido los Tribunales Ordinarios de Justicia al desarrollar el contenido de estos derechos, a través del margen de apreciación e interpretación progresiva de los derechos, reflejado en sentencias que, por regla general, para el caso concreto, se transforman en directrices de actuación al poder público en general y al legislador en particular, como se revisará más adelante.

Michael Lothar, al abordar su tesis acerca del contenido esencial de los derechos, distingue entre la esencia y el contenido de los derechos fundamentales, analizando para ello la intensidad protectora de las distintas garantías fundamentales. En esta línea, haciendo alusión a la Sentencia <<Solange II>>¹⁰⁶ del Tribunal Constitucional Federal, hace presente que en tanto en la Unión Europea exista un “determinado

¹⁰⁴ Castillo (2002), pp. 25-53.

¹⁰⁵ Aguilar (2017), p. 466.

¹⁰⁶ BVerfGE 73, 339. Sentencia de 22 de octubre de 1986 (2 BvR 197/83).

nivel” de protección de los derechos fundamentales, no es necesario aplicar los propios derechos fundamentales, en tanto si dicho nivel disminuyese de forma general, grave y manifiesta se haría necesario recurrir al Tribunal; con lo cual reconoce que los derechos fundamentales deben ser respetados en lo esencial de forma equivalente a la que la Ley Fundamental establece como protección inalienable, que garantiza en forma general el contenido esencial de los derechos fundamentales. Con todo, enuncia que la dignidad, el reconocimiento de los derechos humanos, así como la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales en cuanto tales, y no el contenido esencial de todos los derechos fundamentales individuales, son los que resultan inviolables¹⁰⁷. Lo anterior, constituiría, según expresa Lothar, el <<estándar mínimo>> exigible para la integración europea de Alemania.

¿Cuál es la relación que existe entre el Contenido esencial y el estándar de contenido de los derechos? ¿Cuáles son las fuentes que desarrollan su contenido? ¿qué órgano está legitimado para dar contenido a los DESC?

Los movimientos sociales del siglo XXI, se han caracterizado, entre otras cosas, por la utilización de las redes sociales, en un contexto altamente globalizado, por lo cual resulta difícil reconocer a sus activistas, los que se distancian de las organizaciones de la sociedad civil, especialmente de los partidos políticos. Asimismo, los movimientos referidos se pueden identificar por poseer una carga valórica importante, pues sus promotores intentan resaltar la importancia del individuo, engranando la declaración de principios con sus actos, en un contexto de horizontalidad e igualdad. Así, se construye un imaginario, donde la triada “democracia, justicia social y dignidad”, dejan de ser reclamos de un grupo en contra de las autoridades políticas, sino que pasan a ser exigencias personales. Hecho que conduce a una reevaluación del tipo de democracia y, en consecuencia, la exigencia de una mayor participación en las decisiones públicas.

En este escenario, las personas hacen notar su falta de satisfacción respecto a la forma en la cual se ha venido comprendiendo la democracia, caracterizada por la importancia orgánica y el mecanismo a través del cual se eligen los representantes mandatados a legislar. Pues hoy, se ha comenzado a entender como un medio de emancipación, mediante el cual se debe resaltar la importancia del individuo, su opinión y valores en forma particular, en igualdad a los demás integrantes de la sociedad. Por cuanto, la tarea del legislador se torna aún más compleja y evidencia su carácter inacabado.

Las personas se encuentran insertas en un sistema que se estructura en el marco de cinco dimensiones o esferas: (a) individual; (b) familiar o social; (c) local; (d)

¹⁰⁷ Lothar (2011), p. 165-168.

nacional y (e) global. Cada una de ellas, es un elemento en la configuración intelectual que permite a los ciudadanos, individualmente considerados, tomar parte para dar forma a su destino común. En consecuencia, *“los límites estructurales de la democracia constituyen conjuntos de experimentación que nos permiten elaborar una aproximación multidimensional a un mundo más democrático, que reconozca el papel de la transformación de uno mismo, de las comunidades locales, de las políticas nacionales y de las instituciones internacionales”*¹⁰⁸.

Tras la crisis financiera del año 2008, que tuvo lugar en Estados Unidos, se ha desarrollado una cadena de manifestaciones sociales, cada una con sus particularidades, que no terminan de ser documentadas, así por ejemplo *“el año 2008, en Irán (movimiento verde), Grecia (la ocupación de la plaza de sintagma) e Islandia se desarrollaron movimientos ciudadanos. En el mismo sentido, el año 2010, lo mismo ocurrió en Túnez (revolución de la dignidad); en tanto el año 2011, las expresiones se desarrollaron en España y Portugal (por crisis económica y democrática), Chile, Colombia y Quebec (lucro en la educación superior y el modelo social); el año 2012, el mismo fenómeno se replicó en México (estudiantes irrumpieron en las campañas políticas desde las redes sociales para denunciar tanto la colusión entre el candidato que ganó las elecciones presidenciales como los poderes económicos y mediáticos); en 2013, las manifestaciones tuvieron lugar en Estambul, Brasil (movimiento de junio del año 2013 expresó las aspiraciones a una democracia más profunda y una política más ética) y Hong Kong; en 2016, en Francia, Polonia, Colombia y Corea del Sur; en 2018, hubo movimientos sociales en Etiopía y Armenia (El presidente de Armenia tuvo que renunciar frente a las marchas repetidas de centenas de miles de ciudadanos en la capital Ereván)”*¹⁰⁹; en tanto en lo que va del año 2019, se han observado importantes levantamientos sociales en Venezuela, Ecuador, Perú, Bolivia, Argentina, Chile, Hong Kong, Irán e Irak.

Con todo, los movimientos sociales del siglo XX, se caracterizaron por centrar su finalidad en insidir en las decisiones políticas, principalmente. Sin embargo, en la revisión del estado del arte, ya fue posible verificar que gran parte de las manifestaciones enfocan su atención en la falta de credibilidad de las Instituciones Políticas. Por tanto ¿dónde se focaliza hoy su objetivo? Las expresiones sociales de manifestación, buscan incidir en las dimensiones intelectuales y sociales de las personas, siendo determinantes en el ámbito relacional de éstas, mostrando alternativas al modelo social imperante, perfilando el nuevo concepto de democracia, así como los parámetros para asegurar la dignidad de las personas.

¹⁰⁸ Geoffrey (2018), p. 53.

¹⁰⁹ Geoffrey (2018), pp. 25-26.

A diferencia de lo planteado por Geoffrey Pleyers, en su libro denominado *Manifestaciones sociales del siglo XXI*¹¹⁰, considero que los movimientos sociales han sido promotores de importantes cambios en la relación con las Instituciones y las políticas que se han debido adoptar en atención al reclamo social.

En el caso de Chile, por ejemplo, *“señalar que el país es desigual es una obviedad. La desigualdad es parte de su fisonomía histórica, un rasgo estructural del orden social desde sus inicios hasta nuestros días”*¹¹¹. En este contexto, donde las desigualdades tienen su origen en los recursos que disponen las personas, tanto en sus ingresos, riquezas, empleos, educación, salud, vivienda, seguridad social e incluso condiciones medioambientales, entre otros; en el marco de un proyecto político sostenido bajo el alero del liberalismo económico, donde el consumo y el endeudamiento ocupan un rol preponderante, surge el descontento de un pueblo, de aquellos que no se pueden permitir la adquisición de bienes de consumo e incluso son capaces de alcanzar aquellos de primera necesidad con gran dificultad, cuestionando así el rol del Estado, el modelo económico y aspectos morales que son dominantes en la cultura.

Son incuestionables los avances de Chile en los últimos 30 años, lo que nos conducen a discutir frecuentemente sobre lo diferente que era la sociedad para nuestros padres y abuelos, no solo desde la perspectiva del acceso a bienes de consumo, sino que en la forma en la cual se crea el conocimiento. Ahora bien, si hablamos de una sociedad que ha tenido mejoras en sus condiciones de vida, cuál es el móvil de las manifestaciones que se han producido en Chile desde el año 2006 y que ha reaparecido incansablemente hasta la fecha.

Insatisfacción. Como se ha desarrollado, al parecer el problema que nos convoca al abordar esta tesis, ya no recae en el acceso a determinados bienes, materiales o inmateriales, sino más bien en el estándar de contenido que se debe asegurar, a través de la Constitución y los demás cuerpos normativos. En este sentido, los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Medioambientales, parecieran ser el tema que hoy complica a los gobiernos de las diferentes naciones, con ello no se le resta importancia a los Derechos Civiles y políticos, sino más bien se equiparan a un mismo plano, pues ya es difícil discutir sobre la incidencia que ellos tienen en el ámbito de desarrollo espiritual y material de las personas y, por tanto, el efecto que significan en la mayor o menor realización de un sujeto, al igual que en el caso de los mal llamados derechos de primera generación.

Ahora bien, como se adelantó, los DESC han pasado a ocupar un lugar protagónico en la escena Nacional. Tras el movimiento Social que se inició en Chile el día 18 de

¹¹⁰ Geoffrey (2018), pp. 99-100.

¹¹¹ Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo (2017), p. 17.

octubre del año 2019, que surge de la expresión más íntima de las personas, con el objeto de fortalecer el bloque de derechos Civiles y políticos y emplazar al legislador para que se precise un parámetro de exigencia al Estado respecto a los DESC. Con ello, se da cuenta de un cambio en el paradigma, en relación a cuál era la reclamación que tenía lugar en los levantamientos del siglo XX, donde se exigía del Estado el reconocimiento y promoción de los derechos Civiles y Políticos, en tanto hoy, ya reconocidos e incluso incorporados gradualmente en algunas Constituciones – real o nominalmente, dependiendo del caso que se estudie-.

La postmodernidad ha significado una anteposición del yo, para luego trasladar el discurso a uno donde se inserta el individuo en la sociedad. Dicho fenómeno, ha significado que las personas antepongan sus anhelos, orientados a una vida progresivamente más digna, donde se exige menos desigualdad y que se asegure un mayor estándar democrático, situación que nos da cuenta de que el parámetro de exigibilidad que requiere el ciudadano, el día de hoy, está más allá del estándar Constitucional y legal reconocido en el ordenamiento jurídico.

Con todo, la progresividad de los derechos y su no regresividad, constituyen un pilar de nuestro ordenamiento, pero también pareciera ser uno de los tantos cuestionamientos que se hacen los Estados al momento de discutir sobre el estándar que tendrán que asegurar respecto a un cúmulo de derechos.

No está en duda que el desarrollo de las personas es un elemento primario y para el cual el legislador se encuentra mandatado a tomar decisiones que tengan por finalidad su encuentro. En ese mismo sentido, el derecho al desarrollo es el “receptor de los demás derechos Fundamentales”¹¹², pues es uno de los elementos esenciales en la finalidad que precisa el pacto social.

De acuerdo con el artículo primero de la declaración sobre el derecho al desarrollo, *“(1) El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él. (2) El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales”*¹¹³.

¹¹² Aguilar (2017), pp. 465-508.

¹¹³ Asamblea General. Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

Como queda de manifiesto, dado que todos los derechos se entenderían comprendidos dentro de este, pues la entera satisfacción de ellos redundaría en el alcance de la máxima extensión de su contenido. Resulta elemental precisar la dificultad que significa para los Estados satisfacer enteramente el catálogo de contenidos de los derechos, por cuanto se debe definir cuál es el estándar del que se deberán precisar los Estados para alcanzar el nivel de protección que asegure un rango de dignidad suficiente a las personas.

Ahora bien, ¿existe alguna diferencia entre el contenido esencial de los derechos y el estándar de contenido que ellos deben precisar?

Para Balaguer Callejón *“el contenido esencial de los derechos puede considerarse como el núcleo de la articulación normativa entre constitución, legislación y jurisdicción”*.

Para Cossío, el contenido esencial constituiría el *“rasgo definidor de la fundamentalidad de ese sistema”*.

Luis Alberto Pettit destaca, entre otros, los siguientes ejes problemáticos que presenta la teoría del contenido esencial:

“A. la existencia en el interior de esta tesis de distintas teorías que con diferentes enfoques intentan explicarla.

B. La indeterminación para la fijación de los límites internos.

C. El ámbito de aplicación (para quién está diseñado: ¿para el legislador o para los poderes públicos? ¿qué pasa con el resto de los derechos que no son fundamentales?)

D. La cuestión de que el núcleo protegido deja sin resguardo lo accesorio de cada derecho fundamental”.

Este hecho evidencia la dificultad para determinar el núcleo básico de los derechos, tanto por vía legislativa como jurisdiccional. En este sentido, el contenido esencial puede ser comprendido tanto como un límite a la actividad legislativa, así como un fundamento para tutelarlos.

A esta altura, es posible indicar que la Constitución chilena no explicita cómo se determinará el contenido esencial de los derechos, lo cual representa una de las dificultades que tendremos que enfrentar, pues si bien el mandado para determinar el contenido de los derechos es el legislador, en diversas oportunidades termina siendo el judicial quien define, al efectuar el test de proporcionalidad, el reconocimiento de la extensión de un derecho.

Para el profesor Humberto Nogueira, el concepto de contenido esencial, dada su configuración, es “inseguro y variable”.

Sin perjuicio de lo anterior, la mayor parte de la doctrina ha adherido a la tesis de que la determinación del contenido esencial, a propósito de los DESC, son un mandato al legislador y, asimismo, es un margen en el cual deben desarrollar su actividad los poderes públicos. En este sentido, como se revisará más adelante, la Constitución no es la única fuente en la cual se encuentra el contenido de los Derechos, pues ellos están abordados en leyes y reglamentos.

¿Qué es esencial y qué no lo es? Dentro de lo esencial de un derecho ¿es posible determinar algún orden de prelación?

Sin despejar las interrogantes recién planteadas, en el proceso hermenéutico la categoría expresada se convierte en un concepto jurídico indeterminado, que expone la certeza jurídica, pues deja al arbitrio de los poderes del Estado su reconocimiento.

Como se ha precisado, ante la actuación inapropiada del legislador, orientada a desconocer o bien alterar la naturaleza de un derecho, es el Poder Judicial, o bien el Tribunal Constitucional, los habilitados para revisar, ante el requerimiento de parte o de oficio, según sea el caso, si el acto u omisión satisface los estándares de protección suficientes para asegurar la dignidad de las personas, completando así el contenido de los derechos.

Con todo, el contenido esencial de los derechos, al no estar expresado manifiestamente en la Constitución Política de Chile, deberá ser “deducido” de los principios que la orientan, así como por los valores que sienta la sociedad, por tanto se realza la importancia de la interpretación y las reglas establecidas para los intérpretes.

De esta forma, es posible vislumbrar la existencia de diversos enfoques encaminados a determinar la pertinencia de la incorporación del contenido de los derechos en la Carta Política¹¹⁴.

En el sentido de lo expuesto, resulta oportuno enunciar 3 enfoques **(a)** el legislador es quien se encuentra habilitado para precisar el contenido intrínseco de los derechos en la Constitución Política¹¹⁵; **(b)** existen pautas de interpretación de los

¹¹⁴ Petit (2017).

¹¹⁵ En este sentido, el Tribunal Constitucional Chileno, en causa ROL N° 280-1998, en el considerando N° 14, precisó que: “(...) el legislador debe, en todo momento, dentro de su ámbito de autonomía para legislar, elegir aquellas opciones que impliquen una limitación menor de los derechos, estándole prohibido constitucionalmente limitar derechos constitucionales, incluso cuando no se afecta su contenido esencial, más allá de lo estrictamente razonable, con relación a los objetivos que se pretenden lograr (...)”.

derechos que, al actuar como garantías de protección, permiten definir el límite y la extensión de los derechos reconocidos en la Constitución¹¹⁶ y, **(c)** en una posición intermedia, algunos exponen que el contenido esencial de los derechos es anterior a la regulación constitucional¹¹⁷, por cuanto se sustenta en los principios orientadores del Código Político y, que aún cuando no estén declarados explícitamente se entienden sussumidos en ella.

Para este autor, el contenido esencial se subsume en la finalidad de la Constitución, asociado y limitado al imperativo de dignidad y bienestar, por cuanto al no existir conflictos entre ellos, dado que el contenido esencial responde a la naturaleza del derecho que se estudie, para su armonización resultan elementales las reglas de interpretación, atendida la finalidad concreta de norma, por cuanto no resulta necesaria la declaración expresa en el texto de dicho contenido, pues este se infiere, desde una posición finalista, del mismo Código Político.

Por otra parte, es importante hacer mención a que, en el contexto del contenido y límite de los derechos fundamentales, que se determinan, como se ha señalado, a partir de los valores intrínsecos de la Constitución, integralmente estudiada, se puede abordar la *“teoría absoluta y relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales”*¹¹⁸. Así, en *“la teoría absoluta la esencia última de los derechos fundamentales está protegida en forma intangible aún con respecto al legislador”*¹¹⁹. La teoría relativa, por otra parte, *“sostiene la necesidad en la fase de determinación del contenido esencial del derecho la consideración de las demás normas que contemplan bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. Así la teoría relativa del contenido esencial de los derechos, hace que los derechos sean relativos a la valoración de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”*¹²⁰, por cuanto los derechos encuentran su esencia y límites en relación con otros derechos fundamentales.

Cabe hacer presente que diversos autores se han referido al contenido esencial de los derechos, manifestando diferentes concepciones, atendidos los elementos que lo configuran.

Así, Fernando Vallespín, por una parte, desde una perspectiva politológica señala que *“las constituciones son incapaces de captar todas las dimensiones del poder global del Estado en la sociedad contemporánea”*¹²¹, sin embargo destaca que la *“Constitución garantiza una serie de derechos sociales y conmina al Estado a hacer efectivas ciertas prestaciones sociales, que en su conjunto, configuran lo que bien*

¹¹⁶ Rivera (2011), p. 64.

¹¹⁷ López (2017), p.p. 230-231.

¹¹⁸ Nogueira (2005), p.p. 15-64.

¹¹⁹ Ferreyra (2009), p. 1621-1645.

¹²⁰ Nogueira (2005), p.p. 15-64.

¹²¹ Villaspín (1988), p. 126.

*puede denominarse como un mínimo de contenidos sociales implícitos en la idea del Estado Social*¹²².

En oposición, Rawls, al desarrollar la teoría de la justicia, al referirse a la función de “transferencia”, la entiende como aquella que busca el “*mínimo social aceptable*”¹²³, mediante el cual “*las personas logran ascender por su propio esfuerzo hasta el nivel en que sus habilidades naturales y su desempeño puedan llevarla*”¹²⁴. Con todo, Rawls reconoce la “*relación existente entre el contenido mínimo y la democracia constitucional moderna*”¹²⁵, mediante contenidos constitucionales expresos.

Para Balaguer Callejón “*el contenido esencial de los derechos puede considerarse como el núcleo de la articulación normativa entre constitución, legislación y jurisdicción*”¹²⁶.

Asimismo, para Luis Alberto Petit, “*se sigue la idea de que todo derecho social, sea fundamental o no, tiene un contenido esencial, o mínimo, que no necesariamente debería quedar en manos del legislador democrático.*”

Bajo el supuesto de que solo es aplicable en materia de derechos fundamentales, surgen otros inconvenientes, como, por ejemplo: Lo que debe entenderse por “contenido esencial” constituye un auténtico límite a los poderes públicos (aunque principalmente al legislador) o si se trata de una categoría directiva, entonces imprecisa por lo maleable”¹²⁷. Luego, el mismo autor afirma que, a pesar de las críticas, se admite que la garantía de contenido esencial es un indicador positivo en todo orden constitucional en el cual se contempla.

En contra punto, Luis Castillo Córdova, al referirse a la teoría absoluta, a propósito del contenido esencial de los derechos, señala que “*la restricción del contenido no esencial que es contenido constitucional significará la restricción de la Constitución.*”

Entender los derechos fundamentales como lo hace la teoría absoluta al dividir su contenido constitucional en dos partes, una esencial y otra no, conlleva deficiencias ya que atañen la desnaturalización de la persona, de la Constitución y la obtención de respuestas sustentadas en la arbitrariedad”¹²⁸.

Finalmente, Salazar Laynes, destaca la idea de que “*el principio del contenido esencial de los derechos fundamentales-según la doctrina dominante- se traduce en la obligación de respetar el contenido esencial para cualquier limitación que*”

¹²² Vallespín (1988), p. 136.

¹²³ Suárez-Iñiguez (2004), p. 35.

¹²⁴ Naguel (2005), p. 229.

¹²⁵ Osorio (2010), p. 141.

¹²⁶ Balaguer (2001), p.p. 93-116.

¹²⁷ Petit (2017), p.p. 215-242.

¹²⁸ Castillo-Córdova (2004), p.p. 147-148.

pretenda mantener su legitimidad". Asimismo, concluye, haciendo referencia al Tribunal Constitucional Peruano, que éste *"ha utilizado la teoría del contenido esencial con diversos fines procesales, los cuales han ido evolucionando en el tiempo. Para el Tribunal Constitucional los derechos constitucionales no son absolutos y, por tanto, son pasibles de restricción, siempre y cuando no afecten el contenido esencial, el cual está vedado para el poder legislativo y político. Aunque no lo manifieste expresamente, la concepción que subyace en la doctrina del Tribunal, es que los derechos fundamentales inconstitucionales tienden a expandirse ilimitadamente en su contenido, por eso considera necesaria la teoría del contenido esencial, ya que de esa forma puede delimitarlos"*¹²⁹.

Antes de referirnos a la diferencia que existe entre el contenido esencial de un derecho y su estándar de contenido, debemos precisar que se debe entender por *"estándar de contenido"*.

Cabe hacer presente que la ley no define qué se entiende por estándar, por cuanto habrá que revisar en la doctrina, jurisprudencia y en el uso común que se le da a este concepto, para comprender su sentido y alcance.

Según la Real Academia de la Lengua española, se entenderá por estándar aquello *"que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia"*¹³⁰.

La Comisión Interamericana, en su Informe sobre estándares jurídicos: Igualdad de género y derecho de las mujeres¹³¹, al comenzar su análisis ha hecho una primera distinción entre los *"estándares, las decisiones y las recomendaciones del Sistema Interamericano"*. En este sentido, se ha precisado que *"los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sirven de guía para los Estados miembros de la OEA sobre cómo cumplir diversas obligaciones"*. Asimismo, para efectos del Informe define la voz *"estándares jurídicos"* como *"el conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El término "estándares jurídicos" asimismo se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el sistema interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*.

¹²⁹ Salazar (2008), p.p. 142-153.

¹³⁰ Real Academia Española (2017).

¹³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015).

De la misma forma la CIDH, precisa que se han desarrollado algunos estándares, a propósito de la violencia en contra de las mujeres¹³²⁻¹³³.

La misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló el año 2007, en el estudio denominado “el acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, que *“Estos estándares no sólo tienen un importante valor como guía de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Americana”, “Convención” o “CADH”) para los tribunales nacionales, sino que pueden contribuir a mejorar la institucionalidad de las políticas y servicios sociales en los países americanos, y a fortalecer los sistemas de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas, así como los mecanismos de participación y vigilancia social de las políticas públicas en esta materia”*¹³⁴.

En el mismo orden, se entiende por “estándares internacionales” el “conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos, negociados o aceptados, ya sean vinculantes o no. En consecuencia, los estándares incluyen documentos vinculantes que codifican o crean obligaciones o deberes jurídicos, lo que se conoce comúnmente como *hard law*, así como los documentos no vinculantes que formulan recomendaciones sobre normas de conducta y políticas públicas que debieran adoptar los Estados, conocidos como *soft law*”¹³⁵.

¹³² La obligación inmediata de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar, y sancionar con celeridad y sin dilación todos los actos de violencia contra las mujeres, cometidos tanto por actores estatales como no estatales;

- La obligación de garantizar la disponibilidad de mecanismos judiciales efectivos, adecuados, e imparciales para víctimas de violencia contra las mujeres;

- La calificación jurídica de la violencia sexual como tortura cuando es cometida por agentes estatales;

- La obligación de los Estados de implementar acciones para erradicar la discriminación contra las mujeres y los patrones estereotipados de comportamiento que promueven su tratamiento inferior en sus sociedades;

- La consideración de la violencia sexual como tortura cuando es perpetrada por funcionarios estatales;

- El deber de los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales de analizar mediante un escrutinio estricto todas las leyes, normas, prácticas y políticas públicas que establecen diferencias de trato basadas en el sexo, o que puedan tener un impacto discriminatorio en las mujeres en su aplicación;

- El deber de los Estados de considerar en sus políticas adoptadas para avanzar la igualdad de género el particular riesgo a violaciones de derechos humanos que pueden enfrentar las mujeres por factores combinados con su sexo, como su edad, raza, etnia y posición económica, entre otros.

¹³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015).

¹³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007).

¹³⁵ Aguilar (2015), pp. 26-27.

El Tribunal Constitucional de Chile, en el considerando 29 de la Sentencia Rol 1.365 del año 2009, señaló que *“La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19 N° 2° CPR. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos”*¹³⁶.

El mismo Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia Rol 1.413, expresó que *“El Tribunal Constitucional ha reconocido en múltiples ocasiones la legitimidad de la potestad sancionadora administrativa. Sin embargo, el ejercicio de dicho poder debe sujetarse a principios constitucionales básicos. Entre ellos, se ha señalado que es imprescindible que la ley prevea un debido proceso para la aplicación de las sanciones. El cumple con el estándar constitucional de un debido proceso donde el afectado puede ejercer (efectivamente sus derechos de defensa, haciendo alegaciones, entregando prueba y ejerciendo recursos administrativos y jurisdiccionales)”* (c. 26 y 28)¹³⁷.

Bajo la misma lógica, la Corte Suprema de Chile, también ha hecho uso de la voz estándar, lo que se evidencia en la Sentencia Rol 1.497 del año 2019, en la cual manifestó que *“(…) la decisión de disponer fácticamente del término anticipado de la contrata, toma como argumentos conceptos vagos, imprecisos, no contrastados mediante las herramientas que dispone el legislador (calificaciones de los funcionarios públicos) con lo cual, no queda clara la justificación o motivación de la decisión conforme a los **estándares que exige el principio de igualdad**, y por lo demás, conforme a los requisitos que debe reunir todo acto administrativo, en primer lugar, existir y especialmente, aquel que conculca garantías fundamentales de los trabajadores y, de ese modo, el acto impugnado carece de la más mínima motivación, toda vez que aún no tiene eficacia en la vida jurídica al no haber sido notificado ni conocido por la recurrente, por lo que su despido de la institución, concretado por medio de un término anticipado de la contrata de hecho, sin acto formal de la autoridad, deviene en discriminatorio, y dado que no se cumplen los requisitos de motivación exigidos en la Ley 19.880, sobre Bases Generales de la*

¹³⁶ Requerimiento de inaplicabilidad de Gustavo Quilaqueo Bustos respecto de los artículos 5,6,16,17 y 18 de la ley N° 19.970 e inciso segundo del artículo 1° transitorio de esa ley en causa Rol N° 182-09 de la Corte de Apelaciones en Temuco y en la Corte Suprema, bajo el Rol 1972-09.

¹³⁷ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jaime Eduardo Rosso Bacovic, respecto del artículo 7° inciso tercero, 8 N° 5 y 22 N° 3 de la Ley de Quiebras, en rol de ingreso 2910 -2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

*Administración del Estado, se está ante un acto completamente ilegal, carente de motivos suficientes*¹³⁸.

La Corte Suprema, a propósito de una acción de protección interpuesta por comunidades indígenas contra de una constructora por faenas en río Cautín, en Sentencia de fecha 10 de octubre del año 2017, precisó en el considerando séptimo que *“sin perjuicio de que la Municipalidad de Padre Las Casas efectúe inspecciones periódicas para asegurar que la ejecución de las obras, a cuyo cargo se encuentra la recurrida, se realicen bajo **estándares de cumplimiento de las normas ambientales** y con pleno respeto de las disposiciones contenidas en la Ordenanza Local sobre Medio Ambiente, en especial en lo relativo a su capítulo VI y VIII, teniendo en especial consideración el carácter sagrado del sitio denominado “Remolino Makewe”*¹³⁹.

Asimismo, los estándares también son recogidos en la implementación de Políticas Públicas efectuadas por los órganos de la Administración del Estado, como es posible evidenciar en el caso de la Resolución Exenta N° 356, de 2017 del Ministerio del Medio Ambiente, que informa la realización de proceso de consulta a pueblos indígenas según lo establecido en el Convenio 169 sobre Pueblo Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT y en el artículo 85 del Reglamento del SEIA, en el marco de la evaluación ambiental del estudio ambiental Ecoparque Vai a Ori; Acto administrativo que ordenó la realización de un proceso de consulta indígena, el cual se llevaría a efecto con los grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas que se encuentren dentro del área de influencia del proyecto y que sean afectados directamente por aquel, de conformidad a los **estándares contenidos en el Convenio N° 169 de la OIT** sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Domingo Lovera, citando a Humberto Nogueira, señala que *“los estándares permiten ilustrar el sentido de sus palabras (...) el estándar debe servir para inclinar la balanza en uno u otro sentido”*¹⁴⁰. Todo lo cual induce a comprender el estándar jurídico como un parámetro de exigibilidad, vinculante e imperativo que, al igual que

¹³⁸ Tercera Sala. Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol 1.497 del año 2019. Recurso de Protección (parcialmente acogido) contra Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio por poner término anticipado a contrata administrativa de recurrente.

¹³⁹ Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol 27.891-2017. Recurso de Protección deducido por Claudio Lincovilo y Sergio Castro en representación de las comunidades “Juan Llancavil” y “Uke Montero” solicitando la suspensión de las faenas extractivas o de movimiento de material pétreo, en forma manual o mecanizada desarrollada por Constructora e Inversiones IM Ltda.”, en la ribera del Río Cautín, en las cercanías de la comunidad Juan Llancavil, de la comuna de Padre Las Casas.

¹⁴⁰ Lovera (2006), pp. 80-81.

las normas positivas, conforman el cúmulo de obligaciones que se incorporan en el Ordenamiento jurídico, siendo, en su mayoría recibidos a través de Tratados Internacionales, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴¹, la actividad legislativa de los países e incluso mediante las sentencias de los Tribunales de Justicia, siendo operacionalizados a través de Políticas Públicas.

Resulta interesante la prevención realizada por los Ministros señor Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señor Cristián Letelier Aguilar, quienes previenen, entre otras cosas, que estuvieron igualmente por el rechazo del requerimiento respecto de la impugnación del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, en el marco de la sentencia Rol 4.120 del año 2017, donde precisaron, en lo pertinente *“Asimismo, los artículos 20 a 26 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (2005) contemplan reglas para la determinación judicial de sanciones que también se aparta de las reglas que sobre la materia contempla el Código Penal. Al final, no puede descartarse que estándares legales que al comienzo tienen un carácter excepcional, luego pasen a transformarse en la regla general”*¹⁴².

En la prevención efectuada, destaca otra particularidad de los estándares, que radica en el aporte transformador y el carácter dúctil, que es propio del derecho.

En este sentido, si bien el contenido esencial de un derecho es orientador respecto a la finalidad de la norma, e incluso puede ser un medio para interrumpir el abuso u omisiones del legislador, sirviendo de base para establecer un piso en la extensión de un derecho; el “estándar del contenido”, es un paso más allá, que se ubica entre la legítima pretensión de las personas y los elementos “mínimos” precisados a partir del contenido nuclear de los derechos.

En razón de la aproximación precedente, ya es posible expresar una postura que avanza en paralelo a la señalada por la profesora Marcela Molina Vergara, quien en su paper señala que *“pareciera ser simple reducir el concepto de estándar jurídico internacional a los distintos instrumentos internacionales, pero claramente esto haría perder el sentido de la existencia de un estándar, entendiéndose este como la creación de un marco de acción mínimo que garantice la protección a determinados derechos y/o garantías, los cuales han sido priorizados por las características especiales que estos revisten”*¹⁴³. Concepto que confunde, a juicio de este autor,

¹⁴¹ Para este efecto se recomienda revisar anexo, en el cual se seleccionaron Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se fijan estándares.

¹⁴² Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Patricio Alejandro Aravena Rojas respecto del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, y del artículo 17 B), inciso segundo, de la Ley N° 17.798, en el proceso penal RUC N° 1601214338-2, RIT N° 12.320-2016, seguido ante el Juzgado de Garantía de Viña del Mar.

¹⁴³ Molina (2018), p. 251.

dos etapas en el desarrollo de la extensión de un derecho, pues no distingue entre el elemento nuclear y, por otra parte el resultado de la ponderación, que en principio debe hacer el legislador, en relación a los elementos precisados como esenciales (ser) y a la pretensión de las personas (deber ser). Con todo, no basta desmenuzar el contenido de una norma, para rearmar su espíritu en forma de estándar.

Ahora bien, en atención a la progresividad de los derechos, nada impide que un estándar, en el tiempo se transforme en un elemento de la esencia.

A pesar, de que el término compuesto “estándar de contenido”, no se encuentra definido; desde ya es posible señalar algunas máximas: (a) No existe estándar si el contenido no está precisado, (b) la sola enunciación de un derecho no asegura parámetro de exigibilidad alguno. Entonces, desde ya es legítimo que nos preguntemos cómo se configura el estándar del contenido de los derechos y quién es el legitimado para desarrollarlos.

Dado que muy pocos son los que discuten hoy sobre la pertinencia de aceptar el hecho de que existan contenidos mínimos esenciales, orientados a fijar una base sobre la cual se promueva el máximo disfrute de la población, en relación con los derechos, es también necesario avanzar en la teoría del mínimo vital, que parte de la idea que los derechos sociales y económicos son capaces de proporcionar a su titular condiciones materiales de existencia mínima digna, centrando la discusión en los mecanismos de configuración normativa que permiten arribar a un estándar o parámetro de exigibilidad en relación con la extensión del contenido de los DESC, sobre la base de la realidad chilena.

Es dable señalar que si bien no pondremos en duda en esta investigación que al poder legislativo es al cual, por esencia, le corresponde crear las normas y definir la extensión de los derechos que en ellas se reconocen, conforme al mandato constitucional (artículo 63 de la Constitución Política de la República). Es innegable que, desde hace algún tiempo, se ha podido evidenciar que los Tribunales de Justicia, mediante la actividad jurisdiccional, en sus fallos han incorporado interpretaciones de la ley que, en su desarrollo, complementan el contenido de los derechos prístinamente reconocidos, justificando dicha solución en torno al “margen de apreciación” o como resultado de su propio concepto de justicia.

Dicho lo anterior, es imprescindible destacar que a propósito de la fuerza normativa de la Constitución, ha existido una “*distribución de competencias en materia de tutela de derechos fundamentales*”¹⁴⁴, la cual ha significado, entre otras cosas que los Tribunales puedan resolver cuestiones invocando directamente el Código Político (amparo económico, recurso de nulidad -laboral y penal-, tutela laboral, acción de

¹⁴⁴ Aldunate (2009), p. 460.

discriminación arbitraria, entre otras), como consecuencia de la transgresión de derechos fundamentales. Este hecho, siguiendo a Aldunate, ha significado que, dada la multiplicidad de interpretaciones sobre la Constitución (en atención al reconocimiento de nuevos derechos y la progresividad de los derechos), ocurra una afectación respecto del carácter unitario de dicho Código, debilitándose su fuerza normativa.

Sin duda, al tribunal de fondo le corresponde “*el acto de aplicación de la normas dictando resoluciones y ejecutando actos procesales (...) para lo cual utilizará normas de derecho objetivo a la hora de adjudicar el derecho subjetivo de cada parte del proceso que está llamado a resolver*”¹⁴⁵. Con lo cual se manifiesta, nuevamente la restricción que le corresponde al sentenciador, limitando su facultad a la aplicación de normas. Hecho, al que si bien adscribo en parte, considero que no se ajusta del todo a la realidad, pues siempre el juez tendrá un margen en el cual intentará verter su apreciación o visión de lo que es justo en atención al caso concreto.

En esta parte del texto nos distanciaremos de la posición expresada por Eduardo Aldunate, quien precisa que el “*debilitamiento de la fuerza normativa es producto del método de construcción de conceptos y estándares normativos*”¹⁴⁶, pues aún cuando los estándares surgen mayoritariamente de la Carta Política, hay casos en los cuales tiene su origen en fuentes diversas a la Constitución, situación que se configura, en su mayoría, tras el proceso hermenéutico que tiene lugar en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Sin embargo, no considera que estos parámetros nacen de la apreciación constitucional incrementada por la influencia y soporte del derecho internacional, en el contexto de un sistema integrado de fuentes. Así, pareciera que la crítica de Aldunate se orienta más bien a la técnica empleada por el sentenciador, quien fundamenta su fallo, en ocasiones, sobre la base a normas subconstitucionales, sin hacer el “enlace” necesario, con la columna vertebral del ordenamiento jurídico nacional. Así, también Aldunate, se refiere a los estándares jurídicos, pero no aborda el concepto de estándar.

Ahora bien, sin perjuicio que en el siguiente capítulo se abordará el rol del sentenciador, cabe adelantar que, a propósito de la legitimación para establecer ciertos parámetros, este no se encuentra inhabilitado para ello, pues el reconocimiento de un estándar, se configura mediante un acto mediante el cual el sentenciador o legislador “recogen” elementos – que se encuentran dentro del sistema de fuentes- que atienden a la finalidad de las normas, o bien que sirven de medio para su alcance y que son depositados en nuestro ordenamiento jurídico, los

¹⁴⁵ Pica (2010), pp. 220-221.

¹⁴⁶ Aldunate (2009), p. 468.

fundamenta conforme al la Constitución y ellos son reiterados en el tiempo, encontrando como límite el mandato constitucional del mencionado artículo 63.

CAPÍTULO III:

EL USO DEL SISTEMA DE FUENTES EN EL RAZONAMIENTO DEL SENTENCIADOR Y LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DESC EN CHILE. ¿FACULTAD CREADORA O ACTIVISMO JUDICIAL?

Como se ha evidenciado a lo largo del desarrollo de esta investigación, hoy nos encontramos en un contexto caracterizado por una dinámica de constante transformación y necesidad de adecuación. Este hecho condiciona nuestro ordenamiento Jurídico, pues debe conciliar la necesaria estabilidad de sus principios y orientaciones, con la ductilidad que deben poseer sus normas, con el objeto de adaptarse a las necesidades de una colectividad cada vez más cambiante y heterogénea.

A reglón seguido, el hecho recién descrito ha contribuido a convertir en un desafío, aún más complejo para los juristas el hecho de lograr “retratar” el estado de la cuestión, pues los elementos estables y no mutables que caracterizaban el derecho ya no son suficientes para dar respuestas a los problemas que dan origen a controversias y a las materias que deben ser reguladas.

En una sociedad ampliamente globalizada, el desafío para los juristas pareciera radicar, en principio, en un trabajo que comienza desde la investigación, recopilación y sistematización de información - dispersa y variada-, de cuya ponderación es posible obtener un significativo número de resultados. Esta situación, de por sí problemática, no solo implica que el jurista, para arribar a la solución más adecuada, deba tener acceso a más conocimiento, o mejor dicho a cualquier clase de conocimientos, sino que lo emplaza a cuestionar el fondo de la información a la que tiene acceso, por cuanto también a conocer su origen, con la finalidad de que su aplicación sea oportuna, pertinente y coherente con el ordenamiento Jurídico de que se trate. Todo lo anterior, nos conduce a referirnos al sistema de fuentes.

Si bien, el concepto de <<fuente>> se refiere al “*principio, fundamento u origen de algo*”¹⁴⁷, señalar que las “fuentes del derecho” son el origen del derecho, nos deja en una posición algo complicada, pues su comprensión estará supeditada al enfoque que se adopte. En este sentido, Josep Aguiló Regla, ha señalado que “(...) *para entender el origen del derecho es posible referirse a tres enfoques: (a) Explicativo, que trata de presentar los fenómenos jurídicos como una especie dentro de los fenómenos sociales y que ha entendido la pregunta por el origen del derecho*

¹⁴⁷ Real Academia Española (2019).

en el sentido de las causas sociales que explicarían las génesis de los fenómenos jurídicos; (b) justificativo, donde por origen se entienden no las causas que explican, sino centralmente la fundamentación de la obligatoriedad del derecho; (c) sistemático, ha tendido a afirmar el carácter autónomo de los fenómenos jurídicos y ha venido a sostener el origen jurídico de los fenómenos jurídicos. Así, el derecho, según este último enfoque es un tipo de orden normativo que se autorregula: contiene normas jurídicas que regulan la producción de otras normas jurídicas”¹⁴⁸.

Con todo, el concepto de derecho podremos entenderlo como el de “un orden jurídico”, o bien como un “conjunto de normas jurídicas”, es decir, como “algo que debe ser visto en integridad”, o como el “conjunto de partes que conforma un todo”.

Así, es posible verificar que la forma de entender las fuentes del derecho a cambiado drásticamente desde que se comenzó a desarrollar su teoría al día de hoy. Esta aseveración, se puede validar al revisar los conceptos que se han configurado para comprender qué son las fuentes del derecho. Para Kelsen, por ejemplo, *“las fuentes se identifican con el fundamento de validez y por tanto no serían diversas del Derecho mismo: aquéllas serían las propias normas jurídicas en cuanto sirven de fundamento de validez al proceso de creación normativa”*.

En el mismo sentido, Rubio Llorente al abordar el sistema de fuentes precisa que *“son fuentes del Derecho los actos y hechos a los que las normas sobre producción de un sistema jurídico concreto atribuyen la capacidad de crear normas con validez erga omnes”¹⁴⁹.*

Por otra parte, para Alessandro Pizzorusso la expresión “fuentes del derecho” se refiere a *“aquellos hechos o actos jurídicos los cuales, en virtud de las normas sobre la producción jurídica vigente en un determinado ordenamiento, tienen como efecto la creación, modificación o derogación de las disposiciones o normas integradoras de aquel ordenamiento”¹⁵⁰.*

Para Peces-Barba Martínez, las Fuentes del derecho han sido entendidas como *“todo lo que el ordenamiento jurídico confiere capacidad para crear normas relevantes para configurar derechos fundamentales”¹⁵¹.*

Es importante hacer presente que los conceptos precedentemente desarrollados, excluyen de su análisis aquellos factores exógenos a la ley, así como los procesos socio culturales sobre los cuales se asientan, así como tampoco se hacen cargo del hecho de que la ley, por si sola, es incapaz de dar respuesta a toda la combinación

¹⁴⁸ Aguiló (2015), pp. 1023-1024.

¹⁴⁹ Aragón (2011), p. 231.

¹⁵⁰ Pizzorusso (1989), p. 270.

¹⁵¹ Peces-Barba (2014).

de casos o situaciones posibles. Sin perjuicio de lo anterior, también denotan un importante avance en la teoría del derecho, pues contribuye al reconocimiento de la *“ley como una expresión de la voluntad general”*¹⁵² y su aporte en la creación de derechos fundamentales.

Ahora bien, hoy es ingenuo e incluso pretencioso señalar que el ordenamiento jurídico se basta a si mismo, más aún la clasificación de las fuentes <<formales y materiales>> dan cuenta que ante la insuficiencia de las fuentes formales, podríamos estar ante lagunas jurídicas. Ergo, si se emplean otras fuentes, como las materiales, la dificultad planteada podría ser subsanada, como consecuencia de la incorporación de un sistema de fuentes integrado. Con todo, existen autores¹⁵³ que han destacado la importancia de las resoluciones judiciales para dar respuesta a aquellos espacios que no hayan sido resueltos por las fuentes formales.

En los sistemas democráticos la actividad judicial se desarrolla conforme a principios de independencia, separación de poderes, legalidad y juridicidad, en la aplicación de las normas creadas por el legislador. Así, aparentemente, la judicatura no tendría una facultad creadora que le permitiría configurar o reconocer nuevos derechos a las personas, pues su labor sólo se limitaría a la determinación de la extensión de un derecho. Sin embargo, como se ha señalado a propósito del efecto jurídico del discurso político, al principio de esta investigación, se debe destacar la labor de los jueces, pues en la esquisofrénica relación entre los intereses particulares de algunos que se encuentran en una posición de poder y su obligación de legislar para todos, radica en la difuminación de los prístinos ideales de la norma, por cuanto la labor judicial ha cumplido un rol correctivo y, a su vez actualizador, toda vez que, con el fin de evitar la utilización de argumentos subsumidos en conceptos jurídicos fijos, que no dan cuenta del actual estado del arte, ha debido asumir un papel activo en la creación y actualización del derecho.

Como se ha señalado en capítulos anteriores, la configuración normativa de los preceptos, de forma preponderante en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se construye sobre la base de preceptos jurídicos indeterminados, redactados de tal forma en la cual no queda clara su extensión ni alcances, donde el juez, en su obligación de inexcusabilidad, debe resolver empleando todas las herramientas interpretativas de las cuales dispone.

Sin perjuicio de lo anterior, el imperio de la ley sigue siendo la regla general, aún cuando también es cada vez más habitual en las sentencias ver interpretaciones desarrolladas dentro del margen de apreciación del sentenciador.

¹⁵² Celotto & Conte (2006), p. 628.

¹⁵³ Prieto (2005), p. 124.

El imaginario respecto de un juez que solo repite el derecho, como ser que no vierte sus inclinaciones o ideales en sus fallos, se aleja de la praxis y a la realidad, pues aún cuando existen mínimos elvados de imparcialidad que debe respetar al formular su decisión, éste aún cuando posea una rigurosa consciencia respecto a la norma *“no es un autómeta que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones. Es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como correctas, de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. Su respeto por la ley no es absoluto. La obediencia a ésta no es su único motivo”*¹⁵⁴.

Lo anterior, en ningún caso se yuxtapone a la construcción normativa realizada por el sentenciador, que siguiendo a Riccardo Guastini se compone de un proceso hermenéutico constituido por: *“(a) la creación de lagunas normativas y axiológicas; (b) la creación de jerarquías axiológicas entre normas; (c) la concreción de principios; (d) la ponderación de principios en conflicto; (e) elaboración de normas no explícitas”*¹⁵⁵. Dicho proceso, para el autor en comento, consiste en una genuina creación de derechos, dado que ella implica, desde su comienzo, una actividad decisoria desarrollada por el sentenciador.

Ahora bien, ¿cuál es el nexo existente entre las fuentes del derecho y la solución al problema de la construcción normativa de los Derechos Económicos, sociales y culturales en Chile?

Como hemos señalado anteriormente, el debate acerca de la naturaleza jurídica de los DESC es inacabado y, en gran medida la discusión torna entre el reconocimiento de las categorías indicadas como principios o normas. En este sentido, asumir una u otra posición, como se ha indicado mas arriba, tiene importantes consecuencias prácticas, vinculadas a su imperatividad y obligatoriedad, así como al rol que le corresponderá al Estado en su labor de promoción y protección.

Al referirse al Activismo judicial, por regla general este es entendido como la función desarrollada por jueces que no siguen las coordenadas jurídicas dispuestas por el legislador. En consecuencia, gran parte de las críticas que se hacen respecto a esta “actitud” dice relación con la falta de legitimidad dada la naturaleza de su investidura, a lo menos en Chile.

El problema se genera ante la situación de que *“un supuesto de hecho sí se encuentra regulado por una norma, pero que, según la opinión del intérprete, se encuentra reglado de forma axiológicamente inadecuada, por que el legislador no*

¹⁵⁴ A. Ross (1963): *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., en Segura Ortega, Manuel (2011), pp. 197-229.

¹⁵⁵ Guastini (2015), pp. 55-65.

*tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en consideración*¹⁵⁶. Ahora bien, ¿una norma deja de ser derecho aún cuando tenga contenidos injustos?. Sobre este punto, habrá que ponderar entre la seguridad jurídica, como principio formal, y la justicia de un precepto o norma, fijando el bien jurídico que se querrá privilegiar. Con todo, siguiendo a Alexy, el límite al derecho sería la injusticia extrema, el cual a su juicio no es derecho.

Ante la situación descrita, el juez tendrá que fallar empleando una técnica similar a la del legislador, en atención a la ponderación de los bienes jurídicamente relevantes, en observancia al caso que deba resolver, o al interés general si corresponde.

Un caso sugestivo es el que señala el Profesor Roberto Gargarella, quien precisa, a modo de ejemplo, que “interesante resulta lo sucedido en Argentina a propósito del debate sobre el derecho a la protesta y el rol de los jueces satisfaciendo las demandas de los grupos movilizados, donde en un caso en lugar de orientarse a satisfacer las demandas básicas de los grupos más desventajados, decidieron dificultar la expresión de tales demandas”¹⁵⁷.

En este sentido, los tribunales chilenos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales han adoptado una postura que tiende a reconocer que, en la labor del juez, el valor de la justicia prevalece sobre la ley, para lo cual éste haciendo interpretaciones extensivas de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República - que en situaciones de normalidad deberían ser resueltas por el legislador, en atención a los efectos que podría suponer, tanto a nivel presupuestario como social, que típicamente le corresponde a una norma-, “navega a través del contenido precisado por el legislador” determinando un estándar de dicho contenido, que se presenta como un justo medio entre el contenido esencial del derecho y la legítima pretensión de las personas.

Con todo, por ejemplo, es interesante el voto disidente de los Ministros señores Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, a propósito de la Sentencia **Rol N° 5.572-18-CDS**, que declara inconstitucional el inciso segundo del artículo 13 del Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de 2018, que recoge el "Reglamento para ejercer la objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario, en lo pertinente, conforme a los siguientes fundamentos:

“(...) 57. Los criterios que admiten el rechazo de este requerimiento se fundarán en algunos factores que parten de la base de determinados supuestos que hay que

¹⁵⁶ Guastini (2008), p. 144.

¹⁵⁷ Gargarella (2005), p. 57.

identificar previamente al conflicto constitucional planteado. Primero, hay algunos presupuestos del debate en relación con la Sentencia Rol 3729.

Ésta configura un reconocimiento de la constitucionalidad de la prestación del aborto por tres causales y de algunos supuestos de objeción de conciencia. En segundo lugar, se trata de recordar los fundamentos constitucionales de la objeción de conciencia como una interpretación restrictiva. En tercer lugar, el Tribunal Constitucional no puede juzgar leyes vigentes ni privar de eficacia a las mismas. En cuarto término, tampoco el Tribunal Constitucional puede controlar dictámenes de la Contraloría General de la República. **En quinto lugar, el Estado debe proteger el libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud**".

"(...) 102. Las acciones de salud devienen en un conjunto de prestaciones que se fundan directamente en la Constitución con determinadas características que no se pueden soslayar. El artículo 19, numeral 9° de la Constitución refleja una de las manifestaciones esenciales de derechos sociales con contenido material. Se trata de protección a la salud".

"(...) 103. En este derecho se pueden describir todos los pasos que exige una prestación de salud autorizada en casos de aborto por tres causales. Por una parte, es la Ley N° 21.030 la que autoriza una prestación de salud que se corresponde con una "acción de protección de la salud" (inciso segundo del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución). Si se invoca la objeción de conciencia, al Estado "le corresponderá la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud" (inciso tercero del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución), ejerciendo mediante normativas y coordinaciones las funciones de reasignación de profesional o de derivación. Es esa la razón que exige que los directores de los establecimientos de salud realicen estas coordinaciones con todo el sistema de salud sin distinguir si se trata de entidades públicas o privadas de salud. Adicionalmente, 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" (inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución)".

"(...) 142. Partimos de la noción que la objeción de conciencia es individual, no institucional, y por ende únicamente los individuos que tienen conciencia pueden invocarla. El debate respecto de las personas jurídicas es cómo se suple esa ausencia de conciencia mediante el artificio de la voluntad y el ideario. Como ya vimos, no basta que un sujeto o un colectivo de sujetos, pueden aducir que frente a cualquier deber jurídico, la objeción de conciencia pueda ser invocada. Y por lo mismo, diremos que no puede ser invocada sin generar perjuicios a la propia conciencia de las personas naturales integrantes de dicha institución. Y

expresaremos porqué no es conciliable con la defensa de la autonomía de los cuerpos intermedios.

Finalmente, sostendremos que la enorme integración vertical en la industria de la salud pone en serio riesgo que las obligaciones públicas del sistema de salud en estas tres prestaciones se desbaraten por una voluntad objetora que supera la mera convicción personal y se transforma en una fuerza de desobediencia a la ley”.

“(…) 162. El inciso segundo del artículo 2.3 del reglamento cuestionado impide a las instituciones prestadoras de salud acogidas al Decreto con Fuerza de Ley N° 36 invocar la objeción de conciencia. La mayoría estima su inconstitucionalidad de lo que discrepamos conforme a los siguientes argumentos. Primero, por el encuadramiento normativo de esas instituciones de salud. Segundo, por los criterios interpretativos que hemos identificado como la interpretación restrictiva de la objeción de conciencia en relación con un parámetro constitucional que exige verificar cómo extender esta facultad a personas jurídicas, acorde un ejercicio de derechos según su naturaleza jurídica. Y, en tercer lugar, como un examen ponderado a entidades de salud que, prima facie, en el marco de interpretaciones jurídicas excesivamente elásticas no tienen derecho a invocar esta objeción”.

Asimismo, anteriormente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre otras materias vinculadas al derecho a la salud, como ha sido el caso de las sentencias Roles N° 220 de 1995¹⁵⁸, STC Rol N° 976 del año 2008¹⁵⁹ – oportunidad en la cual

¹⁵⁸ Recaído en un requerimiento parlamentario respecto de la ley de trasplantes, en la cual se razona que *“El Estado debe velar, como se lo exige la Constitución, por la vida de las personas. Lo hace directamente a través de su poder público para cautelarlas de acciones de terceros y reconoce el derecho a la protección de la salud con el objeto de que, en caso de enfermedades, se preserven sus vidas”* por lo que se desprende así, que la *“protección de la vida desde el punto de vista de la salud, está en manos de la medicina, cuyos avances han permitido prolongar la vida de personas beneficiadas por trasplantes que, de no haberseles efectuado habrían muerto”.*

¹⁵⁹ Con fecha 26 de junio de 2008, a requerimiento de Silvia Peña Wasaff y en votación dividida, el pleno del Tribunal Constitucional declaró por primera vez la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en el marco de un proceso de protección, por vulnerar el derecho a la protección de la salud y la libre elección del sistema de salud, además del derecho de propiedad, asegurados en el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución. La norma cuestionada autorizaba a las Isapres para ajustar unilateralmente los precios de los planes de salud contenidos en los contratos vigentes, considerando como factores motivantes la edad y el sexo de los beneficiarios de los mismos. Razonando en función del caso concreto, el monto del alza y la edad de la requirente, se argumenta por el Tribunal en una línea garantista de derechos sociales que es nueva en su jurisprudencia.

Posteriormente, el 7 de julio de 2009, a requerimiento de María Ximena Osorio Sagredo, y en el marco de un proceso arbitral seguido ante el Intendente de Fondos y Seguros de Salud, se encuentran las mismas argumentaciones acerca del derecho a la salud,

el TC reconoce el derecho a la protección de la salud¹⁶⁰. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de la atribución contenida en el número 7° del artículo 93 de la Carta Fundamental, resolvió abrir de oficio el proceso de inconstitucionalidad Rol N° 1.710, respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en función de las sentencias de inaplicabilidad roles números 976, 1218, 1287 y 1273, en las cuales se declaró que la aplicación de dicho precepto vulneraba los derechos asegurados en los números 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución. Destaca en esta sentencia la introducción de una nueva conceptualización del rol del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en particular, del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, profundiza las argumentaciones acerca de la igualdad ante la ley, además de referirse latamente a la acción de inconstitucionalidad, entre otros temas, expulsando así del sistema normativo al precepto cuestionado.

Es oportuno hacer presente que en el fallo recién comentado, se reconocen los siguientes principios en materia de derechos sociales: Los derechos sociales gozan de auto ejecutividad, es decir, vinculación y eficacia inmediata y directa. A pesar de ser derechos con un amplio margen de configuración legislativa, gozan de un contenido esencial determinado por la Constitución. Son invocables ante los órganos jurisdiccionales y gozan de tutela judicial.

En este sentido, la Corte Suprema de Chile tampoco ha quedado atrás, pues a través de la acción de protección, ha tutelado, por la vía de la discriminación arbitraria y el derecho de propiedad, numerosas cuestiones sobre derechos económicos, sociales y culturales¹⁶¹. Así, es posible verificar que en Sentencia de

reforzadas por la invocación al derecho a la seguridad social del N° 18 del artículo 19 de la Carta Fundamental, que también se considera infringido y al cual se dedica un capítulo completo en la sentencia, considerándolo conectado con el derecho a la salud y citando sus antecedentes en las actas constitucionales.

Ulteriormente, con fecha 8 de septiembre de 2009, a requerimiento de Pedro Fernández Bitterlich vuelve a declararse la inaplicabilidad del precepto, fundado en el derecho a la salud y además en el derecho a la seguridad social, que el Tribunal constitucional en esta sentencia considera íntimamente ligados. Es del caso señalar que en estas sentencias siempre hubo votos particulares. Las sentencias de inaplicabilidad nunca fueron unánimes.

¹⁶⁰ Véase también STC roles números 976, 1218, 1287 y 1273.

¹⁶¹ Al revisar el ordenamiento jurídico chileno, se evidencia un estancamiento en la progresión de la responsabilidad asumida por el Estado frente a los DESC, ya que en Chile se ha reconocido su categoría jurídica, como Derechos Fundamentales y se han promocionado como tales, sin embargo existe una incongruencia entre la enunciación Constitucional de los DESC y la carencia de medios directos de tutelaje Constitucional, ya que el Constituyente no aseguró el restablecimiento del imperio del derecho frente a vulneraciones, perturbaciones o amenazas, que se hayan producido por acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, a diferencia de las otras “generaciones de derechos” que encuentran su resguardo a través de la Acción de Protección (art. 20 de la CPR).

protección deducida ante la Corte Suprema, Rol N° 25.230, de 2019, la Tercera Sala de la Corte Suprema, en lo pertinente, tuvo en atención las siguientes consideraciones:

“Segundo: *Que, al respecto, y como ya se ha resuelto por la Corte (en autos rol N° 43250-2017, N° 8523-2018, N° 2494- 2018 y 17.043-2018, entre otros), es preciso considerar que, si bien es cierto que los miramientos de orden económico constituyen un factor a tener presente por la autoridad pública al adoptar una decisión que tenga un contenido financiero, no lo es menos que esas consideraciones no pueden invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, de manera que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos. A mayor abundamiento, no puede ser el elemento fundamental para la adopción de este tipo de decisiones por parte de la Administración, toda vez que, tal como lo consigna el inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución Política de la República, el Estado está al servicio de la persona humana. Es importante destacar que la Carta Fundamental impone a todos los órganos del Estado, y no solo a la Administración del Estado, otorgar cautela al derecho a la vida, el derecho de los derechos, como se le ha llamado. Por ello, este deber es exigible también a esta Corte”.*

“Tercero: *Que, resulta insoslayable subrayar que la parte recurrida, al negar la cobertura al medicamento requerido, no se hace cargo de señalar qué otro tipo de tratamiento puede brindarle al paciente, actuar que se torna en ilegal porque conforme lo dispone el artículo 1° del D.F.L. N°1 de 2005 del Ministerio de Salud que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469: “Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como de coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones”.*

“Quinto: *Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de la parte recurrida, fundada en consideraciones*

Para entender este problema, resulta necesario comprender la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, así como la naturaleza jurídica de la Acción de Protección – también denominada como “amparo” en el derecho comparado latinoamericano-.

de índole económica, se ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que la familia del paciente no se encuentra en condiciones de adquirirlo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquel fármaco, único y exclusivo, para el tratamiento de la patología en cuestión y, en tal virtud, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y, de esta forma, restablecer el imperio del derecho”.

En este mismo sentido, las Cortes de Apelaciones, también han propendido al reconocimiento de estándares o parámetros de exigibilidad en relación al contenido de los derechos. De esta forma, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa de protección Rol N° 7.242 de 2018, caratulada Olguín con Isapre Vida Tres S.A., precisó que la controversia de fondo gira en torno a que si la recurrente incurrió en incumplimiento de sus obligaciones, en cuanto a que debe informar a la ISAPRE en forma completa y verdadera todas las enfermedades y condiciones preexistentes en la declaración de salud, ya que habría omitido la patología preexistente consistente en episodio depresivo, derivado de una depresión post parto ocurrido en el año 2007, lo que permitió a la ISAPRE Vida Tres S.A. poner término al contrato de salud, mediante carta de 25 de octubre de 2018, que contrató el 1 de marzo de 2017, en un plan de salud individual, siendo beneficiario, también, su hijo, de 10 años de edad, de acuerdo con las facultades que le concede el artículo 201 del D.F.L. N° 1 del año 2005. La declaración personal de salud la realizó el 19 de enero de 2017”. En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones hace presente en sus considerandos sexto y séptimo que:

*“**SEXTO:** Que antes del análisis particular del caso, llama la atención la extraña situación que nos plantea el sistema de salud vigente, en cuanto a que las instituciones de salud previsional, las ISAPRES, quienes subsidian la labor del Estado en materia de salud y que pueden ejercer su función lucrativa por mandato del mismo, obligan a hacer una declaración de salud, de tal manera que si el futuro afiliado se encuentra sano lo aceptan, en cambio si tiene alguna enfermedad lo rechazan, lo que resulta insólito porque las instituciones de salud por definición, y principalmente por delegación del Estado, deben preocuparse de los problemas de salud de la población.*

***SEPTIMO:** Que lo planteado es llevado a extremo cuando, como en el caso de autos, la Institución de Salud, acepta a una persona, recibe sus cotizaciones durante varios meses, pero cuando se da cuenta que dicho individuo no dijo que hace nueve años atrás tuvo un episodio de salud, lo desafilia. En todo caso, cabe destacar, que en ningún momento dicha Institución ha mostrado disposición a devolver las cotizaciones. Sin duda que ello significa renunciar al mandato más delicado que quienes integran el Estado le entregan, ya que se trata de un problema de salud.*

Nadie desconoce que ésta es un tema muy sensible y por ende más que tener la seguridad de generar beneficios, debería tenerse siempre presente que más importante es la salud de los afiliados”.

Finalmente, la CA señala en su considerando noveno que “lo que no está controvertido es que la actora sufrió depresión post parto hace 9 años, pero lo relevante para la solución del presente caso es que la recurrida no aportó ningún antecedente que demuestre que los efectos de dicha enfermedad aún se encuentren presentes y que tenga relevancia para la mantención del contrato de salud. Si se lleva a extremos esta situación, cualquier enfermedad que una persona haya tenido durante toda su vida, incluso desde el momento del nacimiento, debería tenerla registrada porque de otro modo podría ser motivo para ser desafiliado del sistema de salud que haya elegido”

Ahora bien, en lo que respecta al derecho a la Educación, cabe hacer presente que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la educación, configurando su contenido tanto en el artículo 19 N° 10, como en los tratados Internacionales sobre derechos humanos, en particular, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En su tratamiento, cabe distinguir las siguientes dimensiones. Por una parte, en cuanto a la delimitación del objeto de la educación, en virtud de lo dispuesto en el inciso 1° del numeral 10° del artículo 19 de la Constitución, ésta debe tender al “pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”. Adicionalmente, este derecho tiene tanto el carácter de derecho individual y de derecho social, de lo que se deriva que la educación debe orientarse hacia “el respeto y promoción de la dignidad de la persona y los derechos humanos que derivan de ella” y al “pleno respeto por el pluralismo ideológico, favoreciendo la tolerancia, la amistad cívica, el diálogo, y la comprensión recíproca entre las personas y los pueblos”¹⁶². A su vez, la actual Ley General de Educación define a la educación, en su artículo 2°, como “el proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas”.

En cuanto a su relación con otros derechos, en sentencia Rol N° 1363, de fecha 28 de julio de 2009, relativa a la LGE, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la libertad de enseñanza no puede separarse del derecho a la educación, siendo su contraparte. Este exige que el Estado cree las condiciones para que pueda ejercerse y así las personas logren su pleno desarrollo en las distintas etapas de

¹⁶² Nogueira (2008), p 214.

su vida (artículo 19, N° 10, inciso segundo). Para lograr este propósito, pueden perfectamente establecerse regulaciones, pues la comunidad debe contribuir al desarrollo y al perfeccionamiento de la educación (artículo 19, N° 10, inciso final)”. En cuanto a la configuración del sistema educacional desde la Constitución, en sentencia Rol N° 1361, también referida a la LGE, de fecha 13 de mayo de 2009, se señala que “la Constitución asegura el acceso y el financiamiento de un sistema gratuito respecto de la educación básica y media. Asimismo, asegura el acceso gratuito y el financiamiento respecto al segundo nivel de transición de la educación parvularia. Pero, si bien la Constitución supone la existencia de determinados niveles de enseñanza, como los de enseñanza parvularia, básica y media, ella no establece la duración específica de cada uno de ellos, ni las otras características que tendrán éstos. Sólo prevé que el sistema de enseñanza cuyo acceso y financiamiento el Estado debe garantizar, se extienda hasta los 21 años de edad. De esta manera, la Constitución no establece la duración de cada uno de los niveles. Al contrario, remite esta materia a la ley, al señalar que el sistema gratuito, en el caso de la educación media, se extenderá, en conformidad a la ley, hasta los 21 años de edad”. En la misma sentencia se razona que “cuando la Constitución asegura el derecho a la educación, exige que el Estado adopte las medidas para que la que reciban los alumnos sea de la mayor calidad posible”.

En cuanto al deber estatal de brindar servicios educacionales y la modalidad de prestación a través de particulares mediante una subvención, el Tribunal Constitucional ha razonado, en sentencia Rol N° 771, de 19 de junio de 2007, “Que la legislación sobre subvenciones es un medio –entre otros posibles- que el Estado utiliza para cumplir el deber que la Constitución le impone en el artículo 19 N° 10°, incisos cuarto y quinto, de concurrir a financiar un sistema gratuito que asegure el acceso de toda la población al segundo nivel de la educación parvularia y a los niveles básico y medio de educación, como también el deber del artículo 1°, inciso quinto, de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. A través de la subvención se procura que todas las personas gocen efectivamente del derecho a la educación, pero las normas que fijan su monto, clases y requisitos para impetrarla, no tienen el carácter de una ley que regule un derecho constitucional y, por tal razón, ha sido posible que esa legislación esté contenida en un decreto con fuerza de ley, denominado usualmente Ley de Subvenciones, lo que no sería constitucionalmente procedente si la misma tuviese el carácter de ley regulatoria de un derecho constitucional”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, en Sentencia Rol N° 2.787 del año 2015, a propósito del control preventivo efectuado, da cuenta de la importancia que hoy cumplen las normas internacionales, así como las convenciones suscritas por el

país, las cuales condicionan el actuar del Estado fijando nuevos límites y obligaciones¹⁶³.

El desarrollo y fortalecimiento del Derecho Internacional de los derechos humanos *“ha contribuido a aclarar y delimitar la naturaleza, el contenido, el alcance y las limitaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como de identificar las obligaciones correlativas a estos derechos (...)”*¹⁶⁴.

¹⁶³ Para mayor profundidad revisar considerandos 9º, 10º, 12º, 30 y 43 de la Sentencia Rol 2.787 del año 2015.

¹⁶⁴ Steward (2012), p. 23.

CONCLUSIONES:

El reconocimiento, promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido un tema que aún cuando se ha abordado latamente en la doctrina y jurisprudencia, aún no encuentra respuestas definitivas en relación con los aspectos vinculados tanto a su configuración normativa, como a su justiciabilidad, existiendo múltiples posiciones respecto a una u otra opción.

Asimismo, se ha logrado verificar en el desarrollo de la presente investigación que a partir del potencial emancipador de las normas, la sociedad ha podido avanzar en el reconocimiento de los derechos y hoy, en particular, a propósito de los derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo, existen dificultades estructurales, dado que en su configuración participan diferentes poderes del estado -ejecutivo, legislativo y judicial-, los cuales, dado el origen de sus posiciones, con excepción del judicial, tienen dentro de sus objetivos tomar, mantener o influir en las decisiones de poder, por cuanto al existir un entrelazado de dependencias e interdependencias, en oportunidades resulta confuso distinguir entre aquello que responde a una decisión orientada a satisfacer un interés individual y aquella que estrictamente, o a lo menos preponderantemente, es jurídica.

Con todo, dado que el derecho se ve influido por las mismas condiciones que las decisiones políticas, pareciera que no es un mecanismo de control suficiente para asegurar que las normas y/o políticas sean orientadas a satisfacer las expectativas de la mayoría.

Así, fue posible comprobar que el discurso jurídico es una potente herramienta política. Al tratar este asunto, comenzamos citando a Dávila, en atención a que como él precisa “el discurso hace factible y legitima la praxis de lo político y lo jurídico”, cuestión que da cuenta de la relevancia del discurso dado que crea una realidad en el imaginario social, mediante una expresión intencionada a validar actos de la autoridad, situación que expone al ordenamiento jurídico a importantes peligros y tensiones.

El derecho, como hemos revisado se caracteriza por su doble faz, como un moderador del orden social y mecanismo de control a lo político, en este sentido, dado que el poder y las normas, utilizan el discurso como una “vía” o “canal” de legitimación, sobre todo en materia de derechos económicos, sociales y culturales, pues ellos son capaces de transmitir una sensación de necesidad o satisfacción ante un requerimiento social. Así, en tanto la acción política, siguiendo a Bobbio, se transforma en una especie de “máquina” generadora de derechos, con mira a fines políticos, y el poder político requiere de institucionalidad jurídica para ser legitimado, pareciera que no es la efectividad discursiva del poder político lo que provoca el

respeto a sus decisiones, sino que su legitimidad es la que condiciona, en su “faceta legislativa”, la aceptación y el sometimiento a normas que él origine, siendo determinante en la sensación de satisfacción de un determinado derecho.

Ahora bien, tras abordar la relación y el límite entre lo político y lo jurídico, resultó del todo necesario iniciar la aproximación al análisis de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para lo cual asumimos que estos son normas fundamentales y que como tales “no se extienden a todas sus posibles facetas”, a diferencia de lo que ocurre con los derechos Civiles y Políticos.

En este orden de ideas, la principal dificultad radica en determinar aquello que media entre el contenido esencial de los derechos y la legítima pretensión de las personas, aquello a lo cual se ha denominado como estándar de contenido de los derechos.

Antes de tratar el término compuesto “estándar de contenido de los derechos”, se ha intentado aproximar a los conceptos de “estándar” y “contenido” de los derechos. Del análisis desarrollado fue posible comprobar que gran parte de los autores nacionales no distingue entre el contenido esencial y el estándar de su contenido. Asimismo, se indicó que, al no encontrarse expresamente manifestado el contenido esencial de los derechos en la Constitución Política, en el caso chileno, ellos tendrán que ser deducidos a partir de los principios e ideales que la motivan, por lo cual resalta la importancia de la interpretación y las reglas establecidas para su intérprete.

Luego, dado que el ordenamiento jurídico no define la voz “estándar”, se revisó cómo ha sido desarrollado este concepto por la Comisión Interamericana y el uso que se le ha dado por los Tribunales de Justicia Chilenos, de lo cual fue posible concluir que todos ellos entienden que el “estándar” es un parámetro de exigibilidad al Estado, vinculante e imperativo, que al igual que las normas positivas, conforman un cúmulo de obligaciones que se incorporan en el ordenamiento jurídico, siendo en su mayoría recibidos a través de Tratados Internacionales, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la actividad legislativa e incluso mediante las Sentencias de los Tribunales de Justicia, siendo operacionalizados a través de políticas públicas.

En este sentido, destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4.120 del año 2017, en la cual se reconoce que un estándar legal que al comienzo tiene un carácter excepcional, luego puede pasar a transformarse en la regla general, con lo cual fue posible concluir que los estándares tienen las características de ser: transformadores y manifestación de la ductilidad que debe caracterizar al derecho para reconocer los cambios socio culturales de una comunidad.

En consecuencia, si bien el contenido esencial de un derecho es orientador respecto a la finalidad de la norma, e incluso puede ser un medio para evitar el abuso u omisión del legislador, sirviendo de base para establecer un piso en la extensión de un derecho, el “estándar de contenido” es un paso más allá, pues se ubica entre la legítima pretensión de las personas y los elementos mínimos precisados a partir del contenido nuclear de los derechos. De esta forma, es posible indicar que no existe estándar si el contenido no está precisado y, por otra parte, la sola enunciación de un derecho no asegura parámetro de exigibilidad alguno.

Luego, esta tesis se centró en aproximarse al uso del sistema de fuentes en el razonamiento del sentenciador y la construcción de los DESC en Chile, para lo cual es indudable reconocer “la responsabilidad de los Estados en la promoción y protección de los derechos”¹⁶⁵, y el desarrollo de la cuestión actualmente en Chile¹⁶⁶.

A reglón seguido, se abordó someramente el concepto de fuentes del derecho y cómo ha ido mutando su concepto en el tiempo, destacando que si bien las antiguas concepciones excluyen de su análisis aquellos factores exógenos a la ley, así como tampoco el hecho de que la ley, por sí sola, es incapaz de dar respuesta a toda la combinación de casos o situaciones posibles, si denota un incuestionable avance en la teoría del derecho, pues contribuye al reconocimiento de la ley como una expresión de la voluntad general y su aporte en la configuración de los derechos fundamentales.

Es dable indicar que es ingenuo e incluso pretencioso señalar que el ordenamiento jurídico se basta a sí mismo, y más se debe hacer presente que las fuentes formales son insuficientes, por cuanto destaca la necesidad de emplear un sistema de fuentes integrado. En este contexto, se ha destacado la importancia de las resoluciones judiciales para dar respuesta donde las fuentes formales no hayan alcanzado. En este punto, se subraya que la labor judicial, a lo menos en Chile, a pasado a cumplir un rol correctivo y actualizador, toda vez que ha evitado el empleo de argumentos subsumidos en conceptos jurídicos fijos, mediante la utilización de herramientas de interpretación a logrado aclarar la extensión y alcance de preceptos jurídicos indeterminados.

En el sentido de lo expuesto, siguiendo a Guastini, el proceso hermenéutico usado por el sentenciador consiste en una genuina creación de derechos, dado que el implica, desde su inicio, una actividad decisoria del juez.

¹⁶⁵ Ahrens (2012), p. 137.

¹⁶⁶ Núñez (2015).

Con todo, este capítulo finaliza reflexionando acerca de la práctica de los Tribunales chilenos, en la resolución de causas que tengan origen en la discusión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se ha podido evidenciar que en la labor del juez, el valor de la justicia prevalece sobre la ley, donde éste “navega a través del contenido precisado por el legislador” determinando un estándar de dicho contenido, en respuesta a la necesidad manifiesta de encontrar un justo medio entre la legítima pretensión de las personas y el contenido mínimo de las normas, lo que se evidencia en la jurisprudencia revisada.

ANEXO: FICHA SENTENCIAS.

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:



SENTENCIA CIDH

CASO LAGOS DEL CAMPO VS PERÚ

TRIBUNAL	Corte Interamericana de Derechos Humanos	
FECHA (ingreso y fallo)	5 de agosto de 1998 (petición de parte a la comisión). 28 de noviembre de 2015 (sometimiento a la Corte por parte de la Comisión)	31 de agosto de 2017
MATERIA	CONTENCIOSA Derecho Laboral – Despido por ser dirigente laboral (ostentando el cargo de Presidente del Comité Electoral dentro de la Comunidad Industrial de la empresa Ceper Pirelli) y por expresar opiniones en el contexto de un conflicto laboral electoral.	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	<ul style="list-style-type: none">- Libertad de pensamiento y de expresión (artículo 13). La libertad de expresión en contextos laborales.- Garantías judiciales (artículo 8).- Libertad de asociación (artículo 16).- Estabilidad laboral (artículo 26) en relación con el artículo 1.1, así como la alegada vulneración del artículo 2.- Acceso a la justicia los artículos 8 y 25, El acceso a la justicia para tutelar la estabilidad laboral, como derecho reconocido en la Constitución. Todos ellos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	<ul style="list-style-type: none">- Libertad de pensamiento y de expresión, garantías judiciales, estabilidad laboral, libertad de asociación, deber de adoptar disposiciones de	

	<p>derecho interno (artículos 13, 8, 26, 16, 1.1 y 2 de la convención americana.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Acceso a la justicia (artículos 8 y 25 de la convencion americana)
TIPO DE PROCEDIMIENTO	General de la Corte.
REQUIRENTE	Alfredo Lagos del Campo.
REQUERIDO	República del Perú.
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	<p><i>Casos Canales Huapaya y otros Vs. Perú y Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala</i>, sobre la justiciabilidad de los derechos que se derivan del artículo 26 de la Convención</p> <p><i>Caso Canales Huapaya y Otros Vs. Perú</i> necesidad de efectuar una interpretación evolutiva respecto al alcance de los derechos consagrados en el artículo 26 de la CADH, y la diligencia de profundizar en la justiciabilidad del derecho al trabajo</p>
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	<p>Se acogió.</p> <p>Por unanimidad, que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Desestimar las objeciones planteadas por el Estado relativas al control de legalidad sobre el Informe de Admisibilidad por la Comisión, a la alegada ausencia del agotamiento de los recursos internos, y a la falta de competencia de la Comisión. 2. Desestimar la objeción del Estado sobre la inclusión del artículo 16 de la Convención en el Informe de fondo. 3. Desestimar la objeción planteada por el Estado relativa a la delimitación temporal del análisis de acciones judiciales y el marco fáctico e inclusión de afectaciones no contenidas en el Informe de Fondo. <p>DECLARA:</p> <p>Por unanimidad, que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 4. El Estado es responsable por la violación a los derechos a la libertad de pensamiento y expresión y

garantías judiciales, reconocidos en los artículos 13.2 y 8.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo.

Por cinco votos a favor y dos en contra, que:

5. El Estado es responsable por la violación al derecho a la estabilidad laboral, reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo.

6. El Estado es responsable por la violación al derecho a la libertad de asociación, reconocido en los artículos 16 y 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13 y 8 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo.

Disienten los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Antonio Sierra Porto.

Por unanimidad, que:

7. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la protección judicial y las garantías judiciales, de conformidad con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo.

8. El Estado no es responsable por la violación al artículo 2 de la Convención, respecto del inciso h) del artículo 5 de la Ley 24.514 y el artículo 25 del Decreto Legislativo No. 728,

Y DISPONE:

Por unanimidad, que:

9. Esta Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación.

10. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 200 e informar a esta Corte de las mismas, conforme lo indicado en el párrafo 201 de esta Sentencia.

11. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 215, 216, 222 y 227 de la presente Sentencia,

	<p>por concepto de compensación por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, en los términos de los referidos párrafos y de lo previsto en los párrafos 230 a 235 de esta Sentencia.</p> <p>12. El Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso, en los términos del párrafo 229 de esta Sentencia.</p> <p>El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 201 de la presente Sentencia.</p> <p>14. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.</p> <p>Los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer MacGregor Poisot, hicieron conocer a la Corte sus votos individuales concurrentes, y los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Antonio Sierra Porto, sus votos individuales parcialmente disidentes, los cuales acompañan esta Sentencia.</p>
<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>El presente caso se relaciona con el despido del señor Alfredo Lagos del Campo el 26 de junio de 1989 como consecuencia de declaraciones realizadas durante una entrevista para la revista “La Razón”. Dicha entrevista fue realizada cuando era Presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa Ceper-Pirelli, y en ella denunció, <i>inter alia</i>, que el directorio de la empresa presuntamente habría empleado el “chantaje y la coerción” para llevar a cabo “fraudulentas elecciones al margen del Comité Electoral”. Tras su despido, el señor Lagos del Campo promovió una demanda ante el Décimo Quinto Juzgado de Trabajo de Lima, el cual calificó el despido de “improcedente e injustificado”. Sin embargo, en</p>

	<p>apelación interpuesta por el empleador, el Segundo Tribunal del Trabajo de Lima revocó la sentencia de primera instancia y calificó el despido como “legal y justificado.</p> <p>Posteriormente, el señor Lagos del Campo interpuso diversos recursos los cuales fueron declarados improcedentes</p> <p>La Corte considera que el Estado, con motivo del despido del señor Lagos del Campo de su puesto de trabajo, vulneró sus derechos a la estabilidad laboral (artículo 26 en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la Convención) y a la libertad de expresión (artículos 13 y 8 en relación con el artículo 1.1 de la Convención). Lo anterior, repercutió en su representación laboral y derecho de asociación (artículos 16 y 26 en relación con 1.1, 13 y 8 de la Convención), todo ello tuvo como consecuencia un impacto en su desarrollo profesional, personal y familiar.</p> <p>La relación con la materia DESC, está desarrollada en los votos del siguiente ITEM.</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>VOTO RAZONADO DEL JUEZ ROBERTO F. CALDAS</p> <p>Declarar la justiciabilidad de los DESC de conformidad con el artículo 26 en relación con las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.</p> <p>154. Cabe señalar que la Corte ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados (<i>supra</i> párr. 142). Asimismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, con esta Sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre</p>

Derechos Humanos, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado.

El gran paso histórico que ha tomado este Tribunal de declarar la justiciabilidad del derecho del trabajo y de la estabilidad laboral, y con ello una nueva época para la protección de todos los derechos humanos, interdependientes e indivisibles, y de manera aún más integral.

**VOTO CONCURRENTE DEL
JUEZ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

La justiciabilidad directa de los Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales:

Una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana

En el fallo se comprueba que “no existió una necesidad imperante que justificara el despido del señor Lagos del Campo”, el cual se produjo debido a sus declaraciones públicas como dirigente laboral. Por ello, se restringió su libertad de expresión sin tener en consideración que dichas declaraciones se referían esencialmente a cuestiones de interés público, las cuales le correspondían dar al señor Lagos del Campo en su calidad de representante de los trabajadores y como Presidente del Comité Electoral. En ese sentido, se consolida y amplía la extensa jurisprudencia interamericana sobre el derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el artículo 13 del Pacto de San José

Se declara, por primera vez, la violación del artículo 26 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.14, por la vulneración de la estabilidad laboral del señor Lagos del Campo. A través de una interpretación evolutiva y apartándose de su jurisprudencia tradicional, la Corte IDH le otorga un nuevo contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, leído a la luz del artículo 29 del mismo instrumento. Así, dicho artículo no

es meramente una norma programática para los Estados Parte de la Convención Americana, sino que constituye una disposición que impone a este Tribunal Interamericano la obligación de remitirse a la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “la Carta de la OEA”) para lograr la plena efectividad de los derechos que se deriven de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en dicha Carta.

En muy pocos casos la Corte IDH se había pronunciado sobre el contenido del artículo 26 de la Convención Americana. En solo dos ocasiones había sido directamente alegado como vulnerado por la Comisión Interamericana y en seis oportunidades por los representantes de las víctimas. Por ello, la gran relevancia de la presente Sentencia radica en que el Tribunal Interamericano, por primera ocasión en sus casi cuarenta años de existencia, declara la violación del artículo 26 del Pacto de San José

De ahí que la intención del presente voto razonado es, por un lado, resaltar el importante avance jurisprudencial que se ha dado en el seno del Sistema Interamericano con esta Sentencia, al otorgar justiciabilidad directa a los DESCAs; y, por otro, dejar en claro los alcances, diferencias y la sinergia entre el artículo 16 de la Convención Americana que protege el derecho de asociación (*lato sensu*) y el artículo 26 del mismo tratado, como disposición que protege el derecho de asociación en materia laboral (*stricto sensu*), desde la norma que se encuentra consagrada en el artículo 45 inciso c), de la Carta de la OEA.

Así, los avances realizados en el caso *Lagos del Campo* en materia del derecho al trabajo (estabilidad y asociación laboral), y en materia de la protección y garantía de los DESCAs por la vía directa y mediante un análisis integral y conglobado de los derechos (económicos, sociales, culturales, ambientales, civiles y políticos), permiten dar un paso histórico hacia una nueva época de la jurisprudencia interamericana. En este sentido, la región interamericana se dirige hacia la

misma dirección de lo que recientemente diversos países de Naciones Unidas acordaron mediante los Objetivos del Desarrollo Sostenible para el año 2030. No debe pasar inadvertido, como bien señala la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), que actualmente la desigualdad social en nuestra región constituye un obstáculo para el desarrollo sostenible. Y en ese sentido —sostiene la CEPAL— que “la igualdad de derechos es el eje primordial de la igualdad”, entendida como la “plena titularidad” para el ejercicio de los derechos económicos, sociales, culturales y medioambientales. A partir de ahora, el Tribunal Interamericano puede abordar las diversas problemáticas que se le presenten, ya no a través de la conexidad o vía indirecta, subsumiendo el contenido de los DESCAs en los derechos civiles y políticos; sino teniendo una visión social más amplia de las violaciones que se presenten en los futuros casos. Advierto que la cuestión reviste especial importancia en la región latinoamericana, que mantiene altos índices de inequidad, desigualdad, pobreza y exclusión social. Esta nueva visión de los derechos sociales interamericanos, permitirá el análisis más detallado y comprensivo de los derechos y obligaciones comprometidos en un caso, permitiendo el desarrollo de criterios jurídicos y estándares, que aborden de modo más propio y puntual asuntos de hondo impacto en la vigencia de los derechos humanos en la región.

**VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ
EDUARDO VIO GROSSI,**

Por discrepar respecto de la referencia que hace al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fundamento de sus Resolutivos N° 5 y 6, por los que se declara que “[e]l Estado es responsable por la violación al derecho a la estabilidad en el empleo” y “al derecho a la libertad de asociación”.

	<p>En suma, entonces, se discrepa de lo resuelto en la Sentencia habida cuenta que, haciendo la Convención una clara distinción entre los derechos políticos y civiles y los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho al trabajo, incluyendo al derecho a la estabilidad en el empleo, en tanto integrante de los últimos mencionados, no es derecho “reconocido” en la Convención y no se encuentra, consecuentemente, al amparo del sistema de protección previsto en ella únicamente para el primer tipo de derechos señalados. Para que los derechos económicos sociales y culturales pudieran judicializar ante la Corte, sería menester la suscripción de un protocolo complementario, lo que no ha acontecido, salvo parcialmente en el Protocolo de San Salvador, pero para materias ajenas a las de autos. Se disiente también en mérito de que lo que establece el artículo 26 de la Convención son obligaciones de comportamiento de los Estados, no reconocimiento de derechos de los seres humanos, norma que, por lo demás, se remite a la Carta de la OEA, la que, a su vez, tampoco lo hace, sino más bien estipula “metas” o “finalidades” o “principios y mecanismos” que los Estados se comprometen a alcanzar o a implementar, según corresponda. Adicionalmente, no se comparte lo decidido puesto que, al permitir que lo previsto en el artículo 26 citado se pueda judicializar ante la Corte, no solo deja sin sentido lo dispuesto tanto en los artículos 31, 76.1 y 77.1 de la Convención como en el Protocolo de San Salvador, sino que permitiría que todos los derechos que se derivan de la Carta de la OEA lo sean, eventualidad evidentemente del todo alejada de lo convenido.</p> <p>Con lo anterior, se reitera no se está negando la existencia del derecho a la estabilidad laboral, el que, por lo demás, no figura en esos términos en la Carta de la OEA de cuyas normas, según el artículo 26 de la Convención, derivaría. Únicamente se sostiene que su eventual violación no puede ser sometida al conocimiento y resolución de la Corte.</p>
--	---

Tampoco el presente voto debe ser entendido en orden a que eventualmente no se esté a favor de judicializar los derechos económicos, sociales y culturales. Lo que se considera sobre el particular es que, si se procede a ello, debe hacerse por quién detenta la titularidad de la función normativa internacional, esto es, los Estados a través de tratados, costumbre internacional, principios generales de derecho o de actos jurídicos unilaterales. No parece conveniente que el órgano al que le compete la función judicial interamericana asuma la función normativa internacional, máxime cuando los Estados Partes de la Convención son democráticos y a su respecto rige la Carta Democrática Interamericana que prevé la separación de poderes y la participación ciudadana en los asuntos públicos, lo que parecería que también debería reflejarse en lo atinente a la función normativa internacional, particularmente de aquellas normas que les conciernen más directamente.

En definitiva, en el presente voto se deja constancia de la discrepancia en cuanto a que en la Sentencia se desarrolle y concrete, por primera vez, *“una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención, dispuesto en (su) Capítulo III titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales”*. Y se procede así, además, no solo por las negativas consecuencias que podría tener tal decisión, sino también porque parece no ponderar la circunstancia de que aún existe, aunque en menor medida que antaño, el ámbito de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de los Estados, también denominado margen de apreciación, el que evidencia que no todo lo regula el Derecho Internacional y que, en lo atinente a la Convención, se expresa, entre otras normas, tanto en aquella que dispone que es el Estado Parte del caso de que se trata el que debe cumplir el respectivo fallo como en su artículo 26, que deja, en la mencionada esfera, el enjuiciamiento de los derechos económicos, sociales y culturales.

VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL

JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Respecto a hacer justiciables los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC) a través de una aplicación directa del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ya es conocida, dado que hace dos años presenté un voto concurrente sobre la materia en el *Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador*. En aquella oportunidad, indique los argumentos jurídicos que sustentan mi posición con la esperanza de que estos fuesen parte del debate interno y externo que se ha dado sobre la aplicabilidad del citado artículo de la Convención, pero también con el propósito de disuadir a quienes abogaban a favor del paso que la Corte IDH ha dado en esta Sentencia.

De forma general, considero que una Sentencia que declara internacionalmente responsable a un Estado no puede incurrir en falencias argumentativas de la magnitud previamente expuesta. Si el Tribunal pretende mantener un estándar de motivación tan alto para los tribunales internos como el que se estableció en la presente Sentencia, lo mínimo exigible es que use el mismo racero para sus decisiones, pues de lo contrario se corre el riesgo de afectar fuertemente la legitimidad de la Corte IDH frente a nuestros colegas de ejercicio jurisdiccional.

La legitimidad de la Corte Interamericana se deriva de la solidez de sus argumentos y de sus construcciones jurídicas, así como de la justicia que se alcance a través de sus decisiones. Por ello, el propósito de querer acertar, no basta, es insuficiente, pues lo que puede generar es un importante factor de deslegitimación del Tribunal. De hecho, decisiones como esta, en últimas plantean una visión, un proyecto de integración y transformaciones orientadas autónomamente desde los órganos del SIDH, alejándose de la función principal de la Corte IDH, la cual es la de administrar justicia, garantizando la protección de los derechos humanos bajo la estricta observancia de su competencia. De

	<p>hecho, no puede hacerse derecho transformador en contra vía del derecho vigente.</p> <p>El presente Voto contribuya como reflexión para entender la dimensión de la decisión que la mayoría de la Corte IDH adoptó en este caso, y se visibilicen las principales problemáticas que se generan a partir de la misma. Solo la crítica sincera y el debate abierto y público puede ayudar a mitigar, hasta cierto punto, los riesgos de legitimidad y de inseguridad jurídica que se puedan desprender de esta Sentencia.</p>
--	--



SENTENCIA CIDH

CASO MUELLE FLORES VS PERÚ

TRIBUNAL	Corte Interamericana de Derechos Humanos	
FECHA (ingreso y fallo)	8 de abril de 1998 (petición a comisión) 13 de julio de 2017 (sometimiento a la corte)	06 DE MARZO DE 2019
MATERIA	Contenciosa – Seguridad social.	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS		
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	<ul style="list-style-type: none"> - Derechos a las garantías judiciales. - A la protección judicial. - A la seguridad social. - A la integridad personal. - A la dignidad. - A la propiedad privada. - El deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos (artículos 8.1, 25.1, 25.2.c), 26, 5, 11.1, 21, 1.1 y 2 de la Convención Americana. 	

	- <i>Derecho a la tutela judicial efectiva en la ejecución de sentencias y privatización de empresas.</i>
TIPO DE PROCEDIMIENTO	General de la Corte.
REQUIRENTE	Oscar Muelle Flores.
REQUERIDO	República del Perú.
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	<p><i>“Cinco Pensionistas” Vs. Perú y Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, también relacionados con temas previsionales, ya ha establecido que el incumplimiento por parte del Estado de sentencias judiciales que ordenan el pago de pensiones, así como la falta de ejecución de estas, vulnera el derecho a la protección judicial (artículos 25.1 y 25.2.c) y el derecho a la propiedad (artículo 21).</i></p> <p>Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala</p>
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	<p>DECIDE, Por unanimidad, 1. Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado sobre la alegada falta de agotamiento de los recursos internos. Por 4 votos a favor y 2 en contra. 2. Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado sobre la alegada falta de competencia en razón de la materia y justiciabilidad directa del artículo 26 de la Convención.</p> <p>Disienten los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Antonio Sierra Porto.</p> <p>DECLARA, Por unanimidad, que 3. El Estado es responsable por la violación del derecho a la tutela judicial efectiva y protección judicial, establecidos en los artículos 25.1 y 25.2.c) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, así como el artículo 2 de la</p>

	<p>Convención Americana, en perjuicio del señor Oscar Muelle Flores.</p> <p>Por unanimidad,</p> <p>4. El Estado es responsable de la violación al plazo razonable reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Oscar Muelle Flores.</p> <p>Por 4 votos a favor y 2 en contra,</p> <p>5. El Estado es responsable por la violación del derecho a la seguridad social, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 5, 8.1, 11.1, 25.1, 25.2.c) y 1.1 del mismo instrumento, así como del artículo 2 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Oscar Muelle Flores.</p> <p>Disienten los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Antonio Sierra Porto.</p> <p>Por 4 votos a favor y 2 en contra,</p> <p>6. El Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 21.1 y 21.2, en relación con los artículos 25.1, 25.2.c), 26 y 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Oscar Muelle Flores.</p> <p>Disienten los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Antonio Sierra Porto.</p> <p>Y DISPONE,</p> <p>Por unanimidad, que:</p> <p>7. Esta Sentencia constituye por sí misma una forma de reparación.</p> <p>8. El Estado debe dar cumplimiento a las sentencias internas adoptadas en favor de la víctima y garantizar de manera efectiva el pago de la pensión del señor Oscar Muelle Flores, en un plazo máximo de seis meses contados a partir de la notificación del presente Fallo, así como mantener el pago provisional de la misma y el</p>
--	--

	<p>acceso al seguro social de salud, de conformidad con lo establecido en los párrafos 230 a 236 de la presente Sentencia.</p> <p>9. El Estado debe realizar, en un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, las publicaciones indicadas en el párrafo 239 de la Sentencia, en los términos dispuestos en el mismo.</p> <p>10. El Estado debe pagar en los plazos establecidos, las cantidades fijadas en los párrafos 251, 259, 267 y 274 de la presente Sentencia por concepto de indemnizaciones compensatorias así como por el reintegro de gastos.</p> <p>11. El Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso.</p> <p>12. El Estado debe rendir al Tribunal un informe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.</p> <p>13. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. El Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot dio a conocer a la Corte su voto individual razonado, y los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Sierra Porto hicieron conocer sus votos individuales parcialmente disidente, el cual acompaña esta Sentencia.</p>
--	--

<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>El caso se relaciona con la alegada violación del derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia del incumplimiento, durante 24 años, de una sentencia judicial a favor del señor Muelle Flores en el marco de un recurso de amparo en el que se ordenó su reincorporación al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20.530</p> <p>La Comisión determinó que el Estado peruano incurrió en responsabilidad internacional, en primer lugar, debido a que sus propias autoridades incumplieron el fallo judicial favorable al señor Muelle y, en segundo lugar, debido a la ineffectividad de los mecanismos judiciales activados posteriormente para lograr dicho cumplimiento. Asimismo, la Comisión declaró que los hechos del presente caso constituyeron una violación a la garantía de plazo razonable y al derecho a la propiedad privada, pues las pensiones niveladas conforme al Decreto referido, entraron al patrimonio del señor Muelle Flores mediante la decisión judicial que le fue favorable, pero no ha podido ejercer tal derecho.</p> <p>La Corte concluye que el Estado del Perú es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la seguridad social, a la integridad personal, a la dignidad, y a la propiedad privada, reconocidos en los artículos 8.1, 25.1, 25.2.c), 26, 5, 11.1, 21.1, y 21.2 de la Convención Americana, respectivamente, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de Oscar Muelle Flores. Asimismo, el Estado es responsable por la violación de su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, recogido en el artículo 2 de la Convención Americana, en perjuicio de Oscar Muelle Flores.</p> <p>La Corte Considera interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como de su compatibilidad con el objeto y fin de la Convención, que es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Corresponderá, en cada caso concreto que requiera un análisis de DESCAs, determinar si de la Carta de la OEA se deriva</p>
---	--

	<p>explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección”.</p> <p>La Corte se pronunciará por primera ocasión respecto del derecho a la seguridad social, en particular sobre el derecho a la pensión, de manera autónoma, como parte integrante de los DESCAs y para tal efecto seguirá el siguiente orden: a) el derecho a la seguridad social como derecho autónomo y justiciable; b) el contenido del derecho a la seguridad, y c) la afectación del derecho a la seguridad social en el presente caso.</p> <p>En el ámbito universal, el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “[t]oda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la Cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. De igual forma, el artículo 25 destaca que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado [...] y a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. Por su parte, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) también reconoce “el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.</p> <p>En el caso particular, es preciso resaltar las obligaciones del Estado en relación con el artículo 26 de la Convención en el marco del proceso de privatización. La privatización de Tintaya S.A. se dio en el marco de la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado (<i>supra</i> párr. 57), y si bien aquella no está prohibida por la Convención Americana, puede generar diversos efectos en los derechos de sus trabajadores o personas jubiladas, como fue el caso del señor Muelle Flores. Como señaló el perito Christian Courtis “la</p>
--	--

	<p>privatización no releva al Estado de sus obligaciones en materia de derechos humanos, y obliga al Estado a guardar la debida diligencia para evitar que la transferencia de una empresa pública al sector privado afecte los derechos de actores vinculados con la empresa, como trabajadores, titulares del derecho a la seguridad social y usuarios. Como recuerda el Comité DESC, ‘las obligaciones de proteger el derecho al trabajo incluyen, entre otras, los deberes de los Estados Partes de [...] garantizar que las medidas de privatización no socaven los derechos de los trabajadores’. El mismo criterio es aplicable al derecho a la seguridad social y a otros derechos sociales”.</p> <p>Respecto a esto último, si bien el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Comité DESC”) ha señalado la importancia de la adopción de medidas que garanticen que la privatización no socave los derechos de sus trabajadores, como “obligaciones de protección” de los Estados, la Corte considera que en el marco de las obligaciones generales de respeto y garantía de la Convención, así como la de adoptar disposiciones de derecho interno, los Estados también tienen la obligación de adoptar medidas para evitar que las privatizaciones generen efectos en detrimento de los derechos de sus pensionistas. Ello, debido al carácter alimenticio y a la especial importancia que tiene la pensión de vejez en la vida de una persona jubilada, ya que podría constituir el único monto sustitutivo de salario que reciba en su vejez para suplir sus necesidades básicas de subsistencia. La pensión, y en general la seguridad social, constituyen un medio de protección para gozar de una vida digna. Las pensiones de vejez son de por sí, otorgadas a personas mayores, quienes, en algunos supuestos, como en el del señor Muelle Flores, se encuentran en una situación de vulnerabilidad. En efecto, el Comité DESC en su Observación General No. 6 sobre personas mayores, señaló que “[...] era de la opinión que los Estados Partes en el Pacto estaban obligados a prestar especial</p>
--	--

	atención al fomento y protección de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad.
CARACTERISTICAS DE LA VOTACION	Sin votos particulares



SENTENCIA CIDH

CASO CUSCUL PRIVARAL Y OTROS VS GUATEMALA

TRIBUNAL	Corte Interamericana de Derechos Humanos	
FECHA (ingreso y fallo)	26 de agosto de 2003 (petición a la comisión) 2 de diciembre de 2016 (sometido a la corte)	23 de agosto del año 2018
MATERIA	Contenciosa – Derecho a la Salud – Vida.	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	<ul style="list-style-type: none"> - El derecho a la salud como un derecho autónomo y justiciable - La violación al principio de progresividad en materia de derecho a la salud - La afectación del derecho a la vida y a la integridad personal 	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos (artículos 26, 4, 5 y 1.1 de la Convención Americana). - Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los 	

	<p>derechos (artículos 8, 25 y 1.1 de la Convención Americana).</p> <ul style="list-style-type: none"> - Derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas (artículos 5 y 1.1 de la convención americana).
TIPO DE PROCEDIMIENTO	General de la Corte
REQUIRENTE	<p>Luis Rolando Cuscul Pivaral, Luis Armando Linares Ruano, Facundo Gómez Reyes, Marta Alicia Maldonado Paz, Miguel Lucas Vaíl, Ingrid Barillas Martínez, Jorge Armando Tavares Barreno, Melvin Yovani Ajtun Escobar, Mardo Luis Hernández y Hernández, Alberto Quiché Cuxeve, Teresa Magdalena Ramírez Castro, Rita Dubón Orozco y Dora Marina Martínez Sofoifa.</p> <p>15 personas fallecidas 34 personas con vida.</p>
REQUERIDO	Guatemala
HERRAMIENTAS DE INTERPRETACION	<p>Interpretación sistemática Interpretación teleológica</p> <p>La Corte advierte que una interpretación literal, sistemática y teleológica permite concluir que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Los alcances de estos derechos deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana, por lo que están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de este Tribunal en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento. Esta conclusión se fundamenta no sólo en cuestiones formales, sino que resulta de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como de su compatibilidad con el objeto y fin de la Convención, que es la protección de los derechos fundamentales de los seres</p>

	<p>humanos. Corresponderá, en cada caso concreto que requiera un análisis de DESCAs, determinar si de la Carta de la OEA se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección.</p>
<p>SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL</p>	
<p>NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA</p>	<p>DECIDE,</p> <p>Por cuatro votos a favor y uno en contra, que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El Estado es responsable por la violación del derecho a la salud, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las 49 personas listadas como víctimas en el Anexo 2 adjuntado a la presente sentencia. 2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la salud, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de 43 personas listadas como víctimas en el Anexo 2 adjuntado a la presente Sentencia. 3. El Estado es responsable por la violación de la prohibición de discriminación en relación con la obligación de garantizar el derecho a la salud, reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de 2 personas listadas como víctimas en el Anexo 2 adjuntado a la presente Sentencia. 4. El Estado es responsable por la violación al principio de progresividad, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

Por unanimidad, que:

5. El Estado es responsable por la violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana, en relación con los artículos 26 y 1.1 de la misma, en perjuicio de 12 personas listadas como víctimas en el Anexo 2 adjuntado a la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 155 a 159 de esta Sentencia.

6. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con los artículos 26 y 1.1 de la misma, en perjuicio de 46 personas listadas como víctimas en el Anexo 2 adjuntado a la presente Sentencia.

Por cuatro votos a favor y uno en contra, que:

7. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de 13 personas listadas como víctimas en el Anexo 2 adjuntado a la presente Sentencia.

8. El Estado es responsable por la violación a la garantía del plazo razonable, reconocida en el artículo 8 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de 13 personas listadas como víctimas en el Anexo 2 adjuntado a la presente Sentencia.

Por unanimidad, que:

9. El Estado es responsable por la violación a la integridad personal, reconocida en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares de las víctimas listados como familiares en el Anexo 2 adjuntado a la presente Sentencia

Y DISPONE:

Por unanimidad, que:

	<p>10. Esta Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación.</p> <p>11. El Estado debe, dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta Sentencia, realizar las publicaciones indicadas en los párrafos 217 y 218 de la presente Sentencia y, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, realizar el acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y otorgar las becas de estudio.</p> <p>12. El Estado debe brindar, a través de sus instituciones de salud, la atención médica psicológica de manera gratuita e inmediata a las víctimas y sus familiares, en el modo y plazo fijado en los párrafos 210, 212 y 213 de la presente Sentencia.</p> <p>13. El Estado debe garantizar, a través de sus instituciones de salud, que la atención médica se otorgue en la clínica más cercana al lugar de residencia de las víctimas, y que asuma los costos de traslado de aquellas que se encuentren alejadas.</p> <p>14. El Estado debe implementar mecanismos de fiscalización y supervisión de los servicios de salud, mejorar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de las prestaciones de salud para personas que viven con el VIH, garantizar la provisión de antirretrovirales y la demás medicación indicada a toda persona afectada, ofrecer a la población las pruebas diagnósticas para detección del VIH, implementar un programa de capacitación para funcionarios del sistema de salud, garantizar tratamiento médico adecuado a mujeres embarazadas que viven con el VIH, y realizar una campaña nacional de concientización y sensibilización.</p> <p>15. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 234, 239 y 243 de la presente Sentencia, por concepto de compensación por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos.</p>
--	--

	<p>16. El Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso.</p> <p>17. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.</p> <p>18. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.</p> <p>El Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot dio a conocer a la Corte su voto individual concurrente, al que se adhieron la Jueza Elizabeth Odio Benito y el Juez Patricio Pazmiño Freire. El Juez Humberto Antonio Sierra Porto dio a conocer a la Corte su voto individual parcialmente disidente.</p>
<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>El presente caso hace referencia a 34 personas que actualmente viven con el Virus de Inmuno-Deficiencia Humana (en adelante también “VIH”) en Guatemala, 15 personas que vivieron con esta condición pero que han fallecido y sus familiares. Las violaciones alegadas por la Comisión en su Informe de Fondo ocurrieron por la falta total de atención médica a dicho grupo de personas previo a los años 2006-2007, por la deficiente atención médica recibida con posterioridad a esos años, y por la falta de protección judicial. En atención a lo anterior, en el presente apartado se expondrán los principales hechos del caso en el siguiente orden: a) situación del VIH/SIDA en Guatemala, b) la individualización de las presuntas víctimas y sus familiares, y c) los recursos y acciones interpuestas por las presuntas víctimas.</p> <p>La Corte recuerda que el presente caso se refiere a 49 personas que viven o vivieron con el VIH en Guatemala</p>

y sus familiares. De estas personas, 15 ya fallecieron, 34 siguen con vida, y algunos de sus familiares fueron considerados como presuntas víctimas por la Comisión en su Informe de Fondo. Es un hecho probado que las 49 presuntas víctimas fueron diagnosticadas con el VIH al menos entre los años 1992 y 2004, y que la mayoría de ellas no recibió atención médica estatal previo al año 2004. Asimismo, ha quedado demostrado que algunas de ellas tenían una o varias de las siguientes condiciones: contrajeron enfermedades oportunistas y en algunos casos fallecieron por causa de estas enfermedades, eran personas de escasos recursos, eran madres o padres que eran el sustento económico y/o moral de sus familias, contaban con baja escolaridad, los efectos de su condición como personas que viven con el VIH no les permitió realizar la misma actividad previa a su contagio, vivían en zonas alejadas de las clínicas donde debían recibir atención médica, y eran mujeres embarazadas. En consideración a esto, el Tribunal analizará y resolverá el fondo de la controversia.

B.1. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Al respecto, la Corte advierte que el principal problema jurídico planteado por las partes en el presente caso se relaciona con los alcances del derecho a la salud entendido como un derecho autónomo que deriva del artículo 26 de la Convención Americana, y con la competencia de este Tribunal para pronunciarse por violaciones a este derecho sobre la base de los artículos 6260 y 6361 de la Convención. En este sentido, los alegatos de la Comisión y de los representantes siguen la aproximación adoptada por este Tribunal desde el caso *Lagos del Campo Vs. Perú*, y que ha sido continuada en decisiones posteriores. En efecto, esta aproximación representó un cambio en la jurisprudencia de la Corte respecto a casos previos donde la Comisión o los representantes alegaban violaciones a los DESCAs, los cuales eran analizados por conexidad con

	<p>algún derecho civil o político. Al respecto, la Corte recuerda que ya en el caso <i>Poblete Vilches y otros Vs. Chile</i> señaló lo siguiente:</p> <p>Así, resulta claro interpretar que la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención; particularmente, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna. Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte ha recurrido al corpus iuris internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho.</p> <p>En atención a lo anteriormente señalado, y debido a la importancia que esta cuestión tiene para la seguridad jurídica en el Sistema Interamericano, la Corte considera pertinente precisar el cambio jurisprudencial en la materia a través de una interpretación del artículo 26 de la Convención y de su relación con los artículos 1.1, 2, 62 y 63 del mismo instrumento.</p> <p>75. La Corte procederá a interpretar el artículo 26 de la Convención y su relación con los artículos 1.1, 2, 62 y 63 de la Convención Americana, para así determinar lo siguiente: i) si el artículo 26 reconoce derechos, ii) cuál es el alcance de las obligaciones para los Estados en relación con esos derechos, y iii) si la Corte tiene competencia para analizar violaciones a dichos derechos. Para ello, el Tribunal recurrirá a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante también “Convención de Viena”), la cual recoge la regla general y consuetudinaria de interpretación de los tratados internacionales, que</p>
--	---

implica la aplicación simultánea y conjunta de la buena fe, el sentido corriente de los términos empleados en el tratado de que se trate, el objeto de estos y el objeto y fin de aquel. Por ello, como es su jurisprudencia constante, la Corte hará uso de los métodos de interpretación estipulados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena para llevar a cabo dicha interpretación. Asimismo, la Corte utilizará, en lo pertinente, las normas de interpretación que se desprenden del artículo 29 de la Convención Americana.

Al respecto, la Corte coincide con la interpretación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "CDESC") sobre el alcance y naturaleza del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "PIDESC"). Dicho artículo establece el compromiso de los Estados "a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, 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". El CDESC ha interpretado que si bien el PIDESC contempla una realización paulatina de los derechos reconocidos por dicho tratado, y que tiene en cuenta las restricciones de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De igual forma, el mismo Comité estableció que el concepto de "progresiva efectividad" constituye un reconocimiento de que la efectividad de dichos derechos se logrará con el paso del tiempo, sin embargo también señaló que:

El hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de

	<p>todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.</p> <p>En ese sentido, este Tribunal ha establecido que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial que controvierte derechos constitucionales no puede reducirse a una mera formalidad y omitir argumentos de las partes, ya que debe examinar sus razones y manifestarse sobre ellas conforme a los parámetros establecidos por la Convención Americana. En el presente caso, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a un recurso judicial efectivo por no pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada por las 13 presuntas víctimas y por no verificar si la medida adoptada por el Presidente fue adecuada para remediar el acto reclamado. Asimismo, la Corte considera que la Corte de Constitucionalidad incumplió su deber de motivar adecuadamente su sentencia. En consecuencia, el Estado es responsable por la violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.</p>
CARACTERISTICAS DE LA VOTACION	Sin votos particulares



SENTENCIA CIDH

CASO POBLETE VILCHES Y OTROS VS CHILE

TRIBUNAL	Corte Interamericana de Derechos Humanos	
FECHA (ingreso y fallo)	15 de mayo de 2002 (petición) 26 de agosto de 2016 (sometido a la corte).	8 de marzo del año 2018.

MATERIA	Contencioso - Derecho a la salud, vida, integridad y acceso a información.
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	<ul style="list-style-type: none"> - Relativos a la vida y a la integridad personal - Relativos al consentimiento informado en materia de salud y acceso a la información - Derecho a la salud
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	<ul style="list-style-type: none"> - Derechos a la salud, vida, integridad y acceso a la información (artículos 26, 1.1, 4, 5, 13, 7 y 11 de la convención americana). - Derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8 y 25 de la convención americana). - Derecho a la integridad personal de los familiares (artículo 5.1 de la convención americana).
TIPO DE PROCEDIMIENTO	General de la Corte Interamericana.
REQUIRENTE	Vinicio Antonio Poblete Vilches El señor Poblete Vilches nació el 22 de mayo de 1924 y al momento de su muerte, el 7 de febrero de 2001, tenía 76 años. El señor Poblete Vilches vivía junto con su esposa, Blanca Tapia Encina y sus tres hijos: Cesia Leila Siria Poblete Tapia, Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia y Gonzalo Poblete Tapia.
REQUERIDO	Chile
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	Sentencia del caso <i>Lagos del Campo Vs. Perú</i> , la Corte desarrolló y concretó por primera vez una condena específica en forma autónoma del artículo 26 de la Convención Americana, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado. Así, este Tribunal reiteró su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados. Asimismo, la Corte reiteró la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto

	<p>que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.</p>
<p>NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA</p>	<p>DECIDE, Por unanimidad, que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Aceptar el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado. <p>DECLARA: Por unanimidad, que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la salud, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vinicio Poblete Vilches. 3. El Estado es responsable por la violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana, en relación con los artículos 26 y 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vinicio Poblete Vilches. 4. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con los artículos 26 y 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vinicio Poblete Vilches. 5. El Estado es responsable por la violación del derecho a obtener un consentimiento informado y acceso a la información en materia de salud, de conformidad con los artículos 26, 13, 7 y 11 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vinicio Poblete Vilches y de sus familiares. 6. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de sus familiares Blanca Tapia Encina,

	<p>Gonzalo Poblete Tapia, Vinicio Marco Poblete Tapia y Cesia Poblete Tapia.</p> <p>7. El Estado es responsable por la violación a la integridad personal, reconocida en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de sus familiares Blanca Tapia Encina, Gonzalo Poblete Tapia, Vinicio Marco Poblete Tapia y Cesia Poblete Tapia.</p> <p>8. El Estado no es responsable por la violación del derecho a la seguridad social, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, ni del derecho a la imparcialidad judicial, de conformidad con el artículo 8 de la misma-.</p> <p>Y DISPONE: Por unanimidad, que:</p> <p>9. Esta Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación.</p> <p>10. El Estado debe, dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta Sentencia, realizar las publicaciones.</p> <p>11. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad.</p> <p>12. El Estado debe brindar, a través de sus instituciones de salud, la atención médica psicológica de manera gratuita e inmediata a las víctimas, en el modo y plazo fijado en el párrafo 231 de la presente Sentencia.</p> <p>13. El Estado debe implementar, en un plazo de un año, programas permanentes de educación en derechos humanos.</p> <p>Por cuatro votos a favor y uno en contra, que:</p>
--	---

14. El Estado debe informar al Tribunal, en el plazo de un año, sobre los avances que ha implementado en hospital de referencia.

15. El Estado debe fortalecer el Instituto Nacional de Geriátrica y su incidencia en la red hospitalaria, de conformidad con lo establecido en el párrafo 239 de esta Sentencia, así como diseñar una publicación o cartilla que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud, de conformidad con lo establecido en el párrafo 240 de esta Sentencia.

16. El Estado debe adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores, en los términos referidos en el párrafo 241 de esta Sentencia.

Disiente el juez Humberto Antonio Sierra Porto.

Por unanimidad, que:

17. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 247, 249, 252, 253 y 259 de la presente Sentencia, por concepto de compensación por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos.

18. El Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso.

19. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

20. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

	<p>El juez Humberto Sierra Porto hizo conocer su voto individual parcialmente disidente, el cual acompaña esta Sentencia.</p>
<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>El presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por la atención brindada en el Hospital público Sótero del Río al señor Poblete Vilches, quien era una persona mayor. Durante su primer ingreso se le practicó una intervención, presuntamente cuando el paciente se encontraba inconsciente, sin el consentimiento de la familia. Además, se alegó que se le habría dado de alta de manera temprana, y durante su segundo ingreso se le habría negado el tratamiento que requería, derivando posteriormente en su fallecimiento en el mismo hospital. Además, el caso se relaciona con las investigaciones y acciones judiciales que se realizaron para esclarecer su muerte y, en su caso, deslindar las responsabilidades correspondientes, así como las posibles afectaciones que sufrieron sus familiares. En vista de lo anterior, y tomando en cuenta el reconocimiento parcial de responsabilidad del Estado, corresponde a la Corte determinar el alcance de las violaciones acreditadas.</p> <p>La Corte recuerda que en el caso concreto se presentaron dos ingresos al Hospital público Sótero del Río. Respecto del primero, el señor Poblete Vilches ingresó al hospital el 17 de enero de 2001 a causa de una insuficiencia respiratoria grave. Allí estuvo durante cuatro días hospitalizado en la unidad de cuidados intensivos médica. El 22 de enero de 2001 ingresó a la Unidad de Cuidados Intensivos Quirúrgica (<i>supra</i> párr. 43). El 2 de febrero de 2001 fue dado de alta y sus familiares tuvieron que contratar una ambulancia privada para trasladarlo a su domicilio, ya que el hospital no contaba con ambulancias disponibles (<i>supra</i> párr. 49). Sobre el segundo ingreso, el 5 de febrero fue nuevamente ingresado al hospital Sotéro del Río, donde permaneció en unidad de cuidados intermedia, no obstante la ficha médica disponía su internación en sala de cuidados intensivos (<i>supra</i> párr. 51). El señor Poblete Vilches necesitaba de un respirador mecánico,</p>

pero ésta asistencia no fue prestada. El señor Poblete Vilches falleció el día 7 de febrero de 2001. En el presente caso la Corte no encuentra que esté en discusión la faceta progresiva de las obligaciones estatales en materia del derecho a la salud (*supra* párr. 88), lo cual tampoco fue alegado por las representantes (*supra* párr. 87). Corresponde a la Corte valorar las alegadas acciones u omisiones del Estado frente a la prestación de medidas de carácter básico e inmediato (*supra* párr. 104), a fin de tutelar la salud del señor Poblete Vilches, por lo que delimitará su análisis de fondo al alcance de dicha obligación en el caso concreto, y a la luz de las obligaciones reconocidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

Conclusión general sobre el derecho a la salud

174. Tomando en cuenta las consideraciones expuestas, esta Corte verificó que: i) el derecho a la salud es un derecho autónomo protegido por el artículo 26 de la Convención Americana; ii) este derecho en situaciones de urgencia exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios de salud, brindando los servicios necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad; iii) las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección respecto de servicios de salud de prevención y urgencia; iv) a fin de que se impute la responsabilidad del Estado por muertes médicas es necesario que se acredite la negación de un servicio esencial o tratamiento pese a la previsibilidad del riesgo que enfrenta el paciente, o bien una negligencia médica grave, y que se corrobore un nexo causal entre la acción y el daño. Cuando se trata de una omisión se debe verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso; v) la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración de la integridad personal; y vi) el

	<p>consentimiento informado es una obligación a cargo de las instituciones de salud, las personas mayores ostentan la titularidad de éste derecho, sin embargo, se puede transferir bajo ciertas circunstancias a sus familiares o representantes. Asimismo, persiste el deber de informar a los pacientes o, en su caso cuando proceda, a sus representantes sobre los procedimientos y condición del paciente.</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>VOTO CONCURRENTES DEL JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO</p> <p>El voto se centra en el análisis de fondo que realizó la Corte acerca de la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a la salud, vida, integridad personal y acceso a la información. En concreto, explicaré las razones por las que me sumé al voto de la mayoría en la declaración de responsabilidad internacional por la violación al derecho a la salud (<i>supra</i>, párr. 143), y realizaré algunas reflexiones acerca del análisis que la Corte hace sobre violaciones a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, también “DESCA”) sobre la base del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, también “la Convención”).</p> <p>es importante recordar que la utilización de normas externas a la Convención para su interpretación debe operar sobre una serie de presupuestos sobre el valor normativo que tienen tanto las normas y principios que son interpretados (por ejemplo, la Convención), como aquellas que se utilizan como parámetros de interpretación (por ejemplo, la Declaración Americana). Es decir, la interpretación que hace la Corte no es –ni debe ser– absolutamente libre, sino que se debe realizar en el marco de lo previsto por reglas secundarias de derecho internacional que determinan la obligatoriedad de las fuentes del derecho y la manera en que estas deben ser interpretadas (como lo es el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). La Corte Interamericana es</p>

	<p>un tribunal internacional y, por tanto, es razonable asumir que se comporte como tal. Esta labor será especialmente relevante en la medida en que la Corte comience a “desarrollar” el contenido de los DESCAs a la luz de la interpretación que ha seguido desde el caso <i>Lagos del Campo</i> y con la que he manifestado mi desacuerdo.</p>
--	--



SENTENCIA CIDH

CASO PUEBLOS KALIÑA Y LONKO VS SURINAM

TRIBUNAL	Corte Interamericana de Derechos Humanos	
FECHA (ingreso y fallo)	16 de febrero de 2007 (petición a la comisión) 28 de enero de 2014 (sometimiento ante la corte)	25 DE NOVIEMBRE DE 2015
MATERIA	Contencioso – Personalidad jurídica	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	<ul style="list-style-type: none"> - Interpretación del derecho a la propiedad colectiva y participación en asuntos públicos de los pueblos indígenas en el presente caso - El derecho a la propiedad colectiva y el deber de delimitar, demarcar, titular y garantizar el uso y goce del territorio colectivo - derecho a solicitar la reivindicación del territorio ante la existencia de títulos individuales a favor de terceros no indígenas ni tribales - El derecho de acceso a la información en relación con el artículo 25 de la Convención Americana 	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3) en relación con los artículos 1.1, 2, 21 y 25 de la convención americana sobre derechos humanos-. 	

	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho a la propiedad colectiva (artículo 21) y derechos políticos (artículo 23) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la convención americana. - Derecho a la protección judicial (artículo 25) en relación con los artículos 13, 1.1 y 2 de la convención americana.
TIPO DE PROCEDIMIENTO	General de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
REQUIRENTE	Pueblos indígenas Kaliña y Lokono.
REQUERIDO	Surinam.
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	<i>Pueblo Saramaka Vs. Surinam</i> , con fundamento en los alegatos expuestos por las partes y la Comisión, la Corte analizó las disposiciones establecidas en los artículos 1386, 1387, 1388, 1392 y 1393 del Código Civil; el Decreto de Minería (Decreto E 58) de 8 de mayo de 1986, y el artículo 41.1.b de la Ley de Gestión Forestal de 1992, en aras de determinar si mediante dicha normativa resultaba posible reparar adecuadamente las presuntas violaciones a los derechos de propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	<p>DECLARA,</p> <p>Por seis votos a favor y uno en contra, que</p> <p>1. El Estado es responsable por la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, contemplado en el artículo 3 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 2, 21 y 25 de la misma, en perjuicio de los Pueblos Kaliña y Lokono y sus miembros.</p> <p>Disiente el Juez Pérez Pérez.</p> <p>Por seis votos a favor y uno en contra, que</p> <p>2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad colectiva y los derechos políticos, reconocidos en los artículos 21 y 23 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la</p>

	<p>misma, en perjuicio de los Pueblos Kaliña y Lokono y sus miembros.</p> <p>3. El Estado es responsable por la violación del derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 2 y 13 de la misma, en perjuicio de los Pueblos Kaliña y Lokono y sus miembros.</p> <p>Disiente el Juez Pérez Pérez.</p> <p>Y DISPONE,</p> <p>Por unanimidad, que:</p> <p>4. Esta Sentencia constituye por sí misma una forma de reparación.</p> <p>5. El Estado deberá otorgar a los Pueblos Kaliña y Lokono el reconocimiento legal de la personalidad jurídica colectiva.</p> <p>6. El Estado deberá delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio tradicional a los miembros de los Pueblos Kaliña y Lokono, así como garantizar su uso y goce efectivo, tomando en cuenta los derechos que asisten a otros pueblos tribales en la zona.</p> <p>7. El Estado deberá, a través de sus autoridades competentes, establecer la manera como se protegerán los derechos territoriales de los Pueblos Kaliña y Lokono en caso de que las tierras reclamadas sean propiedad del Estado o de terceros.</p> <p>8. El Estado deberá adoptar las medidas adecuadas para que se garantice el acceso, uso y participación efectiva en favor de los Pueblos Kaliña y Lokono en las reservas naturales de Galibi y Wane Kreek</p> <p>9. El Estado deberá adoptar las medidas necesarias para que no se lleven a cabo actividades que puedan afectar su territorio tradicional, en particular en la reserva de Wane Kreek, mientras no se garanticen los</p>
--	---

	<p>proceso referidos para la participación efectiva de los Pueblos Kaliña y Lokono.</p> <p>10. El Estado deberá implementar las acciones suficientes y necesarias con el fin de rehabilitar la zona afectada en la Reserva Natural de Wane Kreek.</p> <p>11. El Estado deberá crear un fondo de desarrollo comunitario a favor de los miembros de los Pueblos Kaliña y Lokono.</p> <p>12. El Estado deberá poner en marcha los mecanismos necesarios de coordinación entre instituciones con el fin de velar por la efectividad de las medidas antes dispuestas, dentro del plazo de tres meses a partir de la notificación del Fallo.</p> <p>13. El Estado deberá adoptar las medidas necesarias con el fin de reconocer la personalidad jurídica colectiva de los pueblos indígenas y tribales en Surinam.</p> <p>14. El Estado deberá adoptar todas las medidas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de los territorios de los pueblos indígenas y tribales en Surinam.</p> <p>15. El Estado deberá adoptar las medidas necesarias para crear o adecuar sus recursos internos con el fin de garantizar de manera efectiva el acceso a la justicia de los pueblos indígenas y tribales de manera colectiva.</p> <p>16. El Estado deberá adoptar las medidas necesarias con el fin de garantizar: a) procesos efectivos de participación efectiva para los pueblos indígenas y tribales en Surinam; b) la realización de estudios de impacto ambiental y social, y c) la repartición de beneficios, de ser el caso.</p>
--	---

	<p>17. El Estado deberá implementar los programas o cursos permanentes relacionados con los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales.</p> <p>18. El Estado deberá realizar las publicaciones y transmisión radial.</p> <p>19. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en el párrafo 323 de la presente Sentencia por concepto de reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.</p> <p>20. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.</p> <p>21. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Los jueces, Humberto Antonio Sierra Porto y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, hicieron conocer a la Corte su voto concurrente conjunto, y el juez Alberto Pérez Pérez su voto parcialmente disidente, los cuales acompañan esta Sentencia.</p>
<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>El presente caso se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado por una serie de violaciones de los derechos de los miembros de ocho comunidades de los pueblos indígenas Kaliña y Lokono del Río Bajo Marowijne, en Surinam. Específicamente, por la ausencia, hasta la fecha, de un marco normativo que reconozca la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, por lo que esta no ha sido reconocida en favor de los Pueblos Kaliña y Lokono hasta la actualidad. Asimismo, el Estado no ha establecido las bases normativas que permitan un reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las tierras,</p>

territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas Kaliña y Lokono. Esta falta de reconocimiento ha sido acompañada por la emisión de títulos de propiedad individuales a favor de personas no indígenas; el otorgamiento de concesiones y licencias para la realización de operaciones mineras, y el establecimiento y continuidad de tres reservas naturales en parte de sus territorios ancestrales. Las violaciones del derecho a la propiedad colectiva derivadas de esta situación continúan hasta la fecha. Además, ni el otorgamiento de concesiones y licencias mineras ni el establecimiento y permanencia hasta el día de hoy de reservas naturales, han sido sometidos a procedimiento alguno de consulta dirigido a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los Pueblos Kaliña y Lokono. Todos estos hechos han tenido lugar en un contexto de falta de protección judicial y en un marco de desprotección normativa, debido a que en Surinam no existen recursos efectivos para que los pueblos indígenas puedan exigir sus derechos.

309. En vista de las violaciones acreditadas, el Tribunal dispone que el Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos obligatorios permanentes que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en materias relacionadas con los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales, en particular, con el respeto, protección y garantía del derecho a la propiedad colectiva. Estos cursos deberán dirigirse a autoridades encargadas de la administración de justicia y a aquellos otros cuyas funciones estén relacionadas con dicha temática, como parte de la formación general y continua de los funcionarios en sus respectivas instituciones, en todos los niveles jerárquicos.

En vista de lo anteriormente señalado, el Tribunal concluye que las disposiciones internas antes mencionadas no proporcionaron recursos legales

	<p>adecuados y efectivos para proteger a los miembros de los Pueblos Kaliña y Lokono contra actos que violan su derecho a la propiedad, los procedimientos judiciales y las peticiones interpuestas no resultaron efectivas para tal efecto, y el Estado no otorgó la información solicitada por los representantes ni fundamentó la imposibilidad de entrega de la misma. Por ello, el Estado es responsable por la violación del derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 2 y 13 del mismo instrumento.</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>VOTO CONCURRENTE CONJUNTO DE LOS JUECES HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Y EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT</p> <p>i) sobre las garantías a la propiedad colectiva frente a la concesión minera dentro de la Reserva Natural Wane Kreek, particularmente respecto del derecho a la participación efectiva a través de un proceso de consulta, y ii) sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de manera colectiva.</p> <p>Por lo anterior, quienes suscribimos este voto destacamos los desarrollos antes mencionados en relación con el derecho a la participación efectiva a través de un proceso de consulta, la cual debe ser entendida a la luz de la jurisprudencia constante de esta Corte, y en el caso particular, a la luz del derecho a la participación en la dirección de los asuntos públicos, reconocido en el artículo 23 de la Convención Americana.</p> <p>22. Asimismo, en relación con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana, ha sido interpretado destacando la relevancia de la dimensión colectiva de los pueblos indígenas y tribales. Lo anterior, en consonancia con la acertada interpretación que esta Corte ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia en la materia, en el sentido de reconocer que los derechos de los pueblos indígenas y tribales se</p>

	<p>dotan de características singulares relacionadas con sus formas particulares de vida, tradiciones, cosmovisión y cultura, las cuales también se encuentran protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos.</p> <p>VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ ALBERTO PÉREZ PÉREZ</p> <p>No corresponde declarar que se han violado los artículos 3, 13 y 23 de la Convención Americana;</p> <p><i>i)</i> Basta con declarar que se han violado los artículos 21 (derecho a la propiedad privada comunal), con los consiguientes derechos al reconocimiento de la personería jurídica y a la consulta y a la identidad cultural y 25 (derecho a la protección judicial) de la Convención Americana.</p>
--	--



SENTENCIA CIDH

CASO COMUNIDAD GARIFUNA TRIUNFO DE LA CRUZ Y SUS MIEMBROS VS HONDURAS

TRIBUNAL	Corte Interamericana de Derechos Humanos	
FECHA (ingreso y fallo)	29 de octubre de 2003 (Sometimiento a la Corte)	8 DE OCTUBRE DE 2015
	21 de febrero de 2013 (sometimiento a la Corte)	
MATERIA	Contencioso - Derecho a la propiedad colectiva	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	El derecho a la vida (artículo 4 de la convención en relación con el artículo 1.1).	

	Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8.1 y 25 de la convención en relación con los artículos 1.1 y 2)-
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	Derecho a la propiedad colectiva (artículo 21 de la convención en relación con los artículos 1.1 y 2) Deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la convención, en relación con los artículos 1.1, 21, 8 y 25).
TIPO DE PROCEDIMIENTO	General de la Corte.
REQUIRENTE	Oscar Brega, Jesús Álvarez Roche, Jorge Castillo Jiménez Y Julio Alberto Morales.
REQUERIDO	Honduras.
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	DECLARA, por unanimidad, que: 1. El Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad colectiva, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros, en los términos de los párrafos 99 a 182 de la presente Sentencia. 2. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros, en los términos de los párrafos 226 a 253 de la presente Sentencia. 3. El Estado es responsable por la violación de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, establecida en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 21, 8 y 25 de la misma, en perjuicio de la

	<p>Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros, en los términos de los párrafos 187 a 200 de la presente Sentencia.</p> <p>4. El Estado no es responsable por la violación del derecho a la vida, establecido en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Jesús Álvarez Roche, Oscar Brega, Jorge Castillo Jiménez y Julio Alberto Morales, en los términos de los párrafos 204 a 214 de la presente Sentencia.</p> <p>Y DISPONE</p> <p>por unanimidad, que:</p> <p>5. Esta Sentencia constituye <i>per se</i> una forma de reparación.</p> <p>6. El Estado debe, dentro del plazo de dos años contados desde la notificación de la presente Sentencia, proceder a demarcar las tierras sobre las cuales ha sido otorgada la propiedad colectiva a la Comunidad Triunfo de la Cruz en dominio pleno y en garantía de ocupación, con su plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, usos y costumbres, de la Comunidad, de conformidad con lo señalado en el párrafo 259 de la presente Sentencia.</p> <p>7. El Estado debe, dentro del plazo de dos años contados desde la notificación de esta Sentencia, otorgar a la Comunidad Triunfo de la Cruz un título de propiedad colectiva debidamente delimitado y demarcado sobre el área denominada “Lote A1” (<i>infra</i> Mapa Anexo), de conformidad con los párrafos 260 a 264 de la presente Sentencia.</p> <p>8. El Estado debe iniciar, en un plazo razonable, las investigaciones relacionadas con la muerte del señor Jesús Álvarez y de los señores Óscar Brega, Jorge Castillo Jiménez y Julio Alberto Morales, con la finalidad de determinar las eventuales responsabilidades penales y, en su caso, aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea, de conformidad con lo señalado en los párrafos 266 y 267 de la presente Sentencia.</p>
--	--

	<p>9. El Estado debe realizar las publicaciones y transmisión radial en el plazo de 6 meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 271 y 272 de la presente Sentencia.</p> <p>10. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado desde la notificación de la presente Sentencia, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, de conformidad con lo señalado en el párrafo 274 de la presente Sentencia.</p> <p>11. El Estado debe garantizar el libre acceso, uso y goce de la propiedad colectiva por parte de la Comunidad Triunfo de la Cruz en la parte de su territorio que se sobrepone con un área del Parque Nacional Punta Izopo, de conformidad con lo señalado en el párrafo 280 de la presente Sentencia.</p> <p>12. El Estado debe crear en un plazo razonable mecanismos adecuados para regular su sistema de Registro de Propiedad, en los términos de lo establecido en el párrafo 282 de la presente Sentencia.</p> <p>13. El Estado debe crear un fondo de desarrollo comunitario a favor de los miembros de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz, en los términos y plazos establecidos en los párrafos 289 a 299 de la presente Sentencia.</p> <p>14. El Estado debe pagar las cantidades fijadas por concepto de reintegro de costas y gastos en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la misma y en los términos de lo establecido en el párrafo 304 de la presente Sentencia.</p> <p>15. El Estado debe reintegrar, en el plazo de noventa días la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso, al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de conformidad con lo establecido en el párrafo 308 de la presente Sentencia.</p> <p>16. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.</p>
--	---

	<p>17. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.</p> <p>El Juez Humberto Antonio Sierra Porto hizo conocer a la Corte su voto concurrente, el cual acompaña esta Sentencia.</p> <p>Redactada en español en San José, Costa Rica, el 8 de octubre de 2015.</p>
<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>El caso se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional de Honduras porque la referida Comunidad no habría contado con un título de propiedad sobre su territorio tradicional que fuese idóneo y culturalmente adecuado, el reconocimiento de parte de dicho territorio habría sido tardío y a la fecha se continuaría negando un título único sobre la totalidad del territorio. Asimismo, la Comunidad no habría mantenido una ocupación y tenencia pacífica de sus tierras tradicionales, debido a (i) la alegada falta de determinación y delimitación oportuna de las tierras tituladas, (ii) la alegada falta de certeza jurídica en los títulos otorgados, (iii) las supuestas restricciones en el acceso a zonas del territorio tradicional por la creación de áreas protegidas, y (iv) la alegada omisión de proteger efectivamente su territorio frente a la ocupación y despojo por terceros. Por otro lado, el caso se refiere a la alegada falta de una consulta previa, libre e informada respecto a la adopción de decisiones como la planificación y ejecución de proyectos y megaproyectos turísticos, la creación de un área protegida y las supuestas ventas de tierras comunitarias. Finalmente, la Comunidad no habría contado con un recurso que tome en cuenta sus particularidades respecto de la propiedad colectiva, ni con el acceso efectivo a la justicia respecto de denuncias sobre las supuestas ventas de tierras tradicionales, actos de amenazas y hostigamiento alegadamente sufridos por las autoridades de la</p>

	<p>Comunidad como consecuencia de sus actividades en defensa de las tierras, y la situación de inseguridad y violencia generada por terceros en el territorio.</p> <p>De acuerdo a lo señalado en los acápites anteriores, el Estado es responsable por la violación al deber de garantizar el uso y goce de los territorios que fueron otorgados a la Comunidad en garantía de ocupación en el año 1979 y, a partir del año 1996, por no garantizar el uso y goce de los territorios tradicionales de la Comunidad que fueron reconocidos como tales por el INA en el año 2001, en violación del artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma</p> <p>La Corte ha constatado que no se efectuó un proceso adecuado y efectivo que garantizara el derecho a la consulta de la Comunidad, a través de sus propias instituciones y órganos de representación, en ninguna de las fases de planificación o ejecución de los proyectos turísticos “Marbella” y “Playa Escondida”, la adopción del Decreto que estableció el área protegido Punta Izopo y la aprobación del Plan de Manejo, respecto de la parte que se sobrepone con las tierras de la Comunidad sobre las cuales el Estado había otorgado un título de propiedad en 1993. Por tanto, este Tribunal establece que el Estado ha violado el artículo 21, en relación con el artículo 1.1 de la Convención, por no realizar un proceso de consulta previa ni un estudio de impacto ambiental, ni dispuso que se debían, en su caso, compartir los beneficios de los referidos proyectos, de conformidad con los estándares internacionales, en perjuicio de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros.</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO</p> <p>La finalidad del presente voto concurrente es señalar algunos aspectos del caso que, en mi opinión, merecen</p>

	<p>especial atención. Estos aspectos se refieren a: i) las inconsistencias en la presentación del caso y la importancia de la diligencia <i>in situ</i>; ii) la lógica de la medida de reparación colectiva consistente en la creación de un fondo de desarrollo comunitario, y iii) los problemas de delimitación y “saneamiento” de tierras como expresión de una situación social</p> <p>Para buscar soluciones a estos conflictos es necesaria la elaboración de políticas públicas integrales y estrategias de convivencia que van más allá de la delimitación y demarcación de lotes de tierra y están dirigidas a evitar situaciones de permanente conflicto. Se requiere la asistencia de diferentes expertos que debería incluir, entre otros, a sociólogos y trabajadores sociales. Entendiendo que los derechos de las Comunidades indígenas y tribales no pueden ser comprendidos como privilegios sobre los derechos del resto de la población, los Estados deben hacer un trabajo de divulgación e implementación de políticas dirigidas a evitar situaciones de desigualdad, con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos de todos los ciudadanos, tanto las comunidades indígenas como las no indígenas.</p>
--	---



SENTENCIA CIDH

CASO TRABAJADORES DE LA HACIENDA BRASIL VERDE VS BRASIL

TRIBUNAL	Corte Interamericana de Derechos Humanos	
FECHA (ingreso y fallo)	12 de noviembre de 1998 (petición a la comisión) 4 de marzo de 2015 (sometido a la corte)	20 OCTUBRE DE 2016
MATERIA	Contencioso – Prohibición de Esclavitud	

NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	Artículos 6, 5, 7, 22, 8 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde,
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	<ul style="list-style-type: none"> - Prohibición de la esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso y trata de esclavos y mujeres, derechos a la integridad personal, a la libertad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho de circulación y de residencia, y derechos del niño. - Derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial.
TIPO DE PROCEDIMIENTO	General de la Corte
REQUIRENTE	<i>Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde</i>
REQUERIDO	<i>República Federativa de Brasil</i>
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	Tribunal Europeo en el <i>Caso Siliadin Vs. Francia</i> determinó que la servidumbre consiste en “la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	Por unanimidad, 1. Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado relativas a la inadmisibilidad del sometimiento del caso a la Corte en virtud de la publicación del Informe de Fondo por parte de la Comisión; la incompetencia <i>ratione personae</i> , respecto de presuntas víctimas no identificadas, aquellas identificadas pero que no otorgaron poder de representación, que no aparecían en el Informe de Fondo de la Comisión o que no estaban relacionadas con los hechos del caso; la incompetencia <i>ratione personae</i> de violaciones en abstracto; la incompetencia

ratione materiae por violación al principio de subsidiaridad del Sistema Interamericano (fórmula de la 4ª instancia); la incompetencia *ratione materiae* relativa a presuntas violaciones de la prohibición de tráfico de personas; la incompetencia *ratione materiae* sobre supuestas violaciones de derechos laborales; la falta de agotamiento previo de los recursos internos, y la prescripción de la petición ante la Comisión respecto de las pretensiones de reparación de daño moral y material, en los términos de los párrafos 23 a 28, 44 a 50, 54, 71 a 74, 78 a 80, 84, 89 a 93 y 98 de la presente Sentencia.

2. Declarar parcialmente procedente la excepción preliminar interpuesta por el Estado relativa a la incompetencia *ratione temporis* respecto de hechos anteriores a la fecha de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte por parte del Estado, y la incompetencia *ratione temporis* sobre hechos anteriores a la adhesión del Estado a la Convención Americana, en los términos de los párrafos 63 a 65 de la presente Sentencia.

DECLARA, POR UNANIMIDAD QUE:

3. El Estado es responsable por la violación del derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, establecido en el artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 3, 5, 7, 11 y 22 del mismo instrumento, en perjuicio de los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 en la Hacienda Brasil Verde, listados en el párrafo 206 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 342 y 343 de la presente Sentencia. Adicionalmente, respecto al señor Antônio Francisco da Silva esa violación ocurrió también en relación con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser niño al momento de los hechos, en los términos de los párrafos 342 y 343 de la presente Sentencia.

Por cinco votos a favor y uno en contra, que:

4. El Estado es responsable por la violación del artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica, en razón de la posición económica de los 85 trabajadores identificados en el párrafo 206 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 342 y 343 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Sierra Porto.

Por unanimidad, que:

5. El Estado es responsable por violar las garantías judiciales de debida diligencia y de plazo razonable, previstas en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los 43 trabajadores de la Hacienda Brasil Verde que se encontraron durante la fiscalización de 23 de abril de 1997 y que fueron identificados por la Corte en el párrafo 199 de la Sentencia, en los términos de los párrafos 361 a 382 de la presente Sentencia.

Por cinco votos a favor y uno en contra, que:

6. El Estado es responsable por violar el derecho a la protección judicial, previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento en perjuicio de: a) los 43 trabajadores de la Hacienda Brasil Verde que se encontraron durante la fiscalización de 23 de abril de 1997 y que fueron identificados por la Corte en el presente litigio (*supra* párr. 199), y b) los 85 trabajadores de la Hacienda Brasil Verde que se encontraron durante la fiscalización de 15 de marzo de 2000 y que fueron identificados por la Corte en el presente litigio (*supra* párr. 206). Adicionalmente, en relación con el señor Antônio Francisco da Silva esa violación ocurrió en relación con el artículo 19 de la Convención Americana, todo lo anterior en los términos de los párrafos 383 a 420 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Sierra Porto.

Por unanimidad, que:

7. El Estado no es responsable por las violaciones a los derechos a la personalidad jurídica, vida, integridad y libertad personal, garantías y protección judiciales, contemplados en los artículos 3, 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 19 del mismo instrumento, en perjuicio de Luis Ferreira da Cruz e Iron Canuto da Silva ni de sus familiares, en los términos de los párrafos 421 y 426 a 434 de la presente Sentencia.

Y DISPONE:

Por unanimidad, que:

8. Esta Sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación.

9. El Estado debe reiniciar, con la debida diligencia, las investigaciones y/o procesos penales que correspondan por los hechos constatados en marzo de 2000 en el presente caso para, en un plazo razonable, identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables, de conformidad con lo establecido en los párrafos 444 a 446 de la presente Sentencia. En su caso, el Estado debe restablecer (o reconstruir) el proceso penal 2001.39.01.000270-0, iniciado en 2001, ante la 2ª Vara de Justicia Federal de Marabá, Estado de Pará, de conformidad con lo establecido en los párrafos 444 a 446 de la presente Sentencia.

10. El Estado debe realizar en el plazo de seis meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia, las publicaciones indicadas en el párrafo 450 de la Sentencia, en los términos dispuestos en la misma.

11. El Estado debe, dentro de un plazo razonable a partir de la notificación de la presente Sentencia, adoptar las medidas necesarias para garantizar que la prescripción no sea aplicada al delito de derecho internacional de esclavitud y sus formas análogas, en el

	<p>sentido dispuesto en los párrafos 454 y 455 de la presente Sentencia.</p> <p>12. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en el párrafo 487 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daño inmaterial, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 495 de la presente Sentencia.</p> <p>13. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 451 de la presente Sentencia.</p> <p>14. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.</p> <p>Los Jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Eduardo Vio Grossi dieron a conocer a la Corte sus votos individuales concurrentes. El Juez Humberto Antônio Sierra Porto dio a conocer a la Corte su voto individual parcialmente disidente.</p>
<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>El caso se relaciona con una supuesta práctica de trabajo forzoso y servidumbre por deudas en la Hacienda Brasil Verde, ubicada en el Estado de Pará. Según se alega, los hechos del caso se enmarcaron en un contexto en el que decenas de miles de trabajadores eran sometidos anualmente a trabajo esclavo. Adicionalmente, se alega que los trabajadores que lograron huir declararon sobre la existencia de amenazas de muerte en caso de abandonar la hacienda, el impedimento de salir libremente, la falta de salario o la existencia de un salario ínfimo, el endeudamiento con el hacendado, la falta de vivienda, alimentación y salud dignas. Asimismo, esta situación</p>

sería presuntamente atribuible al Estado, pues tuvo conocimiento de la existencia de estas prácticas en general y específicamente en la Hacienda Brasil Verde desde 1989, y a pesar de dicho conocimiento no habría adoptado las medidas razonables de prevención y respuesta, ni proveído a las presuntas víctimas de un mecanismo judicial efectivo para la protección de sus derechos, la sanción de los responsables y la obtención de una reparación. Finalmente, se alega la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición de dos adolescentes, la cual fue denunciada ante autoridades estatales el 21 de diciembre de 1988, sin que presuntamente se hubieran adoptado medidas efectivas para dar con su paradero.

110. El comercio de esclavos ha estado históricamente ligado al trabajo forzoso en Brasil y la colonización portuguesa. Para la mitad del siglo XVIII alrededor del 40% de la población esclavizada en Brasil estaba involucrada en el cultivo de caña de azúcar. En 1850 fue abolido el comercio transnacional de esclavos, lo que fortaleció el movimiento que buscaba la abolición de la esclavitud; posteriormente, en 1888 la esclavitud fue legalmente abolida en Brasil.

111. A pesar de la abolición legal, la pobreza y la concentración de la propiedad de las tierras fueron causas estructurales que provocaron la continuación del trabajo esclavo en Brasil. Al no tener tierras propias ni situaciones laborales estables, muchos trabajadores en Brasil se sometían a situaciones de explotación aceptando el riesgo de caer en condiciones de trabajo inhumanas y degradantes. En las décadas de 1960 y 1970 el trabajo esclavo en Brasil aumentó debido a la expansión de técnicas más modernas de trabajo rural, que requerían de un mayor número de trabajadores. A mediados del siglo XX se intensificó la industrialización en la zona amazónica, y se favoreció el fenómeno de posesión ilegal y adjudicación descontrolada de tierras públicas, propiciando con ello la consolidación de

prácticas de trabajo esclavo en haciendas de empresas privadas o empresas familiares poseedoras de amplias extensiones de terreno. En este contexto existió una ausencia de control estatal en la región norte de Brasil, en donde algunas autoridades regionales se habrían convertido en aliadas de los hacendados. Para el año 1995 el Estado comenzó a reconocer oficialmente la existencia de trabajo esclavo en Brasil. Según la OIT, en 2010 existían en el mundo 12.3 millones de personas sometidas a trabajo forzoso, 25.000 de las cuales estarían en Brasil.

242. Para efectos de esta Sentencia, la Corte tendrá en consideración únicamente los incisos 1 (esclavitud, servidumbre y trata de esclavos y mujeres) y 2 (trabajo forzoso) del artículo 6 de la Convención, los cuales se refieren a los temas objeto de controversia del presente caso. En ese sentido, la Corte primero analizará cada uno de los conceptos mencionados *supra*.

243. El derecho a no ser sometido a esclavitud, a servidumbre, trabajo forzoso o trata de esclavos y mujeres tiene un carácter esencial en la Convención Americana. De conformidad con el artículo 27.2 del referido tratado, forma parte del núcleo inderogable de derechos, pues no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas.

B.1. La evolución de la prohibición de la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso y las prácticas análogas a la esclavitud en el derecho internacional

248. El proceso de eliminación universal de la práctica de la esclavitud tomó cuerpo en el siglo XVIII, cuando varios tribunales nacionales pasaron a declarar que dicha práctica ya no era aceptable. Sin perjuicio de distintas iniciativas bilaterales y multilaterales para prohibir la esclavitud en el siglo XIX, el primer tratado universal sobre la materia fue la Convención sobre la Esclavitud, adoptada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, bajo los auspicios de la Liga de Naciones. A partir

de entonces varios tratados internacionales han reiterado la prohibición de la esclavitud, la cual es considerada una norma imperativa del derecho internacional (*jus cogens*), y conlleva obligaciones *erga omnes* según la Corte Internacional de Justicia. En el presente caso todas las partes han reconocido expresamente ese estatus jurídico internacional de la prohibición de la esclavitud. Asimismo, tanto Brasil como la mayoría de los estados de la región son parte de la Convención sobre la Esclavitud de 1926 y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud de 1956.

272. La Corte comparte ese criterio y lo considera concordante con lo decidido por el Tribunal Penal Internacional Ad Hoc para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Especial para Sierra Leona, y la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de África Occidental (*supra* párrs. 259 a 262), de modo que para determinar una situación como esclavitud en los días actuales, se deberá evaluar, con base en los siguientes elementos, la manifestación de los llamados “atributos del derecho de propiedad”:

- a) restricción o control de la autonomía individual;
- b) pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona;
- c) la obtención de un provecho por parte del perpetrador;
- d) la ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas;
- e) el uso de violencia física o psicológica;
- f) la posición de vulnerabilidad de la víctima;
- g) la detención o cautiverio,
- i) la explotación

342. Por todo lo anterior, Brasil no demostró haber adoptado, respecto del presente caso y al momento de

los hechos, las medidas específicas, conforme a las circunstancias ya conocidas de trabajadores en situación de esclavitud y de denuncias concretas contra la Hacienda Brasil Verde, para prevenir la ocurrencia de la violación al artículo 6.1 constatada en el presente caso. El Estado no actuó con prontitud dentro de las primeras horas y días luego de la denuncia de esclavitud y violencia realizada por Gonçalo Luiz Furtado y Antônio Francisco da Silva, con gran sacrificio y riesgo personal, dejando perder horas y días valiosos. En el período entre la denuncia y la inspección, el Estado no logró coordinar la participación de la Policía Federal activamente en la referida inspección, más allá de la función de protección del equipo del Ministerio del Trabajo. Todo esto demuestra que el Estado no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente la forma contemporánea de esclavitud constatada en el presente caso y que no actuó como razonablemente era de esperarse de acuerdo a las circunstancias del caso para poner fin a ese tipo de violación. Este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado y a las obligaciones impuestas en virtud del artículo 6.1 de la Convención Americana y específicamente derivadas del carácter de *jus cogens* de esta prohibición.

343. En razón de todo lo expuesto, el Tribunal considera que el Estado violó el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, en violación del artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 3, 5, 7, 11 y 22 del mismo instrumento, en perjuicio de los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 en la Hacienda Brasil Verde, listados en el párrafo 206 de la presente Sentencia. Adicionalmente, respecto del señor Antônio Francisco da Silva esa violación ocurrió también en relación con el artículo 19 de la Convención Americana, por ser niño al momento de los hechos. Finalmente, Brasil es responsable por la violación del

	<p>artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica de los 85 trabajadores identificados en el párrafo 206 de la presente Sentencia.</p> <p>419. Es así, que es razonable concluir que la falta de debida diligencia y de sanción por los hechos de sometimiento a condición análoga a la de esclavo estaba relacionada a una preconcepción de las condiciones a las que podía ser normal que fueran sometidos los trabajadores de las haciendas del norte y noreste de Brasil. Esta preconcepción resultó discriminatoria en relación a las víctimas del caso e impactó la actuación de las autoridades obstaculizando la posibilidad de conducir procesos que sancionaran a los responsables.</p> <p>La Corte concluye que el Estado vulneró el derecho a la protección judicial, previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de: a) los 43 trabajadores de la Hacienda Brasil Verde rescatados durante la fiscalización de 23 de abril de 1997 y que fueron identificados por la Corte en el presente litigio (<i>supra</i> párr. 199), y b) los 85 trabajadores de la Hacienda Brasil Verde rescatados durante la fiscalización de 15 de marzo de 2000 y que fueron identificados por la Corte en el presente litigio (<i>supra</i> párr. 206). Además, la Corte concluye que respecto a Antônio Francisco da Silva, quien era niño durante parte de los hechos del caso, la violación del artículo 25 de la Convención Americana anteriormente declarada está también relacionada al artículo 19 del mismo instrumento.</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>VOTO RAZONADO DEL JUEZ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT</p> <p>1. Esta es la primera ocasión en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante</p>

“Corte IDH” o “Tribunal Interamericano”) ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto al fenómeno del trabajo esclavo —que en este caso involucra trabajos forzosos, servidumbre por deudas y trata de personas— ; declarando responsable al Estado por infringir el artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana” o “Pacto de San José”), respecto de los 85 trabajadores —principalmente varones y una sola mujer—, víctimas del presente caso, rescatados de la Hacienda Brasil Verde.

2. El Tribunal Interamericano analizó el contexto de discriminación basado en pobreza dentro del fenómeno de trabajo esclavo en Brasil (que data desde la mitad del Siglo XVIII), y que de manera sistemática permitió que las víctimas fueran objeto de trata de personas. Así, el reconocimiento que hace la Corte Interamericana de la “pobreza” como parte de prohibición de la discriminación por “posición económica”, resulta de particular relevancia para la jurisprudencia interamericana —y en general para el contexto latinoamericano—¹, al ser la primera vez que se considera a la pobreza como un componente de la prohibición de discriminación por “*posición económica*” (categoría que se encuentra contemplada de manera expresa en el artículo 1.1 de la Convención Americana, a diferencia de otros tratados internacionales); teniendo especial relevancia que las violaciones declaradas fueron “en el marco de una situación de *discriminación estructural histórica* en razón de la posición económica de los 85 trabajadores” en el caso particula

3. Por ese motivo emito el presente voto razonado, al considerar la necesidad de enfatizar y profundizar algunos elementos del caso en relación con el reconocimiento de la pobreza como parte la prohibición de discriminación por la posición económica reconocido en el artículo 1.1 y la identificación de las circunstancias de *discriminación estructural histórica* que se

evidenciaron en la Sentencia. Para una mayor claridad, se expondrán a continuación: I) La pobreza como parte de la prohibición de discriminar por la “posición económica” en los sistemas de protección de derechos humanos (párrs. 4-25); II) La pobreza y la posición económica en la jurisprudencia interamericana (párrs. 26-44); III) La pobreza como parte de la “posición económica” contemplada en la Convención Americana en el presente caso (párrs. 45-55); IV) Las violaciones estructurales en el derecho internacional (párrs. 56-71); V) Discriminación estructural, indirecta y de hecho en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (párrs. 72-80); VI) El alcance de la discriminación estructural histórica en el caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde (párrs. 81-96), y VII) Conclusiones (párrs. 97-100).

El Comité DESC ha constatado que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está frecuentemente arraigada al comportamiento y a la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica (e histórica en algunos casos), puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos sociales y privilegios para otros.

20. En cuanto a la posición económica como categoría de especial protección, el Comité DESC ha señalado que, como motivo prohibido de discriminación, es un concepto amplio que incluye los bienes raíces y los bienes personales o la carencia de ellos, es decir, una de las facetas de la pobreza. Sobre este punto, el Comité DESC ha considerado que la *pobreza* es una *condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros*

derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

44. Como podemos observar, la posición económica (pobreza o condición económica) en la jurisprudencia interamericana ha estado vinculada de tres maneras distintas: en primer lugar, pobreza o condición económica asociada a grupos de vulnerabilidad tradicionalmente identificados (niños, mujeres, indígenas, personas con discapacidad, migrantes, etc.); en segundo lugar, pobreza o condición económica analizada como una discriminación múltiple/compuesta o interseccionada con otras categorías; y, en tercer lugar, pobreza o condición económica analizada de manera aislada dadas las circunstancias del caso sin vincularla con otra categoría de especial protección⁶². No obstante, en ningún caso había sido analizado este tercer supuesto a la luz de la pobreza como parte de la posición económica, según lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención Americana, siendo la primera vez el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, que motiva el presente voto razonado.

63. El Comité DESC, en su Observación General No. 20, *sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (2009), ha considerado que:

40. En los planes, las políticas, las estrategias y la legislación nacionales debe preverse el establecimiento de mecanismos e instituciones que aborden de manera eficaz el carácter individual y estructural del daño ocasionado por la discriminación en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales [...].

64. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (2010), en su Recomendación General No. 28, relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes, ha expresado que:

16. Los Estados partes tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir el derecho de no discriminación de la

mujer y asegurar el desarrollo y el adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación y hacer efectivo su derecho a la igualdad de jure y de facto o sustantiva con el hombre. Los Estados partes deberán asegurar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer. Se entiende por discriminación directa contra la mujer la que supone un trato diferente fundado explícitamente en las diferencias de sexo y género. La discriminación indirecta contra la mujer tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra. Además, la discriminación indirecta puede exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre.

Como se ha tratado de exponer en el presente voto, a diferencia de los Sistemas Europeo y Africano de Derechos Humanos, los Sistemas Universal e Interamericano muestran una tendencia a considerar que las personas que se encuentran en situación de pobreza constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad diferenciado de los grupos tradicionalmente identificados; dicha condición se reconoce como categoría de especial protección y parte de la prohibición de discriminación por “posición económica” contemplada de manera expresa en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

98. En el presente caso, la situación de especial vulnerabilidad por la posición de pobreza que presentaban los 85 trabajadores, los orilló a que fueran víctimas de trata de personas debido al *modus operandi* existente en la zona del Estado de Pará; y también considerando otras características similares, los hacían

propensos a que aceptaran, mediante engaños, ofertas laborales en la Hacienda Brasil Verde, que se materializaron en formas de trabajo esclavo. Esta situación particular, no se enmarca de forma aislada, sino que como quedó explicitado en la Sentencia, tiene antecedentes históricos y que se habían perpetuado hacia sectores específicos de la población y determinadas zonas geográficas con posterioridad a 1995, fecha en que Brasil reconoció expresamente la existencia de “trabajo esclavo” en el país. De allí que conjuntamente se analizara la posición de pobreza como el factor estructural determinante para seguir perpetuando históricamente el trabajo esclavo en Brasil.

99. Como se expresa en la Sentencia, la pobreza “es el principal factor de la esclavitud contemporánea en Brasil, por aumentar la vulnerabilidad de significativa parte de la población, haciéndoles presa fácil de los reclutadores para trabajo esclavo”. La pobreza, en el caso *sub judice*, no se enmarca como un fenómeno sino como una afectación de especial vulnerabilidad en donde la situación de exclusión y marginación, aunado a la denegación estructural y sistémica (con antecedentes históricos para el caso particular), tuvieron una afectación en los 85 trabajadores rescatados de la Hacienda Brasil Verde.

100. No puede pasar inadvertido para un juez interamericano que la esclavitud, en sus formas análogas y contemporáneas, tiene un origen y consecuencia en la pobreza, la inequidad y la exclusión social, repercutiendo en las democracias sustantivas de los países de la región. De este modo, el análisis de la experiencia interamericana de protección de derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) demanda que sean consideradas las peculiaridades de la región, ya que América Latina es la región con el más alto grado de desigualdad en el mundo. En ese sentido, los Estados en la región deben ser consecuentes con lo que

proclama la *Carta Social de las Américas* (2012) y su *Plan de Acción* (2015), para procurar y lograr progresivamente la realización plena de la *justicia social* en nuestro continente.

VOTO INDIVIDUAL CONCURRENTE DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI,

dado que en la Sentencia no se formula pronunciamiento alguno sobre la “discriminación estructural histórica” en el Estado y que, empero, se consigna que en “1995 [...] el Gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de ‘trabajo esclavo’ en el país”, adoptando posteriormente medidas al respecto; y teniendo presente que “la Corte estima que el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas”, lo lógico es concluir, como lo hace la Sentencia, que “Brasil no demostró haber adoptado, respecto del presente caso y al momento de los hechos, las medidas específicas, conforme a las circunstancias ya conocidas de trabajadores en situación de esclavitud y de denuncias concretas contra la Hacienda Brasil Verde, para prevenir la ocurrencia de la violación al artículo 6.1 constatada en el presente caso”.

en mérito de que a la Corte solo le ha correspondido pronunciarse, acorde a los antecedentes que obran en autos, sobre el específico caso que le ha sido sometido, la responsabilidad internacional del Estado, declarada en el Punto Resolutivo No. 4 de la Sentencia, dice relación únicamente con la especial situación de los mencionados trabajadores, y no con la “discriminación estructural histórica” existente en el momento de los hechos del presente caso, la que, empero, constituye el contexto en que estos últimos tuvieron lugar y, en consecuencia y en cierta medida, los explica, más no los justifica.

--	--



SENTENCIA CIDH

CASO COMUNIDAD GARÍFUNA DE PUNTA PIEDRA VS HONDURAS

TRIBUNAL	Corte Interamericana de Derechos Humanos	
FECHA (ingreso y fallo)	29 de octubre de 2003 (petición) 1 de octubre de 2013 (sometido a la Corte)	8 de octubre de 2015
MATERIA	Contencioso	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	<ul style="list-style-type: none"> - <i>El derecho a la propiedad colectiva indígena y tribal.</i> - <i>La garantía del uso y goce de la propiedad colectiva.</i> - <i>Respecto de la garantía del uso y goce de la propiedad colectiva en el derecho internacional.</i> - <i>La garantía del uso y goce, a través del saneamiento en Honduras y el Acta Compromiso de 2001.</i> - <i>La falta del uso y goce del territorio de la Comunidad de Punta Piedra.</i> - <i>La regulación de Honduras sobre propiedad a la luz del artículo 2 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 21 de la misma.</i> - <i>La obligación de garantizar el derecho a la consulta e identidad cultural.</i> 	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho a la propiedad colectiva en relación con los artículos 1.1 y 2 de la convención americana. - Derecho a la protección judicial en relación con los artículos 1.1 y 2 de la convención americana - Derecho a la vida, a las garantías judiciales y a la protección judicial. 	

TIPO DE PROCEDIMIENTO	General de la Corte
REQUIRENTE	Organización Fraternal Negra Hondureña
REQUERIDO	República de Honduras
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	<p>DECIDE, Por unanimidad,</p> <p>1. Aceptar el reconocimiento parcial de responsabilidad efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 43 a 49 de la presente Sentencia.</p> <p>2. Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado sobre “falta de agotamiento de recursos internos” para garantizar el uso y goce del territorio de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros, en los términos de los párrafos 29 a 32 de la presente Sentencia.</p> <p>3. Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado sobre “falta de agotamiento de recursos internos” con motivo de la muerte de Félix Ordóñez Suazo, en los términos de los párrafos 33 a 34 de la presente Sentencia.</p> <p>DECLARA, Por unanimidad, que</p> <p>4. El Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad colectiva, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana, y de los artículos 1.1 y 2 de la misma y del derecho a la identidad cultural, en perjuicio de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros, en los términos de los párrafos 162 a 202, y 215 a 224 de la presente Sentencia.</p>

	<p>5. El Estado es responsable por la violación del derecho a la protección judicial, reconocido en los artículos 25.1 y 25.2.c de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros, en los términos de los párrafos 235 a 251 de la presente Sentencia.</p> <p>6. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra, sus miembros, y en particular de Félix Ordoñez Suazo, en los términos de los párrafos 284 a 312 de la presente Sentencia.</p> <p>7. El Estado no es responsable por la violación del deber de garantía del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Félix Ordoñez Suazo, en los términos de los párrafos 260 a 280 de la presente Sentencia.</p> <p>8. El Estado no es responsable por la violación de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, establecida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 21 y 25 de la misma, en los términos de los párrafos 206 a 211 y 252 a 255 de la presente Sentencia.</p> <p>Y DISPONE, Por unanimidad, que:</p> <p>9. Esta Sentencia constituye <i>per se</i> una forma de reparación.</p> <p>10. El Estado debe garantizar el uso y goce, a través del saneamiento, de las tierras tradicionales que fueron tituladas por el Estado a favor de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra, llevando a cabo dicha obligación de oficio y con extrema diligencia, en los</p>
--	---

	<p>términos y plazos establecidos en los párrafos 322 a 326 de la presente Sentencia.</p> <p>11. El Estado debe hacer cesar cualquier actividad respecto del proyecto de exploración Punta Piedra II que no haya sido previamente consultada, en los términos establecidos en el párrafo 327 de la presente Sentencia.</p> <p>12. El Estado debe crear un fondo de desarrollo comunitario a favor de los miembros de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra, en los términos y plazos establecidos en los párrafos 332 a 336 de la presente Sentencia.</p> <p>13. El Estado debe poner en marcha los mecanismos necesarios de coordinación entre instituciones con el fin de velar por la efectividad de las medidas antes dispuestas, dentro del plazo de tres meses a partir de la notificación del Fallo, en los términos de lo establecido en el párrafo 328 de la presente Sentencia.</p> <p>14. El Estado debe, en el plazo de seis meses, realizar las publicaciones y transmisión radial señaladas en los párrafos 338 y 339 de la presente Sentencia.</p> <p>15. El Estado debe, dentro de un plazo razonable, adoptar las medidas suficientes y necesarias, a fin de que sus disposiciones reglamentarias sobre minería no menoscaben el derecho a la consulta, en los términos de lo establecido en los párrafos 344 a 346 de la presente Sentencia.</p> <p>16. El Estado debe, en un plazo razonable, crear mecanismos adecuados para regular su sistema de Registro de Propiedad, en los términos de lo establecido en el párrafo 347 de la presente Sentencia.</p> <p>17. El Estado debe continuar y concluir, en un plazo razonable, la investigación por la muerte de Félix</p>
--	--

	<p>Ordóñez Suazo y demás denuncias interpuestas en la jurisdicción interna, y en su caso, sancionar a los responsables, en los términos de lo establecido en el párrafo 353 de la presente Sentencia.</p> <p>18. El Estado debe pagar la cantidad fijada en el párrafo 364 de la presente Sentencia por concepto de reintegro de costas y gastos en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la misma.</p> <p>19. El Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso, en los términos de lo establecido en el párrafo 368 de la presente Sentencia.</p> <p>20. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.</p> <p>21. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.</p>
<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>Honduras tiene una composición multiétnica y pluricultural, y está integrada principalmente por personas mestizas, indígenas y afrodescendientes. Existen estimaciones diversas sobre el número total de la población que compone el Pueblo Garífuna en Honduras. De acuerdo al censo realizado por el Instituto Nacional de Estadística en 2001, aproximadamente 49.000 personas se auto-identificaron como garífunas, mientras que otras fuentes estiman una población aproximada de 98.000 personas, aunque otras, han estimado de forma diferente el número de garífunas</p>

El origen del Pueblo Garífuna data del siglo XVIII, de la unión de africanos provenientes de barcos españoles que naufragaron en la Isla San Vicente en 1635 y los amerindios que habitaban la zona desde antes de la colonización, siendo estos los pueblos indígenas de Arawak y Kalinagu. De la unión de estos pueblos emergieron los Karaphunas, quienes una vez que Gran Bretaña tomó el control de la Isla San Vicente en 1797, fueron deportados a la Isla Roatán y de ahí emigraron a tierra firme en el territorio de lo que hoy es Honduras, asentándose a lo largo de la costa norte hondureña y hacia la costa del Caribe, Guatemala, Nicaragua y Belice⁴⁶. Actualmente, el Pueblo Garífuna está conformado por aproximadamente 40 comunidades que se extienden a lo largo del litoral atlántico o zona costera del Caribe, abarcando los departamentos de Cortés, Atlántida, Colón y Gracias a Dios, asimismo un número creciente de garífunas vive en ciudades como La Ceiba, Tela, Cortés, Trujillo, San Pedro Sula y Tegucigalpa.

La ocupación de los territorios de la Comunidad de Punta Piedra por parte de terceros, según diversos testimonios, se habría iniciado a partir del año 1993, aproximadamente, con la llegada de los primeros pobladores a la zona conocida como “Entrerríos”, lugar del cual habrían emigraron en 1993 hacia tierras tradicionales de cultivo ubicadas al margen del Río Miel, actual territorio titulado a favor de la Comunidad. Dicha ocupación dio lugar a la comunidad conocida hoy como “Río Miel”, lo cual derivó en un problema de tenencia de tierras entre ambas comunidades. Sin embargo, con base en el “Resumen de la Encuesta Socio Económica” de la Aldea de Río Miel, elaborado por el INA en junio de 2007, según dichos de los pobladores, al menos 32 ocupantes, así como sus dependientes, habrían habitado dicha zona desde el año 1987. De igual manera, durante la diligencia *in situ*, algunas personas señalaron haber vivido en la zona desde hacía 30 años. Debido a ello, la Corte no puede constatar con exactitud el año en el cual aquellos pobladores (quienes también

	<p>han sido llamados “ladinos” por miembros de la Comunidad de Punta Piedra y en diversos escritos del Estado) iniciaron su asentamiento en el territorio titulado a favor de la Comunidad de Punta Piedra, no obstante habría ciertos indicios de que existía permanencia de terceros anteriormente al otorgamiento del título de ampliación.</p> <p>137. De acuerdo con la prueba aportada por las partes, la Corte constata que Félix Ordóñez Suazo, quien fuera el Coordinador y Vocal del Patronato de la Comunidad de Punta Piedra, falleció el 11 de junio de 2007 con motivo de tres impactos de bala. Según la declaración del único testigo de la muerte de Félix Ordóñez Suazo, el señor Marcos Bonifacio Castillo, la muerte habría ocurrido en la fecha indicada, alrededor de las 7:30 horas. Por otro lado, el acta de defunción señaló que la hora de muerte fue a las 11:00 horas.</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI,</p> <p>si bien el infrascrito comparte las decisiones que en ella se establecen, en cuanto a desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado por la <i>“falta de agotamiento de recursos internos”</i> tanto <i>“para garantizar el uso y goce del territorio de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros”</i>, como <i>“con motivo de la muerte de Félix Ordóñez Suazo”</i>, estima que hay razones adicionales para adoptar aquellas.</p> <p>Además, se extiende el presente voto concurrente a los efectos de dejar constancia de la interpretación que el suscrito le asigna a la terminología empleada, en cuanto a la responsabilidad el Estado, en los resolutivos 4 a 8 de la Sentencia.</p> <p>Las aludidas normas convencionales demuestran, pues, que la competencia de la Corte lo es respecto de un instrumento jurídico internacional, que el cumplimiento de sus fallos corresponde a los Estados partes en los respectivos casos sometidos a su conocimiento y que, si ellos no los cumplen, lo que procede es señalar esas violaciones de la obligación</p>

	<p>internacional de acatarlos ante una instancia internacional, esto es, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. La esfera de acción de la Corte es, pues, la internacional.</p> <p>En suma, se ha aceptado suprimir el término "<i>internacionalmente</i>" en los puntos resolutivos antes indicados y referidos a la responsabilidad del Estado que declara la Corte, ya que se entiende que ésta solo puede ser internacional.</p>
--	---



SENTENCIA CIDH

CASO SAN MIGUEL SOSA Y OTRAS VS VENEZUELA

TRIBUNAL	CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
FECHA (ingreso y fallo)	7 de marzo de 2006 (petición) 8 de marzo de 2016 (sometimiento ante la corte)	8 DE FEBRERO DE 2018
MATERIA	Contencioso	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho a la participación política y principio de no discriminación - Libertad de pensamiento y expresión - Alegada violación del derecho a igual protección ante la ley - Alegado incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno. - Alegada violación del derecho a la integridad personal. 	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	<ul style="list-style-type: none"> - Derechos políticos, principio de no discriminación, libertad de expresión y derechos a la igualdad ante la ley y a la integridad personal (artículos 1.1, 2, 23, 13, 24 y 5 de la convención americana) - Derecho a las garantías judiciales y protección judicial - (artículos 1.1, 8.1 y 25 de la convención americana) 	

	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho al trabajo - (artículo 26 de la convención americana)
TIPO DE PROCEDIMIENTO	General de la Corte
REQUIRENTE	Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña
REQUERIDO	Venezuela
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	<i>Caso Lagos del Campo Vs. Perú</i> <i>Trabajadores Cesados del Petroperú y otros</i>
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	<p>DECLARA,</p> <p>Por unanimidad, que:</p> <p>1. El Estado es responsable por la violación del derecho a la participación política, reconocido en el artículo 23.1.b) y c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el principio de no discriminación establecido en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las señoras Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña, en los términos de los párrafos 110 a 151 de esta Sentencia. Por seis votos contra uno, que:</p> <p>2. El Estado es responsable por la violación de la libertad de pensamiento y expresión, reconocida en el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el principio de no discriminación establecido en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las señoras Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña, en los términos de los párrafos 152 a 160 de esta Sentencia.</p> <p>Disiente el Juez Humberto Antonio Sierra Porto.</p> <p>Por unanimidad, que:</p> <p>3. El Estado es responsable por la violación de los derechos de acceso a la justicia y a un recurso efectivo, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención</p>

	<p>Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las señoras Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña, en los términos de los párrafos 177 a 196 y 200 de esta Sentencia.</p> <p>Por cinco votos contra dos, que:</p> <p>4. El Estado es responsable por la violación del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los derechos a la participación política, a la libertad de expresión y de acceso a la justicia, así como con el principio de no discriminación, reconocidos en los artículos 23.1, 13.1, 8.1, 25.1 y 1.1 de aquel instrumento, en perjuicio de las señoras Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña, en los términos de los párrafos 211 a 222 de esta Sentencia.</p> <p>Disienten los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Antonio Sierra Porto.</p> <p>Por unanimidad, que:</p> <p>5. El Estado no es responsable por la alegada violación del derecho a igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por las razones señaladas en los párrafos 161 a 165 de esta Sentencia.</p> <p>Por unanimidad, que:</p> <p>6. El Estado no es responsable por el alegado incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por las razones señaladas en los párrafos 166 y 167 de esta Sentencia.</p> <p>Por cinco votos contra dos, que:</p> <p>7. El Estado no es responsable por la alegada violación del derecho a las garantías judiciales, específicamente a ser oído por un juez independiente y en un plazo razonable, reconocido en el artículo 8.1 de la</p>
--	---

Convención Americana sobre Derechos Humanos, por las razones señaladas en los párrafos 197 y 201 a 210 de esta Sentencia.

Disienten los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Eduardo Vio Grossi.

Por unanimidad, que:

8. El Estado no es responsable por la alegada violación del derecho a la integridad personal, reconocido en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por las razones señaladas en los párrafos 168 a 172 de esta Sentencia.

Y DISPONE,

Por unanimidad, que:

9. Esta Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación.

10. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para que los hechos relevantes de desviación de poder no queden en impunidad, en los términos de los párrafos 230 a 232 de esta Sentencia.

11. El Estado debe realizar las publicaciones que se indican en el párrafo 233 del presente Fallo, dentro del plazo de seis meses contado desde la notificación de la presente Sentencia y en los términos de los párrafos 233 y 234 de la misma.

12. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 238, 240 y 250 de la presente Sentencia por concepto de indemnizaciones compensatorias por daños materiales e inmateriales y costas y gastos, en los términos de los referidos párrafos y de los párrafos 251 a 256 del presente Fallo.

13. El Estado debe rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la presente Sentencia, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la misma, y además debe presentar un informe, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma, en el cual indique –para cada una de las medidas de reparación ordenadas– cuáles son los órganos, instituciones o autoridades

	<p>estatales encargadas o responsables de implementarlas, que incluya un cronograma de trabajo para su cumplimiento total.</p> <p>14. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.</p> <p>Los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo Vio Grossi y Humberto Antonio Sierra Porto hicieron conocer a la Corte su voto concurrente y parcialmente disidente, su voto parcialmente disidente y su voto parcialmente disidente, respectivamente, los cuales acompañan esta Sentencia.</p>
<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>La controversia del presente caso versa sobre una serie de alegadas violaciones de derechos de tres personas que prestaron sus servicios durante varios años en el Consejo Nacional de Fronteras, dependencia u organismo adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, como consecuencia de un alegado acto de desviación de poder. Se plantea que la terminación de sus últimos contratos temporales de servicios en marzo de 2004 fue una decisión formalmente encubierta con el “velo de legalidad” de aplicación de una cláusula que contenía, según consideraron las autoridades judiciales y el Estado, una facultad discrecional del superior jerárquico para finalizar la relación contractual, incluso sin motivación. Sin embargo, se alega que ello realmente habría estado motivado por una voluntad de represalia por haber firmado una solicitud de referéndum revocatorio del mandato del entonces Presidente de la República en diciembre de 2003, en un contexto de denuncias de represalias y persecución política, en particular luego de haber aparecido sus nombres en la llamada “lista Tascón”. Las presuntas víctimas interpusieron una acción de amparo constitucional y denuncias ante el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo, las</p>

cuales, según se alega, no habrían sido efectivas para declarar las violaciones de derechos y repararlas.

108. La Corte hace notar que la Comisión y el representante sustentan las alegadas violaciones de derechos en un mismo hecho generador: la terminación de los contratos de las presuntas víctimas por haber firmado la solicitud de convocatoria a referendo revocatorio. Es decir, consideraron que tal acto de firma constituyó tanto el ejercicio de un derecho político como “un acto motivado por la opinión política expresada a través de la firma” y, a la vez, que tal acto estaría protegido por un principio de no discriminación (como una categoría prohibida o “sospechosa”) y por el derecho a igualdad ante la ley, pues el despido habría constituido un acto de discriminación con base en la opinión política.

La Corte concluye que la terminación de los contratos constituyó una forma de desviación de poder, utilizando dicha cláusula como velo de legalidad para encubrir la verdadera motivación o finalidad real, a saber: una represalia en su contra por haber ejercido legítimamente un derecho de carácter político constitucionalmente previsto, al firmar a favor de la convocatoria al referendo revocatorio presidencial. Ello fue percibido por los funcionarios superiores como un acto de deslealtad política y como la manifestación de una opinión u orientación política opositora o disidente, que motivó un trato diferenciado hacia ellas, como en efecto fue el hecho de dar por terminada arbitrariamente la relación laboral.

151. En conclusión, la Corte declara que el Estado es responsable por la violación del derecho a la participación política, reconocido en el artículo 23.1.b) y c) de la Convención Americana, en relación con el principio de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las señoras Rocío San

	<p>Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña.</p> <p>La Corte concluyó que la terminación arbitraria de la relación laboral de las presuntas víctimas con el Consejo Nacional de Fronteras constituyó una forma de desviación de poder, pues se utilizó una cláusula establecida en su contrato como velo de legalidad para encubrir la verdadera finalidad de tal medida, a saber: una represalia en su contra por haber ejercido legítimamente sus derechos de participación política y libertad de expresión. Es decir, ellas fueron objeto de discriminación política mediante un despido arbitrario, el cual ocurrió en un contexto de denuncias de despidos semejantes y de otras formas de represalia para quienes habían decidido ejercer sus libertades al firmar por la solicitud de referendo. Así, su despido tenía la intención encubierta de acallar y desincentivar la disidencia política, pues fue instrumentalizado para que otras personas se vieran amedrentadas de participar políticamente y de expresar sus ideas y opiniones. Además de lo anterior, este Tribunal ha considerado que el derecho al trabajo incluye la obligación del Estado de garantizar los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales. Según fue constatado, en este caso el Estado no garantizó a las presuntas víctimas estos derechos ante su despido arbitrario.</p> <p>222. En consecuencia, la Corte declara que el Estado es responsable por la violación del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 26 de la Convención, en relación con los derechos a la participación política, a la libertad de expresión y de acceso a la justicia, así como con el principio de no discriminación, reconocidos en los artículos 23.1, 13.1, 8.1, 25.1 y 1.1 de aquel instrumento, en perjuicio de Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña.</p>
--	---

<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>VOTO CONCURRENTES Y PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT.</p> <p>El caso <i>San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela</i> (en adelante “la Sentencia”) constituye un aporte fundamental en la jurisprudencia interamericana en relación con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante “los derechos sociales” o “los DESCAs”). En efecto, con este caso se va consolidando una línea jurisprudencial sobre la protección de las personas en contextos laborales. Así, junto con las sentencias en los casos <i>Lagos del Campo</i>¹ y <i>Trabajadores Cesados del Petroperú y otros</i>², se erige una triada de fallos que han permitido explorar los alcances del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “el Pacto de San José”).</p> <p>2. En el presente caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “el Tribunal Interamericano” o “la Corte IDH”) determinó que “la terminación arbitraria de la relación laboral de las presuntas víctimas con el Consejo Nacional de Fronteras constituyó una forma de desviación de poder, pues se utilizó una cláusula establecida en su contrato como velo de legalidad para encubrir la verdadera finalidad de tal medida, a saber: una represalia en su contra por haber ejercido legítimamente sus derechos de participación política y libertad de expresión. Es decir, ellas fueron objeto de discriminación política mediante un despido arbitrario, el cual ocurrió en un contexto de denuncias de despidos semejantes y de otras formas de represalia para quienes habían decidido ejercer sus libertades al firmar por la solicitud de referendo. Así, su despido tenía la intención encubierta de acallar y desincentivar la disidencia política, pues fue instrumentalizado para que otras personas se vieran amedrentadas de participar políticamente y de expresar sus ideas y opiniones.</p>
--	--

Además de lo anterior, este Tribunal ha considerado que el derecho al trabajo incluye la obligación del Estado de garantizar los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales” (subrayado añadido).

3. Teniendo en cuenta lo anterior, emito el presente Voto individual por dos razones. En primer lugar, para fundamentar los motivos por las cuales considero evidente la violación al derecho al trabajo en el presente caso, teniendo en consideración que todas las violaciones declaradas en la Sentencia provienen de un mismo hecho generador: “la terminación arbitraria de la relación laboral” de las víctimas. Asimismo, para explicitar algunas particularidades del presente caso, que han hecho de la protección del derecho al trabajo un derecho en expansión en diferentes supuestos y contextos de la relación laboral.

4. En segundo lugar, formulo el presente Voto para expresar, respetuosamente, mi disidencia en relación al criterio mayoritario, relativo a la no violación del derecho a las garantías judiciales, específicamente del derecho a ser oído por un juez independiente, previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana —Resolutivo 7 de la Sentencia—. Lo anterior, teniendo en consideración la “desviación de poder” declarada en la Sentencia, a la luz del contexto y hechos probados del caso y frente a los argumentos vertidos por los representantes de las víctimas.

5. Para una mayor claridad, abordaré por separado ambos aspectos: I. El derecho al trabajo como derecho protegido por la Convención Americana mediante el artículo 26 y sus particularidades en el presente caso (*párr. 6 a 42*); y II. La independencia judicial como parte de las garantías judiciales y del acceso a la justicia, a la luz del contexto del presente caso y la “desviación de poder” declarada en la Sentencia (*párrs. 43 a 58*).

	<p>El Comité DESC también estimó que “[t]oda persona [...] que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional [.] Todas las víctimas de esas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición”. De igual manera, el Comité DESC ha instado “a los jueces y a otros miembros de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a que presten mayor atención a las violaciones del derecho al trabajo en el ejercicio de sus funciones”.</p> <p>11. Las consideraciones que han sido desarrolladas por el Comité DESC en sus Observaciones Generales, ahora son también recogidas en alguna medida en la jurisprudencia interamericana en relación al derecho al trabajo (y sus vertientes) como derecho autónomo; así, el Sistema Interamericano permea obligaciones concretas en lo relativo a derechos de naturaleza económica, social, cultural o ambiental.</p> <p>12. A diferencia de la jurisprudencia tradicional de la Corte Interamericana en donde los derechos sociales se subsumían en los derechos civiles y políticos, las decisiones que en fechas recientes se han incorporado al acervo jurisprudencial del Tribunal Interamericano muestran una nueva etapa en relación a cómo son entendidos todos los derechos —sin jerarquía entre sí, indivisibles e interdependientes—; bajo este panorama el derecho al trabajo se ha erigido como un derecho autónomo que ahora puede ser justiciable (como otros derechos sociales interamericanos) de manera directa ante los órganos del Sistema Interamericano.</p> <p>En conclusión, las víctimas fueron objeto de discriminación política mediante un despido arbitrario y el Poder Judicial no fue independiente frente a actos del régimen de turno. En el caso se comprobó una “desviación de poder”, debido a que los despidos de las</p>
--	---

víctimas tenía “la intención encubierta de acallar y desincentivar la disidencia política, pues fue instrumentalizado para que otras personas se vieran amedrentadas de participar políticamente y de expresar sus ideas y opiniones”. Las autoridades judiciales no indagaron acerca de las motivaciones del despido ante la alegada desviación de poder y discriminación política, coadyuvando a la intención real y finalidad no declarada, debido a que se hizo uso de una facultad discrecional en una cláusula contractual para dar por terminada una relación laboral como medida ejemplarizante y amedrentadora para otras personas que hubieran manifestado su disidencia política mediante la firma de la solicitud de revocatoria del mandato presidencial. Bajo ese contexto probado en la Sentencia, considero que la consecuencia lógica hubiese sido que la Corte IDH, además de declarar la violación del artículo 25 del Pacto de San José (protección judicial), declarara también la violación del derecho de las víctimas a ser oídas por jueces independientes, contenido en el artículo 8.1 de la Convención Americana

VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI,

por discrepar de ella en dos de sus puntos resolutivos. Uno, el N° 42, concerniente al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con relación al derecho al trabajo. Y el otro, el N° 74, atingente a la no violación de las garantías judiciales con referencia a la independencia judicial.

En este voto se estima improcedente la referencia al artículo 26 de la Convención para justificar la justiciabilidad, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de eventuales violaciones, por arte de la República Bolivariana de Venezuela al Derecho al Trabajo. Las razones para ello fueron especialmente expuestas en el voto disidente emitido en el *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, las que se dan por reproducidas.

3. Sin perjuicio de ello, se insiste en que “los únicos derechos susceptibles de ser objeto del sistema de protección previsto en la Convención, son los “reconocidos” en ella; que el artículo 268 de esta última no se refiere a tales derechos, sino a los que “derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos”; que lo que dispone el citado artículo 26 es la obligación de los Estados de adoptar medidas en vista de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos a que se refiere y ello en la medida de los recursos disponibles; y, finalmente y en consecuencia, que si bien esos derechos existen, no son susceptibles de ser judicializados ante la Corte, salvo que así lo contemple algún tratado, como acontece, por ejemplo, con el Protocolo de San Salvador, pero únicamente respecto al derecho de organizar sindicatos y a afiliarse en ellos y al derecho a la educación.” Asimismo se reitera que “se debe procurar no dejar margen alguno para que se perciba que, en alguna medida, se estaría alterando el principio de que ningún Estado puede ser llevado a un tribunal internacional sin su consentimiento”.

4. De suerte, en consecuencia, que, correspondiéndole a la Corte conocer únicamente los casos “relativo(s) a la interpretación y aplicación de las disposiciones de (la) Convención que le sea(n) sometido(s)”, es obvio que no le compete juzgar aquellos que no implican interpretar y aplicar esta última, como acontece en la presente causa.

VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

El voto tiene dos partes: la primera se refiere a la conclusión de la mayoría del Tribunal en cuanto a la violación de la libertad de pensamiento y expresión, decisión que, a mi parecer, era innecesaria. La segunda reflexiona respecto de la declaración de responsabilidad internacional del Estado por la violación

	del derecho al trabajo en relación con los derechos a la participación política, a la libertad de expresión y de acceso a la justicia, así como con el principio de no discriminación.
--	--



SENTENCIA CIDH

CASO TRABAJADORES CESADOS DE PETROPERÚ VS PERÚ

TRIBUNAL	Corte Interamericana de Derechos Humanos	
FECHA (ingreso y fallo)	2 de noviembre de 1998 (petición comisión) 13 de agosto de 2015 (sometido a la corte)	23 DE NOVIEMBRE DE 2017
MATERIA	Contencioso - Garantías judiciales	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial de los trabajadores de Enapu y Minedu</i> - <i>Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial de los trabajadores de Petroperú</i> - <i>Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial de los trabajadores del MEF</i> 	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículos 8, 25, 1.1 y 2). - Derecho al trabajo en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos (artículos 26 y 1.1). 	
TIPO DE PROCEDIMIENTO	General de la Corte	

REQUIRENTE	85 trabajadores de Petroperú, los 25 trabajadores de Enapu, los 39 trabajadores de Minedu, y los 15 trabajadores de MEF.
REQUERIDO	República del PERÚ
HERRAMIENTAS DE INTERPRETACION	<p>La Corte ha utilizado los métodos tradicionales de interpretación del derecho internacional establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (de aquí en adelante “CVDT”), los cuales fueron considerados como “reglas generales de derecho internacional sobre el tema”. Asimismo, el artículo 29 de la Convención Americana contiene normas específicas de interpretación, las cuales deben ser tomadas en cuenta para la determinación del alcance de las cláusulas de la Convención. Existe, por tanto, una convergencia en materia interpretativa –por supuesto, no siempre libre de tensiones– entre el derecho internacional, y la especificidad propia del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y del sistema interamericano (SIDH).</p> <p>14. De lo anterior se desprende que la interpretación de la Convención debe ser realizada a la luz del sentido corriente de los términos de la Convención, entendidas sus cláusulas dentro del contexto y el objeto y fin del Tratado, tal y como lo establece el artículo 31 de la CVDT. De esta manera, los medios complementarios de interpretación, es decir, los trabajos preparatorios de la Convención y las circunstancias de su celebración, tal y como lo prevé el artículo 32 de la CVDT¹⁶, sirven para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31. Este método de interpretación acoge el principio de primacía del texto, por lo que privilegia criterios de interpretación objetiva, vinculada a los valores y bienes protegidos por la Convención, frente a aquellos criterios que privilegian elementos subjetivos de interpretación, como lo es la intención de las partes.</p>

<p>SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL</p>	
<p>NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA</p>	<p>DECIDE: Por unanimidad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que esta Sentencia constituye por sí misma una forma de reparación. 2. Declarar inadmisibles las excepciones preliminares interpuestas por el Estado respecto a la falta de competencia de la Corte en razón de la materia, en los términos del párrafo 48 de la presente Sentencia. <p>Por seis votos a favor y uno en contra:</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. Declarar inadmisibles las excepciones preliminares interpuestas por el Estado respecto a la falta de agotamiento de recursos internos por parte de los trabajadores de Petroperú, en los términos de los párrafos 27 a 44 de la presente Sentencia. <p>DECLARA: Por unanimidad, que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 4. El Estado es responsable por la violación a los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los 25 trabajadores de Enapu, los 39 trabajadores de Minedu, y los 15 trabajadores de MEF, listados en el anexo adjuntado a la presente Sentencia, de conformidad con los párrafos 159 a 162 y 173 a 181 de la presente Sentencia. 5. El Estado no es responsable por la violación del deber de adoptar disposiciones de derecho interno en sí mismo, consagrado en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de conformidad con los párrafos 186 y 187 de la presente Sentencia. <p>Por seis votos a favor y uno en contra, que:</p>

	<p>6. El Estado es responsable por la violación a los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los 85 trabajadores de Petroperú, listados en el anexo adjuntado a la presente Sentencia, de conformidad con los párrafos 163 a 172 de la presente Sentencia.</p> <p>Por cinco votos a favor y dos en contra, que:</p> <p>7. El Estado es responsable por la violación del derecho al trabajo, consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los 85 trabajadores de Petroperú, los 25 trabajadores de Enapu, los 39 trabajadores de Minedu, y los 15 trabajadores del MEF, listados en el anexo adjuntado a la presente Sentencia, de conformidad con los párrafos 192 y 193 de la presente Sentencia.</p> <p>Los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Sierra Porto hicieron conocer a la Corte sus votos parcialmente disidentes, los cuales acompañan esta Sentencia.</p> <p>Y DISPONE:</p> <p>Por unanimidad, que:</p> <p>8. El Estado debe realizar, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, las publicaciones ordenadas en los términos del párrafo 211 del presente Fallo.</p> <p>9. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 218, 222 y 228 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y por el reintegro de costas y gastos, así como el reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, en los términos de los párrafos 238 y 245 del presente Fallo.</p>
--	--

	<p>10. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.</p> <p>11. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.</p>
<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>El presente caso (i) se enmarca en la problemática de ceses de funcionarios del sector público llevados a cabo en la década de los noventa en el Perú. Estos ceses implicaron la existencia y ejecución de programas especiales de racionalización de personal de empresas incluidas en el proceso de promoción de la inversión privada llevado a cabo conforme al Decreto Legislativo No. 674, como fue el caso de aquellos llevados a cabo por Petroperú y Enapu, y de programas de evaluación de personal que derivaron en el cese por “causal de excedencia” de algunos trabajadores de entidades estatales, como es el caso de las presuntas víctimas de MEF y Minedu; (ii) guarda relación con lo ya decidido por este Tribunal en los casos <i>Aguado Alfaro y otros</i>, <i>Canales Huapaya y otros</i> y <i>Tribunal Constitucional (supra párr. 81)</i>; y (iii) tiene como objeto de la controversia el analizar la respuesta judicial del Estado ante los ceses colectivos de las entidades públicas antes mencionadas, y determinar las consecuencias jurídicas que se deriven de dicha respuesta</p> <p>La Corte concluye que el Estado es responsable por la violación a los artículos 8.1 y 25, en relación con los artículos 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los 85 trabajadores de Petroperú, los 25 trabajadores de Enapu, los 39 trabajadores de Minedu, y los 15 trabajadores de MEF, listados en la tabla de víctimas adjunta a la presente sentencia. Asimismo, que no es</p>

	<p>responsable por la violación al artículo 2 de la Convención.</p> <p>En el presente caso, en relación con los alegatos relacionados con la violación al derecho al trabajo, este Tribunal considera que, tal y como fue establecido en el precedente de <i>Lagos del Campo Vs. Perú</i>, el derecho al trabajo incluye el derecho a garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales. En consecuencia, dado que los trabajadores cesados de Petroperú, Enapu, Minedu y MEF no gozaron de acceso a un recurso judicial efectivo, lo cual conllevó una violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, la Corte concluye que el Estado es responsable de la violación del artículo 26 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en relación con los 85 trabajadores de Petroperú, los 25 trabajadores de Enapu, los 39 trabajadores de Minedu, los 15 trabajadores del MEF, listados en la tabla de víctimas adjunta a la presente sentencia.</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>VOTO INDIVIDUAL DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI,</p> <p>En la Sentencia se alude en varia ocasiones y, muy especialmente, en su Punto Resolutivo N° 77, al artículo 26 de la Convención, en tanto incluye a los derechos económicos, sociales y culturales como protegidos por esta última y, consecuentemente, susceptibles de ser judicializados ante la Corte. En consideración a ello, y habida cuenta que en su párrafo 192 y en apoyo de lo que sostiene, la Sentencia cita el fallo pronunciado en el <i>Caso Lagos del Campo Vs. Perú</i>, y reproduce los párrafos 141 a 150 y 154 del mismo, en el presente documento se da, igualmente, por reiterado todo lo señalado en voto individual emitido en esa causa.</p>

	<p>4. En tal voto, se sostiene, entre otras consideraciones, y contrariamente a lo afirmado en dicho fallo, por una parte, que los únicos derechos susceptibles de ser objeto del sistema de protección previsto en la Convención, son los “reconocidos” en ella; que el artículo 269 de esta última no se refiere a tales derechos, sino a los que “<i>derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos</i>”; que lo que dispone el citado artículo 26 es la obligación de los Estados de adoptar medidas en vista de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos a que se refiere y ello en la medida de los recursos disponibles; y, finalmente y en consecuencia, que si bien esos derechos existen, no son susceptibles de ser judicializados ante la Corte, salvo que así lo contemple algún tratado, como acontece, por ejemplo, con el Protocolo de San Salvador, pero únicamente respecto al derecho de organizar sindicatos y a afiliarse en ellos y al derecho a la educación.</p> <p>5. Por cierto, a todo ello es procedente añadir, por una parte, que los derechos en cuestión pueden ser judicializados ante los tribunales nacionales de los Estados Partes de la Convención, si así lo disponen sus respectivos ordenamientos jurídicos internos y, por la otra, que, al interpretar la Convención, se debe procurar no dejar margen alguno para que se perciba que, en alguna medida, se estaría alterando el principio de que ningún Estado puede ser llevado a un tribunal internacional sin su consentimiento.</p> <p>6. En atención a los mismos motivos expuestos en el mencionado Voto Parcialmente Disidente y, en particular, a que los derechos en comento no se encuentran comprendidos o contenidos en la Convención y, por ende, no pueden ser objeto del sistema de protección que ella contempla, es que no se</p>
--	---

	<p>puede coincidir con lo señalado en el Punto Resolutivo No. 7 de la Sentencia.</p> <p>VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO</p> <p>El voto tiene dos partes: la primera se refiere al tratamiento que la mayoría dio a la excepción preliminar del Estado por falta de agotamiento de los recursos internos, la cual, a mi parecer, debió ser acogida por la Corte; la segunda reflexiona respecto de la declaración de responsabilidad internacional del Estado por la violación al derecho al trabajo en relación con el deber de respetar y garantizar los derechos. En relación con la segunda cuestión, advierto que mis reflexiones complementan lo ya expresado al respecto en mi voto disidente del caso <i>Lagos del Campo Vs. Perú</i> y en mi voto concurrente del caso <i>Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador</i>.</p>
--	--

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE



SENTENCIA

STC ROL N° 5572-18-CDS / 5650-18-CDS (ACUMULADAS).

TRIBUNAL	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
FECHA (ingreso y fallo)		18 de enero 2019
MATERIA		
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	Artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo ° 67, del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018, que "Aprueba reglamento para ejercer Objeción de	

	Conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 Ter del Código Sanitario"
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	19° numerales 2°, 6°, 9°, 15° y 26°; 32 N° 6, y 63 de la Constitución Política de la República.
TIPO DE PROCEDIMIENTO	
REQUIRENTE	<p>En autos RoI N° 5572-18-CDS, con fecha 31 de octubre de 2018, los H. Senadores de la República señoras Jacqueline Van Rysselberghe Herrera, Ena Von Baer Jahn, señores José Durana Semir, Rafael Prohens Espinosa, Víctor Perez Varela, Juan Antonio Coloma Correa, Juan Castro Prieto, Rodrigo Galilea Vial, Kenneth Pugh Olavarría, señora Luz Ebersperger Orrego, y señores David Sandoval Plaza, Ivan Moreira Barros y Francisco Chahuán Chahuán, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación (certificado a fojas 33), han deducido ante esta Magistratura Constitucional, en su calidad de órgano constitucional legitimado y conforme al artículo 93, inciso primero, N° 16, de la Constitución Política de la República, requerimiento de inconstitucionalidad respecto del artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018, que "Aprueba Reglamento para ejercer Objeción de Conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 Ter del Código Sanitario".</p> <p>En autos RoI N° 5650-18-CDS, con fecha 19 de noviembre de 2018, los H. Diputados de la República señores Javier Macaya Danús, Leopoldo Pérez Lahsen, Luciano Cruz Coke Carvallo, Jorge Alessandri Vergara, Sebastián Álvarez Ramírez, Pedro Pablo Alvarez-Salamanca Ramírez, señora Sandra Amar Mancilla, señores Nino Baltolu Rasera, Ramón Barros Montero, Jaime Bellolio Avaria, Bernardo Berger Fett, Sergio Bobadilla Muñoz, José Miguel Castro Bascuñán, señora</p>

	<p>Sofía Cid Versalovic, señores Juan Antonio Coloma Álamos, Alvaro Carter Fernández, señora Catalina Del Real Mihovilovic, señores Mario Desbordes Jiménez, Eduardo Durán Salinas, Francisco Eguiguren Correa, señora Camila Flores Oporto, señores Juan Fuenzalida Cobo, Sergio Gahona Salazar, Ramón Galleguillos Castillo, René Manuel García, Javier Hernández Hernández, señora María José Hoffmann Opazo, señores Harry Jürgensen Rundshagen, Pablo Kast Sommerhoff, Sebastián Keitel Bianchi, señora Issa Kort Garriga, señores Carlos Kuschel Silva, Joaquín Lavín León, señoras Aracely Leuquén Uribe, Karin Luck Urban, señores Patricio Melero Abaroa, Miguel Mellado Suazo, Andrés Molina Magofke, Celso Morales Muñoz, Cristhian Moreira Barros, señora Francesca Muñoz González, señores Nicolás Noman Garrido, Iván Norambuena Farías, señoras Paulina Núñez Urrutia, Ximena Ossandon Irarrázabal, señores Luis Pardo Sainz, Pablo Prieto Lorca, Guillermo Ramírez Diez, Jorge Rathgeb Schifferli, Rolando Rentería Moller, Hugo Rey Martínez, Leonidas Romero Sáez, Gustavo Sanhueza Dueñas, Alejandro Santana Tirachini, Frank Sauerbaum Muñoz, Diego Schalper Sepúlveda, Sebastián Torrealba Alvarado, Renzo Trisotti Martínez, señora Virginia Troncoso Helhnan, y señores Francisco Undurraga Gazitúa, Ignacio Urrutia Bonilla, Osvaldo Urrutia Soto, Cristóbal Urruticoechea Ríos, Enrique Van Resselberghe Herrera y Gastón Von Mühlenbrock Zamora, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación (certificado a fojas 41), igualmente, han deducido ante esta Magistratura Constitucional, en su calidad de órgano constitucional legitimado y conforme al artículo 93, inciso primero, N° 16, de la Constitución Política de la República, requerimiento de inconstitucionalidad respecto del artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo ° 67, del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018, que "Aprueba eglamento para ejercer Objeción de Conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 Ter</p>
--	---

	del Código Sanitario" (en adelante, indistintamente, "el Decreto" o "el "Re lamento").
REQUERIDO	NA
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	<p>1°. Que se acogen los requerimientos parlamentarios entablados en autos, en cuanto se declara inconstitucional el inciso segundo del artículo 13 del Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de 2018, que recoge el "Reglamento para ejercer la objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario".</p> <p>2°. Que, en consecuencia, la norma antes referida, que expresa que "Los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, no podrán ser objetores de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones de pabellón", queda sin efecto, de pleno derecho, a partir de esta fecha y con el solo mérito de la presente sentencia.</p>
RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA	<p>El artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67, dispone:</p> <p><i>"Los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Salud, no podrán ser objetores de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón".</i></p> <p>En cuanto a las infracciones constitucionales que se denuncian por las partes requirentes, las señoras y señores Senadores manifiestan la vulneración de la autonomía de los cuerpos intermedios y del derecho de asociación; la infracción del derecho a la objeción de conciencia institucional en su esencia; la vulneración de la reserva legal; y la infracción del derecho a participar</p>

con igualdad de oportunidades en la vida nacional, y del principio de igualdad ante la ley. Por su parte, las señoras y señores Diputados requirentes estiman vulnerada -al igual como lo hacen los Senadores- la autonomía de los cuerpos intermedios; y además, señalan la infracción al respeto al ideario de las personas jurídicas, y la afectación de la protección de la salud y la promoción del bien común.

OCTAVO: Que, desde la STC Rol N° 226, esta Magistratura viene pronunciándose uniformemente, en el sentido de reprobador toda interferencia estatal que no se conforme a lo dispuesto en el artículo i°, inciso tercero, de la Constitución, según el cual, "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".

Fue en ese veredicto donde se asentó que el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios o entes asociativos, es uno de los pilares básicos en la organización de la sociedad civil, y así lo establece, ya en su artículo 1°, la Carta Fundamental, garantizando al mismo tiempo su adecuada autonomía, a fin de permitirles, como células vivas de la sociedad, " la obtención de sus fines propios, contribuyendo de este modo a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la sociedad. Reconocimiento, amparo y garantía de su autonomía son los términos en que la Constitución se expresa a su respecto" (considerando 28° párrafo segundo).

Añadiendo que: "Dicha autonomía para cumplir con sus propios fines específicos implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar los objetivos que se desean alcanzar, para organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo,

	<p>y sin más limitaciones que las que impongan la Constitución" (considerando 29°);</p> <p>VIGESIMOCUARTO: Que, merced a lo expuesto precedentemente en STC Rol N° 3729, así como en la presente STC Rol N° 5572 (5650), cuadra extractar las siguientes conclusiones:</p> <p>i) La objeción de conciencia institucional, concretada en el Código Sanitario, artículo 119 ter, asume el carácter de un derecho con fuente constitucional, directamente derivado de la autonomía propia de los grupos intermedios de la sociedad y de la libertad de asociación.</p> <p>2) No siendo este derecho contrario al bien común ni originando perjuicio a terceros, no está en la ley imponerle condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, como tampoco gravarlo con sanciones u otra forma cualquiera de represión, que puedan inducir a su abdicación.</p> <p>3) El DS N° 67, del Ministerio de Salud, de 2018, en su artículo 13, inciso segundo, prohíbe hacer lo que la Constitución permite.</p> <p>4) Dicha prohibición reglamentaria carece igualmente de asidero legal. El Código Sanitario, al que accede, y el DFL N° 36, de Salud, de 1980, ambos cuerpos jurídicos trabados, favorecen una interpretación pro constitucional y a favor del derecho señalado;</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>DISIDENCIA</p> <p>Los Ministros señores Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva estuvieron por rechazar el requerimiento de fojas uno, teniendo para ello presente las siguientes consideraciones:</p> <p>31. Sostendremos que este es un caso en donde se realiza un control de constitucionalidad basado en un parámetro de control incierto e infundado.</p> <p>Incierto porque impide generar certezas jurídicas básicas para todos los actores sometidos a los dilemas que implican la invocación de la objeción de conciencia por parte de personas jurídicas, e infundados por cuatro razones que detallaremos. Primero, porque se trata de</p>

una decisión pretoriana de este Tribunal adoptada en dos sentencias de un modo desregulado.

Segundo, porque configura una objeción de conciencia para personas jurídicas sin recurrir a los mecanismos constitucionales que permiten adscribir derechos a éstas. Tercero, porque construye una objeción de conciencia doblemente ilimitada. Por una parte, al indicar que carece de límites y además porque la desvincula de su origen natural en la libertad de conciencia. Y, finalmente, porque el resultado de su decisión estatuye una novedad mundial: una objeción de conciencia para personas jurídicas de alcance general y concebida como derecho fundamental.

51. Las sentencias STC 3729 y 5572 han reconocido la objeción de conciencia de un modo doblemente ilimitado. Primero, porque efectivamente lo imputa como ausente de toda limitación puesto que basta su no consideración para entender que se asume afectada su esencia. Y, en segundo lugar, es ilimitado porque aparece desvinculada de la libertad de conciencia que la origina.

Objeción de conciencia institucional general y como derecho fundamental: una novedad mundial.

54. Finalmente, esta evolución normativa de la decisión de la mayoría termina por desarrollar una auténtica novedad mundial. Crea mediante sentencias una objeción de conciencia institucional de carácter general y como derecho fundamental. Con este parámetro de control, como punto de partida, no sólo no es posible compartirlo sino que las consecuencias siempre serán extraordinariamente disímiles. A veces no importará la legislación controlada con este amplísimo concepto de objeción de conciencia que abarca más derechos que los que las personas naturales pueden invocar, según ya veremos.

57. Los criterios que admiten el rechazo de este requerimiento se fundarán en algunos factores que parten de la base de determinados supuestos que hay que identificar previamente al conflicto constitucional

planteado. Primero, hay algunos presupuestos del debate en relación con la Sentencia Rol 3729.

Ésta configura un reconocimiento de la constitucionalidad de la prestación del aborto por tres causales y de algunos supuestos de objeción de conciencia. En segundo lugar, se trata de recordar los fundamentos constitucionales de la objeción de conciencia como una interpretación restrictiva. En tercer lugar, el Tribunal Constitucional no puede juzgar leyes vigentes ni privar de eficacia a las mismas. En cuarto término, tampoco el Tribunal Constitucional puede controlar dictámenes de la Contraloría General de la República. **En quinto lugar, el Estado debe proteger el libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud.** En sexto lugar, las entidades privadas de salud que ejecutan las acciones de salud deben configurar una conciencia mediata para especificar su objeción. Las personas con fines de lucro carecen de esa potestad. En séptimo lugar, es contradictorio con la autonomía de los cuerpos intermedios la objeción de conciencia institucional. las instituciones colaboradoras del Estado en materia de salud ejecutan una función pública que les exige la provisión de un libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud autorizadas. No ejercen una adecuada autonomía, propia de las organizaciones, los que no pueden por la vía de su ideario persuadir a sus integrantes y requieran de la fuerza del auxilio estatal para alcanzar la voluntad.

85. Realizamos un ejercicio de búsqueda de la objeción de conciencia en el examen de la web constituteproject.org y encontramos 14 casos sobre **194** países regulados en los siguientes términos. Primero, que más de 30 países reconocen la libertad de conciencia en sus Constituciones, entre ellos, Chile.

De éstos, solo **14** desarrollan algunas modalidades de objeción de conciencia en sus textos constitucionales en la oposición al servicio militar (Alemania, Brasil, España, Grecia, Holanda, Nigeria y Rumania); a la educación estatal obligatoria (Irlanda) o al abuso de

posición dominante de los empleadores de medios de comunicación sobre los periodistas bajo la fórmula de la cláusula de conciencia (Bolivia y República Dominicana). Asimismo, hay algunos casos relativos al establecimiento de reglas generales de objeción de conciencia mandatadas al legislador (Paraguay y Portugal) así como precauciones relativas a que la objeción de conciencia no perjudique a terceros o sea un mecanismo de impedimento de ejercicio de derechos fundamentales (Ecuador y Venezuela). En consecuencia, se trata de un reconocimiento constitucional de la objeción de conciencia como una gran excepción en el Derecho Constitucional comparado. En segundo término, que en estos escasos ejemplos se trata siempre de un derecho de las personas naturales. En tercer lugar, que podría admitirse, forzando el argumento, que no está prohibida la objeción de conciencia institucional en los casos de Paraguay y Portugal. Sin embargo, ello ya sería el resultado de una decisión del legislador y no una inferencia constitucional. Cuarto, que en todos ellos se identifican límites a su reconocimiento basados en la imposibilidad de vulnerar derechos fundamentales de otros, en no invocarla como forma de elusión de la ley o de no obstaculizar a otros su cumplimiento o ejercicio de derechos. Por lo tanto, se trata de una institución excepcionalísima en el mundo.

El Estado debe proteger el libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud.

102. Las acciones de salud devienen en un conjunto de prestaciones que se fundan directamente en la Constitución con determinadas características que no se pueden soslayar. El artículo 19, numeral 9° de la Constitución refleja una de las manifestaciones esenciales de derechos sociales con contenido material. Se trata de protección a la salud.

103. En este derecho se pueden describir todos los pasos que exige una prestación de salud autorizada en casos de aborto por tres causales. Por una parte, es la

	<p>Ley N° 21.030 la que autoriza una prestación de salud que se corresponde con una "acción de protección de la salud" (inciso segundo del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución). Si se invoca la objeción de conciencia, al Estado "le corresponderá la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud" (inciso tercero del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución), ejerciendo mediante normativas y coordinaciones las funciones de reasignación de profesional o de derivación. Es esa la razón que exige que los directores de los establecimientos de salud realicen estas coordinaciones con todo el sistema de salud sin distinguir si se trata de entidades públicas o privadas de salud. Adicionalmente, 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" (inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución).</p> <p>142. Partimos de la noción que la objeción de conciencia es individual, no institucional, y por ende únicamente los individuos que tienen conciencia pueden invocarla. El debate respecto de las personas jurídicas es cómo se suple esa ausencia de conciencia mediante el artificio de la voluntad y el ideario. Como ya vimos, no basta que un sujeto o un colectivo de sujetos, pueden aducir que frente a cualquier deber jurídico, la objeción de conciencia pueda ser invocada. Y por lo mismo, diremos que no puede ser invocada sin generar perjuicios a la propia conciencia de las personas naturales integrantes de dicha institución. Y expresaremos porqué no es conciliable con la defensa de la autonomía de los cuerpos intermedios.</p> <p>Finalmente, sostendremos que la enorme integración vertical en la industria de la salud pone en serio riesgo que las obligaciones públicas del sistema de salud en estas tres prestaciones se desbaraten por una voluntad objetora que supera la mera convicción personal y se transforma en una fuerza de desobediencia a la ley.</p>
--	--

162. El inciso segundo del artículo 2.3 del reglamento cuestionado impide a las instituciones prestadoras de salud acogidas al Decreto con Fuerza de Ley N° 36 invocar la objeción de conciencia. La mayoría estima su inconstitucionalidad de lo que discrepamos conforme a los siguientes argumentos. Primero, por el encuadramiento normativo de esas instituciones de salud. Segundo, por los criterios interpretativos que hemos identificado como la interpretación restrictiva de la objeción de conciencia en relación con un parámetro constitucional que exige verificar cómo extender esta facultad a personas jurídicas, acorde un ejercicio de derechos según su naturaleza jurídica. Y, en tercer lugar, como un examen ponderado a entidades de salud que, *prima facie*, en el marco de interpretaciones jurídicas excesivamente elásticas no tienen derecho a invocar esta objeción.

PREVENCIONES

Los Ministros señor Domingo Hernández Emparanza y señora María Pía Silva Gallinato concurren a acoger el requerimiento de inconstitucionalidad, pero **previenen** que no comparten lo expresado en los considerandos u° y 12° de la sentencia de mayoría, por las siguientes razones:

1°. Que el referido considerando u.° afirma que "la Constitución de 1980 innovó radicalmente respecto a la concepción estadocéntrica que inspiró a la Carta de 1925 e, incluso, al DL 1.552 aprobatorio del Acta Constitucional N° 3, de 1976", fundando esa aseveración tanto en lo que disponía el N° 16 al art. lo de la Carta de 1925, incorporado por la ley N° 17.398, de 1971, conforme la cual: "Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud", como en lo preceptuado en el Artículo Primero N° 19 del DL. 1552 aprobatorio del Acta Constitucional N° 3, cuyos incisos 2° y 3° establecían: "El Estado asume la responsabilidad de garantizar el libre e igualitario

	<p>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 integradas de salud" y "Es deber preferente del Estado la ejecución de acciones de salud, sin perjuicio de la libre iniciativa particular en la forma y condiciones que determine la ley".</p> <p>2°. Que el "estadocentrismo" es un concepto que proviene tanto de la sociología como de la ciencia política y dice relación con un modelo de sociedad que explica la experiencia política desde el Estado y sus instituciones, resultando opuesto al "sociocentrismo". Según este último concepto la realidad política se explica desde el actuar de las sociedades, basándose en que la unidad política primordial son las personas actuando como individuos o en grupos; el Estado refleja la realidad social; el poder político no reside en las instituciones estatales en sí mismas, sino en las personas que operan a través de ellas; y, en fin, la soberanía se encuentra fragmentada y descentralizada por lo cual las relaciones políticas se construyen "desde abajo hacia arriba" (Eneko Sanz <i>"Estadocentrismo, sociocentrismo y estatismo en la construcción de paz posbélica"</i>, julio de 2010).</p> <p>3°. Que, mientras tanto, en el modelo "estadocentrista" las decisiones públicas se imponen por el Estado en forma monopólica, con un estilo de gobierno "desde arriba hacia abajo", que organiza un control autoritario de aparatos burocráticos y una movilización de recursos y soportes que se expresan a través de un marco y límites a las actividades de los ciudadanos, apareciendo el aparato estatal como el defensor del orden público y generador del espacio público estatal (Freddy Martínez Navarro, <i>"¿Estado regulador o autoregulación social? Una reflexión sobre el rol del Estado en las redes de política"</i>, Revista Chilena de Administración Pública N° 13, junio 2006).</p> <p>4°. Que, si bien la Constitución de 1925 no contemplaba en su texto un precepto que garantizara expresamente la autonomía de los cuerpos intermedios</p>
--	--

y reconociera el rol que cumplen de contribuir a crear las condiciones sociales para alcanzar el bien común, como se deduce de lo dispuesto en los incisos 3° y 4° del art. 1° de la Carta Fundamental actual, de su propio texto no puede afirmarse que ésta se encontraba inspirada en una concepción "estadocéntrica" y que la Constitución de 1980 innovara "radicalmente" en esta materia.

5°. Que, en efecto, la ley N° 17.398 de 1971, llamada "Estatuto de Garantías", introdujo una serie de reformas a la Constitución de 1925 con el objeto de concretar a través de su letra los progresos del constitucionalismo mediante el perfeccionamiento de la regulación de los derechos que aseguraba su texto primitivo y la consagración de algunos nuevos, entre los cuales se encuentran aquellos que buscan fortalecer el rol que cumplen los grupos intermedios en la sociedad.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo impugnado, advirtiendo, además, que existe un equivocado entendimiento respecto del alcance de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales y que está en la base de la controversia, tal como se explicará a continuación:

10.- La solución de la controversia referida al alcance de la objeción de conciencia está intrínsecamente ligada a la STC 3729/2017 en virtud de la cual esta Magistratura resolvió el conflicto sobre la constitucionalidad del proyecto de ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (boletín N° 9895-11). No debe olvidarse que en dicha oportunidad se consideró la objeción de conciencia como un aspecto indivisible de lo decidido respecto de la *no* penalización de prácticas abortivas en ciertas circunstancias. En otras palabras, la regla sobre objeción de conciencia definida en la Ley No 20.030 luego del control de

constitucionalidad que tuvo lugar en esta sede constituye un elemento sin el cual la constitucionalidad de la interrupción abortiva del embarazo no puede subsistir.

20.- En ocasiones, los términos jurídicos que se utilizan pueden dar lugar a equívocos. Bien podría ser éste el caso, en especial si la perspectiva con que se aborda omite la "historia completa" a la que se ha aludido precedentemente. Desde un punto de vista abstracto (no contextualizado), una regla de objeción de conciencia es una de carácter excepcional. Es decir, comúnmente se alude a la objeción de conciencia como un derecho, inspirado en una convicción religiosa o ética, a que se reconozca excepcionalmente respecto del objetor, la posibilidad de no cumplir con una obligación legal o de realizar una acción prohibida por el derecho.

Ahora, si se incorpora el contexto al cual nos hemos referido en el considerando anterior para identificar los contornos de lo que se identifica como objeción de conciencia en la presente situación, nos daremos cuenta que la conducta "objectora" es coincidente con aquel comportamiento que constituye la regla general, esto es, respetar *"la vida del que está por nacer"* (artículo 19, N° 10, inciso segundo, de la Constitución). Si se tiene presente lo recién señalado, se estará utilizando la perspectiva adecuada (y posiblemente más clara) para abordar esta causa.

70.- En suma, estimamos importante recordar que el asunto sometido a nuestro conocimiento exige, para su debida comprensión, tener presente la función que la institución de la objeción de conciencia ha cumplido en el debate sobre la constitucionalidad de la ley de aborto en tres causales y que sirve de contexto ineludible para evaluar el presente conflicto.

SENTENCIA ROL

STC ROL N° 2787-15

TRIBUNAL	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
FECHA (ingreso y fallo)	12 de marzo de 2015	1 de abril de 2015
MATERIA	Declaración de inconstitucionalidad de todo o parte de las normas que indican del proyecto de ley contenido en el Boletín 9366- 04, que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado.	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS		
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	Marco constitucional de la educación privada, se refieren extensamente a la autonomía de los cuerpos intermedios y a las garantías de la libertad de enseñanza en la Constitución Política, con especial énfasis en la autonomía organizativa y en el deber del Estado de financiar la educación básica y media para que sean gratuitas, lo que a la luz de las normas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño no puede ser utilizado para limitar la libertad de los particulares en orden a establecer y dirigir establecimientos educacionales.	
TIPO DE PROCEDIMIENTO	Control preventivo	
REQUIRENTE	10 Senadores de la República	
REQUERIDO	Compareció en calidad de requerido un representante del gobierno defendiendo el proyecto.	
HERRAMIENTAS DE INTERPRETACION	34°. Que, en forma previa, debemos indicar que, en los últimos años: "el problema de la interpretación constitucional parece estar en el centro de la teoría jurídica. Una de las razones de aquello es el carácter de supralegalidad que se reconoce a las constituciones contemporáneas: la interpretación constitucional es, así, una interpretación superior a la de las otras normas;	

	<p>o, si se quiere decir de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de posibilidades para la interpretación de todas las otras normas; establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en inconformidad) con la Constitución° (Manuel Atienza, Los Límites de la Interpretación Constitucional, en obra colectiva compilada por Rodolfo Vázquez, Editorial Fontamara, México, 2006, pág. 187 y siguientes);</p>
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	<p>En materia de libertad de enseñanza, en especial a los fallos roles Nos 352, 410, 423, 465, 771, 1361, 1363 y 2731.</p>
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	<p>1) Que se acoge el requerimiento de fojas uno, sólo en cuanto se declara inconstitucional aquella parte de la norma contenida en el artículo 1°, N° 7), letra c), del proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado (Boletín N° 9366-04), modificatoria del artículo 13 de la Ley General de Educación, y que señala: <i>"Para estos efectos no se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en el numeral 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República"</i>, la que deberá eliminarse de su texto.</p> <p>2) Que se rechaza el requerimiento de fojas uno en lo que se refiere a los artículos 2°, N° 5), letra f), y :1 N° 6), y artículo vigesimosexto transitorio; artículo 1°, sic Emma, 11° 9), letra b); artículo 2°, N° 1), letra a); artículo 2°, N° 5), letra a), y artículo segundo transitorio; artículo 2°, N° 3); artículo 2°, N° 7), letra a); artículo 2°, N° 5), letra e); artículos tercero transitorio, cuarto transitorio y quinto transitorio del proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado (Boletín N° 9366-04). Acordado el rechazo del requerimiento en este punto resolutive, por haberse producido empate de votos, con el voto dirimente del</p>

	<p>Presidente del Tribunal, de acuerdo a lo dispuesto en la letra g) del artículo 8° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.</p>
<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>9°. Que el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) asegura que <i>"los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones."</i> Más allá de la dimensión de resguardo de la libertad religiosa, no controvertida en autos, cabe analizar en qué consiste la libertad reconocida a los padres de escoger colegios diversos a los estatales, recurriendo a las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptada en el 21er. período de sesiones en diciembre de 1999. El antiguo Comité ONU interpreta que "el segundo elemento del párrafo 3 del artículo 13 es la libertad de los padres y tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las públicas, "siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe". Esa disposición se complementa con el párrafo 4 del mismo artículo 13, que afirma "la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza", siempre que satisfagan los objetivos educativos expuestos en el párrafo 1 DEL artículo 13 y determinadas normas mínimas. Estas normas mínimas pueden referirse a cuestiones como la admisión, los planes de estudio y el reconocimiento de certificados. Las normas mínimas, a su vez, han de respetar los objetivos educativos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13.</p> <p>Finalmente, los artículos 28 y 29 de la Convención de Derechos del Niño reconocen un conjunto de derechos</p>

	<p>en la esfera de la educación y la enseñanza de los niños, pero sin vincularlos a la libertad de los padres de escoger un establecimiento educacional para ellos;</p> <p>10°. Que del estándar internacional en materia de derechos humanos podemos colegir que el derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional para sus hijos tiene un reconocimiento que enfatiza reglas adicionales al mero ejercicio de la libertad por parte de los padres. Se pone particular atención en que uno de los modos de satisfacer tal libertad es posibilitando una oferta no estatal de educación, siempre que ésta cumpla con determinadas reglas mínimas, entre otros asuntos, acerca de la admisión a los colegios, según lo manifiesta la interpretación del Comité de Naciones Unidas acerca del artículo 13 del PIDESC. En síntesis, se trata de una libertad indelegable puesto que la exclusiva titularidad reside en los padres o tutores legales que son los únicos llamados a escoger para y por sus hijos. Ahora bien, es un deber de ellos, porque carecen de la libertad de no educar a sus hijos. Es el ejercicio de opciones que se da en el mejor interés de los niños y, por lo mismo, esta libertad no autoriza a los padres a privar de la educación a sus hijos o pupilos en los niveles primarios y básicos, como contrapartida del deber estatal de provisión gratuita de servicios educacionales. Por lo mismo, ésta es una titularidad que acentúa los derechos y deberes del artículo 19, numeral 10°, de la Constitución, consagrados para los padres. De lo anterior se desprende que no existe un derecho implícito de los establecimientos educacionales para sustituir esa libertad. Sólo es consistente con el ejercicio de tal opción la existencia de información que permita que esta libertad se dé en un marco de consentimiento y adhesión a un ideario educativo que los padres conozcan realmente.</p> <p>Pero estos actos preparatorios de comunicación, por parte de los establecimientos de enseñanza, no les otorgan a éstos el derecho a relevar la opinión</p>
--	--

preferente de los padres. E, incluso, en esa condición nada impide que el Estado fije las reglas mínimas que configuren los procesos de admisión. Sin embargo, resulta evidente que el estándar internacional de los derechos humanos en la materia es insuficiente para explicar todos los alcances del ejercicio de esta libertad de los padres, lo que requiere que se manifieste la actividad estatal del legislador para concretar ese mandato constitucional;

12°. Que, por lo mismo, no es propia del ámbito de la organización de un establecimiento educacional la capacidad de disponer reglas generales que rijan los procesos de admisión en cualquiera de los niveles, por tratarse de un evidente asunto de interés público. Lo anterior está lejos de cercenar las libertades de los propios establecimientos, puesto que el propio artículo 13 del PIDESC les garantiza que "nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado" (artículo 13.4 del PIDESC). En tal sentido, cabe indicar que los principios del párrafo 1 "reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz" (artículo 13.1 del PIDESC). Es el propio tratado el que, al garantizar la pervivencia de un sistema escolar

	<p>pluralista, ratifica la dimensión de competencia estatal de los procesos de admisión;</p> <p>30°. Que partiremos con el criterio identificado en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, adoptadas en el 21er. período de sesiones, de diciembre de 1999, relativo a los límites del artículo 13.3 y 13.4 del PIDESC. Ahí se advierte que "en aplicación de los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades y participación real de todos en la sociedad, el Estado tiene la obligación de velar e la libertad consagrada en el párrafo 4 del artículo 13 no provoque disparidades extremadas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad." Esto implica que las prestaciones educativas del sistema de provisión mixta, garantizadas por los tratados respectivos, no pueden generar desventajas en la enseñanza para determinados colectivos sociales. El punto es que esas disparidades se han producido y no es posible eludir la segregación social en la que ha derivado el proceso de selección;</p> <p>43°. Que, en consideración a lo expuesto, las siguientes disposiciones del Proyecto (en las partes individualizadas en el requerimiento) son inconstitucionales por vulnerar el artículo 19, N° 11°, inciso primero, y el artículo 19, N° 2°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República: el artículo 1°, N° 9, letra b); el artículo 2°, N° 1, letra a); el artículo 2°, N° 5, letra a), y el artículo 2° transitorio;</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>Por consiguiente, la Ministra señora Marisol Peña Torres, los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Juan José Romero Guzmán, la Ministra señora María Luisa Brahm Barril y el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar, estuvieron por acoger el requerimiento también en esta parte, y declarar inconstitucionales el artículo 2°, N°5 letra e) y los artículos 3°, 4° y 5° transitorios del proyecto de ley, referidos a la prohibición de arrendar</p>

	<p>inmueble por parte del sostenedor, y que establece regímenes excepcionales.</p> <p>La Ministra señora Marisol Peña Torres, los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Juan José Romero Guzmán, la Ministra señora María Luisa Brahm y el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar previenen que concurren a la decisión de acoger el requerimiento en lo que se refiere al artículo 1º, N° 7), letra c), del proyecto de ley, y que estuvieron por declarar inconstitucional, en los términos señalados por éste, aquella oración que señala <i>"Para estos efectos no se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en el numeral 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, sin perjuicio de lo establecido en la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza"</i>.</p>
--	---



SENTENCIA

STC ROL N° 1710-10-INC.

TRIBUNAL	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
FECHA (ingreso y fallo)		6 de agosto 2010
MATERIA	Acción de Inconstitucionalidad	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	Artículo 38 ter de la Ley N° 18.933	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	artículo 19, N°s 2, 9, 18 y 26,	
TIPO DE PROCEDIMIENTO	Inconstitucionalidad	

REQUIRENTE	Tribunal, de oficio, decidió iniciar el presente proceso a los efectos de examinar la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, previamente declarado inaplicable por sentencias roles 976, 1218, 1273 y 1287, en atención a que su aplicación en las gestiones judiciales pendientes en los primeros dos casos referidos resultaba contraria a los numerales 2° y 9° del artículo 19 de la Constitución Política, mientras que en los otros dos casos transgredía los numerales 2°, 9° y 18° del mismo precepto constitucional aludido.
REQUERIDO	NA
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	<p>Jurisprudencia del TC en materia de inconstitucionalidad</p> <p>VIGÉSIMO: Que el 26 de marzo de 2007, el Tribunal Constitucional dictó sentencia en la causa Rol 681, declarando, por primera vez en la historia constitucional de Chile, la inconstitucionalidad de un precepto jurídico -el artículo 116 del Código Tributario-. Sobre el contenido y alcance de la facultad ejercida, la sentencia señaló que esta <i>“nueva atribución conferida al Tribunal Constitucional, tiene directa relación con los principios de supremacía constitucional, de concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley”</i>, agregándose, en el considerando sexto que se transcribe, que ella <i>“afecta, al mismo tiempo, el principio de certeza jurídica”</i>;</p> <p>VIGESIMOSEGUNDO: Que la envergadura de esta nueva atribución del Tribunal Constitucional y la repercusión que su ejercicio produce en el ordenamiento jurídico han sido asumidas nítidamente por la jurisprudencia producida por esta Magistratura. En efecto, en sentencia de fecha 5 de junio de 2007, recaída en causa Rol 558, que rechazó la acción de inconstitucionalidad formulada respecto del artículo 416 del Código Procesal Penal, esta Magistratura sostuvo que <i>“es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía</i></p>

constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado de un órgano legislativo -expresión éste (sic) irrecusable de la soberanía popular- , sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto”, agregándose en el mismo fallo que: “Una decisión de tal envergadura requiere la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene en una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma”;

VIGESIMOTERCERO: Que en sentencia de 26 de mayo de 2009, en causa Rol 1345, que declaró la inconstitucionalidad de determinadas expresiones del artículo 171 del Código Sanitario, esta Magistratura diferenció nítidamente entre la atribución de la cual dispone para resolver sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal y aquella que lo habilita para resolver su inaplicabilidad por inconstitucionalidad en una gestión judicial pendiente, sosteniendo que *“los exámenes propios de la acción de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, tanto por su regulación constitucional como por sus efectos en las respectivas sentencias, son de naturaleza diversa. Así, el primero exige examinar si la concreta aplicación de un precepto legal a un caso determinado -que constituye la gestión pendiente- es capaz de producir en él un resultado contrario a la Constitución, mismo que la sentencia debe evitar, declarando inaplicable la norma para ese solo caso. En cambio, el juicio que ha de emitirse en una acción de inconstitucionalidad exige, por los mismos efectos generales del fallo, un análisis*

	<p><i>abstracto, siendo procedente acoger la acción sólo si se concluye que el texto legal, en cualquier circunstancia y cualquiera sea la interpretación que de él se haga, infringe la Carta Fundamental. Por lo mismo, este Tribunal ha sostenido que no constituye un deber, sino una facultad declarar inconstitucional un precepto previamente declarado inaplicable”;</i></p>
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	SE RESUELVE QUE LOS NUMERALES 1, 2, 3 y 4 DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933, SON INCONSTITUCIONALES
RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA	<p>Con anterioridad a la incorporación del artículo 38 ter a la legislación del rubro, por la Ley N° 20.015, el régimen establecido en el año 1995 por la Ley N° 19.381 <i>“otorgaba a las Isapres amplias facultades, que generaban la posibilidad que en cada proceso de adecuación podían modificar el precio base del plan, sus beneficios y la tabla de precios o factores, dando origen en la práctica a una discriminación entre personas afiliadas a un mismo tipo de plan”</i>. En el año 2005, la Ley N° 20.015 incorporó a la denominada “Ley de Isapres” –N° 18.933- los artículos 38, 38 bis y 38 ter, los cuales, en términos generales, según se relata, establecieron un “nuevo régimen para la determinación del precio de los contratos de salud y su posibilidad de revisión por parte de las Isapres”</p> <p>SEGUNDO: Que es sabido que la excepcional facultad de un órgano jurisdiccional para derogar una ley proveniente de los órganos colegisladores portadores de la voluntad popular se inauguró bajo la denominación de <i>judicial review</i> en 1803 con la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos dictada en el caso <i>Marbury versus Madison</i>, mediante la interpretación de la Constitución que la propia Corte hizo en relación con sus atribuciones constitucionales: <i>“La demanda fue rechazada como no admisible, pero en su argumentación para llegar a la decisión el chief justice Marshall sentó la base para el control de constitucionalidad”</i> (Wolfgang Hoffmann-Riem: La división de poderes como principio del ordenamiento,</p>

en: Konrad Adenauer Stiftung, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007, Tomo I, p. 221); **CUADRAGÉSIMO:** Que los efectos de todas las sentencias del Tribunal Constitucional, especialmente de aquellas que, como en la especie, resuelvan una cuestión de constitucionalidad, deben entenderse a la luz del principio de la **supremacía constitucional** consagrado en el artículo 6° de la Constitución, especialmente desde dos perspectivas fundamentales. Por una parte, el deber de observancia que a ella deben los titulares e integrantes de los órganos del Estado y, por la otra, su irradiación a toda persona, institución o grupo. El sustento de esta segunda perspectiva es que la comunidad tiene también *“el deber de reconocer, respetar y amparar los derechos fundamentales de sus integrantes, sometiéndose tanto a su soberanía y a las autoridades legítimas que la ejerzan, como a los principios democrático y de juridicidad”* (Jorge Reyes Riveros: La Supremacía Constitucional en Chile, en: Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año XI, N° 11, 2007, p. 110);

QUINCUAGÉSIMO: Que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763, de 1979, y de las leyes 18.933 y 18.469, dispone lo siguiente:

“Artículo 38 ter.- *Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.*

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

	<p><i>Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:</i></p> <ol style="list-style-type: none"><i>1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;</i><i>2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;</i><i>3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;</i><i>4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;</i><i>5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo. En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.</i> <p><i>Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.</i></p> <p><i>Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.</i></p> <p><i>Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la</i></p>
--	--

anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 38.”;

QUINCUAGESIMOCUARTO: Que la tabla de factores aludida es aquella definida en la letra n) del artículo 2° de la Ley N° 18.933, actual artículo 170 en el texto refundido de dicha legislación (D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005), en los términos siguientes:

“Artículo 170.- *Para los fines (de la Ley N° 18.933) de este Libro se entenderá:*

n) *La expresión "tabla de factores" por aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan.”;*

QUINCUAGESIMOCTAVO: Que las tres primeras reglas relativas a los rangos de edad están destinadas a fijar tramos según se sigue: i) Un tramo desde el nacimiento hasta menos de dos años, ii) Los tramos que van desde los dos años hasta los ochenta años, según límites de un mínimo de tres años y un máximo de cinco años, y iii) El o los tramos “*que correspondan*” después de los ochenta años, fijados por la Superintendencia. Debe señalarse que el segundo grupo de tramos es, en verdad, un amplio espacio etéreo en el que pueden tener cabida entre 15 y 26 tramos, dependiendo de la

cantidad de años máxima o mínima establecida en la norma;

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS POR EL PRECEPTO LEGAL BAJO EXAMEN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

OCTOGESIMOCUARTO: Que los derechos que se encuentran consagrados en las disposiciones constitucionales consideradas trasgredidas por las sentencias previas de inaplicabilidad que dan sustento a este proceso, sólo pueden ser descritos si se enmarcan en su sustrato normativo constitucional -en la dignidad de la persona- y en su pertenencia a la calidad de derechos fundamentales.

OCTOGESIMOSÉPTIMO: Que, como lo declaró esta Magistratura en causa Rol 1287, *“el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido de que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos”* (considerando decimoctavo);

NONAGESIMOTERCERO: Que los derechos consagrados en las disposiciones constitucionales que se estimaron vulneradas por la aplicación concreta del artículo 38 ter en las sentencias de inaplicabilidad que dan sustento al proceso de autos, esto es, aquellos que aseguran a toda persona los numerales 2º, 9º y 18º del artículo 19 de la Constitución, son: a) fundamentales, apegándose a los citados criterios entregados por la doctrina, y b) corresponden a lo que Alexy denomina

normas de principios, esto es, mandatos de optimización, cuya dilucidación en caso de conflicto debe ser abordada con el criterio de la ponderación;

El rol constitucional del legislador y del administrador en la regulación de los derechos sociales.

CENTESIMODECIMO CUARTO: Que los principales derechos sociales que la Constitución asegura a todas las personas son configurados a partir de la posibilidad de acceder a una determinada prestación. Así sucede con el derecho a la protección de la salud, en que se debe proteger *“el libre e igualitario acceso a las acciones”* (artículo 19, N° 9°); lo mismo sucede con el derecho a la seguridad social, en que la acción del Estado debe estar dirigida *“a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones”* (artículo 19, N° 18°);

CENTESIMODECIMO QUINTO: Que la Constitución garantiza el acceso a dichas prestaciones asignándole roles al Estado y a los particulares;

CENTESIMODECIMO SEXTO: Que la Ley Fundamental le asigna al Estado un rol de control o supervigilancia. Así, establece que al Estado le corresponde el *“control de las acciones relacionadas con la salud”* (artículo 19, N° 9°) y, tratándose del derecho a la seguridad social, dispone que *“el Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”* (artículo 19, N° 18°);

CENTESIMODECIMO NOVENO: Que este deber del Estado está asociado a que la Constitución no garantiza el derecho a la salud, sino que el derecho *“a la protección de la salud”*;

CENTESIMOTRIGESIMO PRIMERO: Que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una

interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N° 9°) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N° 18°). Así, en primer lugar, el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos. Las expresiones de la Constitución son claras en este sentido, toda vez que se obliga al Estado a “*garantizar*” el goce de los derechos; asimismo, se faculta al legislador para establecer cotizaciones obligatorias (numerales 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución);

CENTESIMOTRIGESIMOSEGUNDO: Que, por otra parte, la Constitución incorpora el principio de universalidad subjetiva, pues estos derechos se encuentran asegurados a todas las personas, sin distinciones de ninguna especie.

La expresión “*todas las personas*” no sólo forma parte del encabezado del artículo 19 constitucional, sino que se refleja en el uso de los términos “*cada persona*”, que utiliza su numeral 9°, “*prestaciones básicas uniformes*” y “*todos los habitantes*”, contenidos en su numeral 18°;

CENTESIMOTRIGESIMOSEXTO: Que la vinculación estrecha entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social se ve manifestada en los propósitos de los sistemas de seguridad social, que son los de asegurar a sus beneficiarios “*condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos como la desocupación, la vejez, la incapacidad, entre otros, que les impiden a quienes los experimentan obtener, mediante el trabajo, los medios indispensables para su subsistencia o la de su grupo familiar.*” (Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira: Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I, p. 210).

Como se observa, el factor edad es constituyente de ambas garantías, resultando incompatible con sus respectivos propósitos el que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida;

Examen de constitucionalidad

CENTESIMOCUADRAGESIMOQUINTO: Que, en primer lugar, es dable observar que si bien las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas, no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco *prima facie* arbitrarias, **siempre que respondan a una fundamentación razonable**, sí lo son aquellas que se derivan de dichos preceptos. En efecto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 son contrarios a la igualdad ante la ley asegurada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo precepto legal le entrega a la Superintendencia del ramo para determinar, a través de “*instrucciones de general aplicación*”, los topes de edad, dentro de la estructura de las tablas de factores que, a su vez, deben utilizar las Isapres al elaborar los planes de salud que ofrezcan a sus afiliados y para determinar la manera cómo influirá en la variación del precio de tales contratos el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario del respectivo plan en razón de su edad;

CENTESIMO SEPTUAGESIMO SEGUNDO: Que, por las argumentaciones desarrolladas en esta sentencia, queda demostrado que se declarará la inconstitucionalidad de los preceptos en cuestión basándose en los mismos vicios detectados en los casos ya resueltos en sede de inaplicabilidad;

**CARACTERISTICAS
DE LA VOTACION**

El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto previene que concurre a lo resuelto en la sentencia, pero lo hace basado únicamente en la consideración de que los preceptos legales declarados inconstitucionales contienen una regulación incompleta e imprecisa de las reglas a utilizar en la configuración de la estructura de las tablas de factores que se utilizan para reajustar el precio de los planes de salud, lo que ha permitido: a) el establecimiento de diferencias arbitrarias entre los diferentes grupos de beneficiarios y, b) un incumplimiento del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud en la forma y condiciones que determine la ley, mandato que ésta no ha cumplido a cabalidad.

Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Francisco Fernández Fredes concurren a lo resuelto en esta sentencia, pero previenen en el sentido de que, en su opinión, la inconstitucionalidad comprende todo el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (hoy artículo 199 del DFL N° 1, de Salud, de 2005), en razón de las siguientes consideraciones:

I. Naturaleza jurídica del contrato de salud

previsional. Que, contra lo sostenido en estrados por algunas de las personas que emitieron opinión en favor de la constitucionalidad de la norma legal materia de examen, el contrato de salud previsional es una institución jurídica que se inscribe dentro del ámbito de la seguridad social y, por consiguiente, presenta diferencias sustanciales respecto del contrato de seguro mercantil regulado en el Código de Comercio y en sus leyes complementarias.

II. Transgresión al principio de reserva legal en la regulación de las condiciones para la prestación de acciones de salud. Que aun para el evento de considerarse (como lo hace este fallo) que un mecanismo de reajuste razonable y proporcionado de los montos de las primas por los contratos de salud previsional no sería en sí mismo inconstitucional, incluso basando tales reajustes en los criterios de sexo y edad de los asegurados, resulta inconcuso para estos

previnientes que ello sólo podría hacerse por medio de una ley que fijara precisa e inequívocamente la fórmula de reajustabilidad y no encomendando tal facultad a la autoridad administrativa ni mucho menos habilitando a las Isapres para determinar libremente los factores a aplicar con tal objeto. Por ello, son también inconstitucionales todos los preceptos contenidos en el mencionado artículo que así lo permiten.

Lo anterior se basa en el claro tenor del inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 constitucional, en cuya virtud **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.

Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Marisol Peña Torres, quien estuvo por negar lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 –que corresponde al actual artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005-, en la parte que indica la sentencia, por las razones que se consignan a continuación:

I.- De la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal. 6°.- Que, así, una primera consideración inherente al examen que tiende a determinar la inconstitucionalidad de un precepto legal consiste en que el juicio que realiza el Tribunal Constitucional sea el propio de un control abstracto que, por su propia naturaleza, está destinado a producir efectos *erga omnes*. En la sentencia recaída en los roles N°s. 558 y 590 acumulados, nuestra Magistratura señaló, en este sentido, que: *“el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular”* (considerando 5°).

	<p>Por su parte, explicando la diferencia entre el juicio de inaplicabilidad y el de inconstitucionalidad de un precepto legal, este Tribunal ha sostenido que: <i>“el carácter concreto y no abstracto del requerimiento de inaplicabilidad y de la sentencia de esta Magistratura que lo decide, son de efectos necesariamente acotados a las partes respectivas, debiendo ser desestimada toda pretensión de extenderlos a otras gestiones pendientes, sean iguales o semejantes, porque hacerlo involucraría infundirle las cualidades de abstracción y generalidad que singularizan el pronunciamiento de inconstitucionalidad, erga omnes, de cierta disposición legal.”</i> (Sentencia Rol N° 1.218, considerando 13°).</p> <p>En efecto, el análisis tendiente a determinar la eventual inconstitucionalidad de un precepto legal, por mucho que tenga como antecedente una o más declaraciones previas de inaplicabilidad de la misma norma, debe superar el solo juicio de aquéllas para proyectarse sobre todas las posibles situaciones de aplicación de la norma, sin referencia a una o varias situaciones particulares.</p> <p>Ésta es la única forma de armonizar la declaración de inconstitucionalidad que se pretende con la presunción de legitimidad que ampara a los actos del legislador y que, en definitiva, llevará a expulsar la norma cuestionada del ordenamiento jurídico vigente.</p> <p>Por otra parte, y en opinión de quien suscribe este voto, debe considerarse que la sentencia constitucional por la cual se deroga un precepto legal introduce una profunda alteración en el sistema de fuentes del derecho, según el cual la ley, en principio, sólo puede quedar sin efecto de la misma manera en que fue aprobada. Así, dejar sin efecto una ley en virtud de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que declara su inconstitucionalidad exige un ejercicio de particular prudencia por parte de una Corte como ésta;</p> <p>II.- Los fallos previos de inaplicabilidad recaídos sobre el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 y su relación con este proceso de inconstitucionalidad.</p>
--	---

	<p>15°.- Que, con miras a resolver la cuestión que ocupa a esta Magistratura, resulta necesario precisar las características que tienen los aludidos pronunciamientos de inaplicabilidad -que corresponden a la modalidad de un control concreto de constitucionalidad-, que sólo obligan al juez y a las partes que intervienen en la gestión judicial pendiente en la que, precisamente, se ha solicitado inaplicar un precepto legal;</p> <p>16°.- Que, desde el punto de vista de tales características, puede sostenerse que:</p> <ol style="list-style-type: none">1) Las referidas acciones de inaplicabilidad fueron deducidas por personas afiliadas a diversas Instituciones de Salud Previsional (Isapres), quienes fueron notificadas, mediante la respectiva carta de adecuación, de un alza en el precio de su plan de salud como consecuencia de la modificación experimentada en el valor de éste, no en su precio base, sino que en la aplicación de la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en base a los factores de edad y sexo, respectivamente.2) Los diversos requirentes de inaplicabilidad, en cada uno de esos procesos, fueron personas de 60 años de edad o más.3) Cada uno de los procesos de inaplicabilidad registró, como gestión pendiente, sendos recursos de protección deducidos ante las Cortes de Apelaciones del país, reclamando de la ilegalidad y arbitrariedad en que había incurrido la Isapre respectiva, al subir unilateralmente el precio del plan de salud por aplicación de la tabla de factores ya mencionada.4) Los respectivos contratos de salud habían sido suscritos antes y después de la vigencia de la Ley N° 20.015, que modificó el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en julio del año 2005.5) Los preceptos constitucionales que se estimaron vulnerados por las respectivas sentencias de inaplicabilidad fueron los numerales 2° (igualdad ante la ley); 9° (derecho a la protección de la salud, en lo que
--	---

se refiere, específicamente, a la libertad de elegir el sistema de salud); y 18° (derecho a la seguridad social) del artículo 19, sobre la base de las argumentaciones que se sintetizarán más adelante. Estos preceptos son los únicos sobre los cuales puede fundarse una eventual declaración de inconstitucionalidad de acuerdo a lo prevenido por el artículo 47 V de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional;

III. Análisis constitucional en abstracto del artículo 38 ter de la Ley de Isapres e interpretaciones posibles. 30°.- Que, en otras palabras y a juicio de quien suscribe este voto, la introducción de factores de edad y de sexo en las tablas de factores no resulta inconstitucional en sí misma, sin desconocer que su aplicación a determinadas situaciones es la que podría producir resultados contrarios a la Carta Fundamental, dependiendo de si el alza del precio del plan de salud, efectivamente, importa la afectación de derechos fundamentales;

IV. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres. 44°.- Que al declararse inconstitucionales los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, objeto de este proceso, y por efecto de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución, tales numerales quedarán derogados desde la fecha en que se publique esta sentencia en el Diario Oficial.

Concretamente, lo que quedará derogado, a partir de ese momento, serán las reglas a las cuales debía sujetarse, hasta hoy, la Superintendencia de Salud para fijar los rangos de edad que componen las tablas de factores sobre la base de tramos que consideran: a) desde el nacimiento hasta los dos años de edad; b) desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta, con un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; c) la determinación de tramos desde los ochenta años de edad; y d) la fijación, cada diez años, de la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo. Al no

declararse inconstitucional el numeral 5 del inciso tercero del artículo 38 ter que se analiza, subsiste el imperativo de que, en cada tramo, el factor que corresponda a una carga no pueda ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo; **47°.-** Que, atendido lo recién expresado, puede apreciarse que el principal efecto de la declaración de inconstitucionalidad que pronuncia la presente sentencia consiste en potenciar la **libertad** de que gozan las Instituciones de Salud Previsional para determinar los actores de cada tabla que empleen sobre la base de la estructura, por tramos de edad, sexo y condición de cotizante y carga, que, también, determine **libremente** la Superintendencia de Salud al no existir reglas objetivas, fijadas por la ley, que establezcan la mínima certeza en los tramos de edad.

En este punto hay que atender a lo señalado en el considerando 57° de la sentencia, cuando sostiene que *“la observancia de estas reglas (las que se contienen en el inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933) es una condición de ejercicio, tanto de la potestad de la Superintendencia para fijar la estructura de las tablas de factores regulada en el inciso segundo, como de la libre determinación de los factores dentro de la tabla por parte de las Isapres, conforme al inciso cuarto.”*;

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, quien estuvo por desechar la acción de inconstitucionalidad, teniendo presente las siguientes consideraciones:

I. PRECEPTO LEGAL QUE PODRÍA ESTIMARSE CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

II. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA INAPLICABILIDAD PREVIA COMO REQUISITO ESENCIAL.

III. EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LOS PRONUNCIAMIENTOS PREVIOS DE INAPLICABILIDAD.

	<p>IV. EN DECISIONES PREVIAS DE INAPLICABILIDAD ESTE DISIDENTE ESTIMÓ QUE EL PRECEPTO LEGAL EN CUESTIÓN NO RESULTABA DECISIVO.</p> <p>V. SE PRETENDIÓ -EN EL HECHO- EN LOS PROCESOS PREVIOS DE INAPLICABILIDAD UNA ACCIÓN DE AMPARO DE DERECHOS FUNDAMENTALES, LO QUE ES DE COMPETENCIA, EN DEFINITIVA, DE LA CORTE SUPREMA.</p> <p>VI. LAS TABLAS DE FACTORES SE INCORPORARON A LOS CONTRATOS EN TÉRMINOS TALES QUE LO QUE SE PRETENDIÓ FUE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACUERDOS.</p> <p>CUADRAGESIMOQUINTO: Que, sin perjuicio de lo anterior, este disidente estima un imperativo categórico que los colegisladores democráticos –Congreso Nacional y Presidente de la República- se hagan cargo de las evidentes inequidades e injusticias que motiva a diario la aplicación de la referida normativa, particularmente respecto de las mujeres en edad fértil y de los adultos mayores;</p>
--	--



SENTENCIA

STC ROL N° 1254-08-INC

TRIBUNAL	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
FECHA (ingreso y fallo)		29 de julio de 2009
MATERIA	Inconstitucionalidad	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	Art. 595 del COT	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	La igualdad ante la ley y ante las cargas públicas, reconocidas en los numerales 2° y 20° del artículo 19 de la Constitución Política libertad de trabajo, reconocida	

	en el numeral 16° del artículo 19 de la Carta Fundamental el principio de legalidad de las cargas públicas, reconocido en los numerales 20° y 22° del artículo 19 de la Constitución Política.
TIPO DE PROCEDIMIENTO	IC
REQUIRENTE	El abogado y Presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G., señor Enrique Barros Bourie, en representación de dicha entidad y en ejercicio de la acción pública prevista en el inciso duodécimo del artículo 93 de la Constitución, ha requerido a este Tribunal para que, haciendo uso de la facultad que le reconoce el numeral 7° del mismo precepto constitucional aludido, declare la inconstitucionalidad del texto íntegro del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. En subsidio de lo anterior, solicita se declare la inconstitucionalidad del inciso primero del mismo artículo y, en subsidio de esto último, se declare inconstitucional la expresión “ <i>gratuitamente</i> ”, contenida en la misma norma legal.
REQUERIDO	NA
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	(Roles 755, 1138 y 1140) sólo se ha declarado inaplicable la expresión “ <i>gratuitamente</i> ”, a que alude el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales.
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	Que se acoge el requerimiento de fojas 1 sólo en cuanto se declara que la expresión “<i>gratuitamente</i>”, contenida en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales es inconstitucional y, en consecuencia, se entenderá derogada desde la publicación en el Diario Oficial de la presente sentencia, la que no producirá efecto retroactivo, tal como lo ordena el artículo 94 de la Constitución Política de la República.

<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>CUARTO: Que la disposición que se solicita declarar inaplicable es el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que ciertamente tiene el carácter de precepto de rango legal;</p> <p>QUINTO: Que la referida norma ha sido declarada previamente inaplicable en tres procesos, tal como consta en los autos roles N°s. 755-2007, de 31 de marzo de 2008, 1138-2008, de 8 de septiembre de 2008, y 1140-2008, de 14 de enero de 2009. Debe sí tenerse presente que en todos esos casos sólo se ha declarado inaplicable la expresión “<i>gratuitamente</i>” a que alude el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales;</p> <p>SEXTO: Que, en la especie, el abogado y Presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G., señor Enrique Barros Bourie, en representación de dicha entidad, ha ejercido la acción pública, en los términos previstos en la disposición 93, inciso primero, N° 7°, de la Carta Fundamental, con el propósito de que el Tribunal proceda a declarar la inconstitucionalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. Dicha presentación fue acogida a tramitación, dándose traslado de la misma a los colegisladores, sin haber recibido observaciones, salvo un escrito de téngase presente suscrito por 35 diputados;</p> <p>OCTAVO: Que la requirente ha solicitado que se declare la inconstitucionalidad del texto íntegro del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, por estimar que constituye un solo precepto legal, al tratarse, en sus efectos jurídicos, de un todo normativo indisoluble de la gratuidad del turno de los abogados. En subsidio de lo anterior se solicita similar petición respecto del inciso primero del mismo artículo, que contendría el núcleo de la descripción del servicio gratuito que se impone a los abogados y cuyo texto no sería divisible sin agravamiento de las inconstitucionalidades ya falladas. Finalmente y, a su vez, en subsidio de esto último, se requiere la declaración de inconstitucionalidad de la expresión “<i>gratuitamente</i>”, contenida en la misma norma legal,</p>
---	--

única que ya fue declarada inaplicable. Por su lado, en su escrito de téngase presente, los 35 señores diputados afirman la improcedencia de las dos primeras peticiones de la requirente, al excederse lo resuelto en las anteriores inaplicabilidades, por lo que esta Magistratura carecería de competencia específica para ello, agregando que se afectaría la presunción de constitucionalidad de las leyes e importaría una forma de legislar, lo que generaría vacíos y contradicciones normativas, dado que la disposición contempla diversos supuestos y no sólo el turno gratuito de los abogados;

LA GRATUIDAD DEL TURNO DE LOS ABOGADOS Y SU INFRACCION CONSTITUCIONAL A LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

CUADRAGESIMOTERCERO : Que la eventual infracción a la igualdad ante la ley se produciría como consecuencia de que los gravámenes impuestos por el Estado deben ser razonables, aplicándoseles las categorías propias del juicio discriminatorio no arbitrario. Así, en primer lugar, se expresa, que debe tratarse de una misma categoría de personas, lo que no se percibe respecto del precepto legal impugnado, dado que los iguales deberían ser los profesionales en general. En segundo lugar, se afirma por la peticionaria que el medio previsto por la ley no sería adecuado al fin que se persigue, en atención a que la institución habría demostrado ser insuficiente para satisfacer la obligación estatal a que alude el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, cuestión que quedaría demostrada con la creación de la Defensoría

Penal Pública. Por último, se alega que también infringiría el criterio de proporcionalidad, puesto que la carga sólo se reduce a un grupo específico de profesionales, como son los abogados. Adicionalmente, se hace presente la situación de desigualdad en que se encontrarían los abogados de turno respecto de otras cargas públicas, como lo son el servicio militar y el actuar como vocal de mesa en un proceso electoral, las que incluso se remuneran actualmente por el Fisco. Agrega la requirente, para confirmar lo anterior, la cita

de diversas decisiones jurisprudenciales que han establecido el derecho a ser indemnizado frente a situaciones de cargas o limitaciones de derechos fundamentales;

LA GRATUIDAD DEL TURNO Y SU INFRACCION CONSTITUCIONAL A LA IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS Y A LA LEGALIDAD DE LAS MISMAS.

SEXAGESIMO NOVENO: Que las “cargas públicas” han sido entendidas como *“todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador”*.

(Enrique Evans de la Cuadra. Los Derechos Constitucionales, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 285). Éstas pueden ser personales o patrimoniales y, en ambos casos, la Constitución asegura la igualdad en su repartición entre todos los llamados a soportarlas sin que se incurra en discriminaciones arbitrarias, por lo que la igualdad ante las cargas públicas que estatuye la Ley Suprema, constituye una aplicación del principio general de isonomía o de igualdad ante la ley;

SEPTUAGESIMO: Que, por su lado, de acuerdo a la doctrina administrativa, los servicios o cargas personales deben tener como características fundamentales: a) el ser impuestas y reglamentadas por una ley; b) su carácter temporal; c) su igual aplicación a las personas; d) irredimibles por dinero; e) intransferibles y, por último, f) debe tratarse de un servicio cierto y determinado (Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, pp. 177 y siguientes);

SEPTUAGESIMO PRIMERO: Que, en el caso del turno gratuito, su establecimiento se ha efectuado a través de una disposición legal, contenida en los artículos 595 y 598 del Código Orgánico de Tribunales. También presenta carácter temporal, sin perjuicio de que debe

	<p>destacarse la circunstancia de que los aludidos preceptos legales establecen la obligación de atender el asunto hasta el término del proceso judicial respectivo. Se aplica subsidiariamente a todos los abogados, en atención a su condición de colaboradores de la administración de justicia, cuyo título es otorgado por la Corte Suprema. No cabe sustituirla por una prestación pecuniaria. Es personalísima, por lo que no puede transferirse a terceros, y tampoco es transmisible. Su alcance, en cuanto a atender gratuitamente las causas de pobres, como se ha señalado, está determinado en la normativa legal que lo establece. De este modo, la ley ha determinado el contenido esencial de la carga (la defensa gratuita), los sujetos afectos (los abogados no exentos) y los términos y su forma de designación (a través de los respectivos órganos jurisdiccionales);</p> <p>LA GRATUIDAD DEL TURNO DE LOS ABOGADOS Y SU INFRACCION A LA LIBERTAD DE TRABAJO.</p> <p>SEPTUAGESIMO NOVENO: Que la eventual infracción se produciría como consecuencia de que la norma privaría a los abogados afectados por el turno del derecho a desarrollar libremente un trabajo y a obtener una justa retribución por el servicio prestado, lo que transformaría la carga en una verdadera práctica forzada de un trabajo. De este modo, se sostiene, la Carta Fundamental no puede autorizar un impedimento absoluto por parte del profesional para obtener una legítima retribución patrimonial;</p> <p>NONAGESIMO SEPTIMO: Que todo lo razonado precedentemente, en cuanto a que el precepto legal contraviene la igualdad ante la ley y al justo derecho a ser remunerado por un trabajo lícito, no puede interpretarse de manera alguna en términos tales que la supresión de la gratuidad del turno de los abogados se traduzca en obligación pecuniaria alguna por parte de la persona afectada o cliente, quien siempre se encontrará exenta del pago de honorarios a su defensor designado, puesto que una interpretación diversa produciría</p>
--	---

	<p>efectos contrarios a la propia Constitución Política de la República;</p> <p>NONAGESIMOCTAVO: Que, en otras palabras, todos los fundamentos que anteceden para declarar la inconstitucionalidad de la expresión “<i>gratuitamente</i>”, contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, dicen relación con el impedimento que ella contiene para que el abogado designado en el turno pueda cobrar del Estado una justa compensación de su trabajo, pero deja enteramente a salvo el derecho de las personas a ser asistidas gratuitamente, en los términos consagrados en la Carta Fundamental;</p>
CARACTERISTICAS DE LA VOTACION	



SENTENCIA

STC ROL N° 976-07-INA.

TRIBUNAL	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
FECHA (ingreso y fallo)	2 de octubre de 2007	26 de junio de 2008
MATERIA	INA. requerimiento para que este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Constitución, declare la inaplicabilidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	Art. 38 TER LEY DE ISAPRES.-	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	derechos asegurados en los numerales 2°, 9° y 24° del artículo 19 de la Constitución.	

TIPO DE PROCEDIMIENTO	INAPLICABILIDAD
REQUIRENTE	Silvia Peña Wasaff
REQUERIDO	NA
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	NA
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 Y SIGUIENTES SÓLO EN CUANTO LA TABLA DE FACTORES CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933, INCORPORADA AL CONTRATO DE SALUD DE LA REQUIRENTE CELEBRADO POR ELLA Y LA ISAPRE ING SALUD S.A., PARA DETERMINAR EL COSTO DE SU PLAN DE SALUD, ES INAPLICABLE EN LA CAUSA ROL DE INGRESO N° 4972-2007, DE LA QUE CONOCE ACTUALMENTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, POR SER CONTRARIA A CUANTO LE ASEGURA EL ARTÍCULO 19, N° 9, DE LA CONSTITUCIÓN.
RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA	<p>Acción de protección en que incide la presente acción de inaplicabilidad, la requirente señala que aquél tiene por objeto impugnar el aumento, de 7,40 a 9,40 UF mensuales, del precio del plan de salud contratado por ella con la mencionada Isapre, incremento que configuraría, a su juicio, un acto arbitrario e ilegal.</p> <p>La actora hace presente que, para justificar dicha alza, la Isapre ING Salud esgrimió las dos razones que se resumen a continuación:</p> <p>A) El aumento del costo promedio de las acciones de protección de la salud de todos los afiliados al sistema; y</p> <p>B) La variación que, en su caso particular, se produjo durante la última anualidad en la edad de los beneficiarios, la cual es uno de los factores de riesgo que contempla el sistema para determinar el precio del respectivo plan de salud.</p>

	<p>Hace notar que esta última es la razón argüida por su Isapre, misma que se derivaría de la aplicación del artículo 38 ter de la ley del ramo, circunstancia que motiva la interposición de la presente acción de inaplicabilidad, ya que el alza del precio base del plan de salud infringiría la regulación legal vigente en la materia, por lo que corresponde que el conflicto planteado a su respecto sea resuelto en la respectiva sede judicial.</p> <p>Explicando la cuestión de fondo suscitada en su requerimiento, la accionante fundamenta la declaración de inaplicabilidad que pide pronunciar a este Tribunal en que la aplicación del citado artículo 38 ter, en el caso preciso <i>sub lite</i>, vulneraría las garantías constitucionales siguientes:</p> <p>A. La igualdad ante la ley, asegurada a todas las personas en el artículo 19, N° 2, de la Constitución.</p> <p>B. El derecho a la protección de la salud, garantizado en el artículo 19, N° 9, de la Constitución.</p> <p>C. El derecho de propiedad, reconocido por el artículo 19, N° 24, de la Ley Fundamental.</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto y Jorge Correa Sutil, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento en todas sus partes, en atención a las siguientes consideraciones:</p> <p>I. La Constitución no prohíbe que los particulares que proveen un bien o servicio esencial modifiquen unilateralmente, dentro de límites fijados por la autoridad competente, el precio que cobran por el bien o servicio que producen.</p> <p>ii. Los criterios fijados por el legislador para regular el alza unilateral de los precios no establecen una discriminación arbitraria.</p> <p>III. No existe elemento alguno que permita sostener que la magnitud en el alza que autoriza la ley implique una discriminación arbitraria.</p> <p>IV. El precepto legal impugnado no vulnera el derecho a la protección de la salud.</p>

	<p>V El precepto legal impugnado no infringe el derecho de propiedad, ni la libertad de elegir un sistema de salud.</p> <p>VI. Los particulares que proveen bienes o servicios esenciales para el goce de un derecho constitucional están obligados a hacerlo en conformidad a la ley.</p>
--	--

SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA Y CORTES DE APELACIONES



SENTENCIA

SCS ROL N° 25.230/2019

TRIBUNAL	Corte Suprema	
FECHA (ingreso y fallo)	03 de septiembre de 2019	10 de octubre de 2019
MATERIA	Acción de Protección – Apelación.	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	Derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona.	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	Derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la persona-.	
TIPO DE PROCEDIMIENTO	Acción de protección	
REQUIRENTE	Hospital Regional de Rancagua, del Servicio de Salud O'Higgins y del Ministerio de Salud.	
REQUERIDO	Tomás Felipe Ramírez Hermosilla	
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	Rol N° 43250-2017, N° 8523-2018, N° 2494- 2018 y 17.043-2018	

<p>NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA</p>	<p>SE ACOGE, sin costas, el recurso de protección deducido en favor de ÁLVARO GABRIEL CASTRO ALISTE, ordenando al sistema estatal de salud (Hospital Regional O Higgins) que proceda a otorgar cobertura por la Atrofia Muscular Espinal que la afecta AME Tipo 1, financiando el costo del medicamento denominado “ ”SPINRAZA (NUSINERSEN), incluyendo su hospitalización y el procedimiento respectivo para hacer factible dicho tratamiento por el tiempo que su médico tratante estime necesario.</p>
<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>Que la presente acción constitucional se ha dirigido contra la negativa del Hospital Regional de Rancagua, del Servicio de Salud O'Higgins y del Ministerio de Salud, de otorgar el fármaco Nusinersen (Spinraza), indicado para el niño de iniciales A.G.C.A., de cinco años de edad, quien padece de Atrofia Muscular Espinal (AME) tipo I.</p> <p>Que la actuación arbitraria e ilegal que se atribuye a la recurrida consiste en la negativa a otorgar cobertura del tratamiento médico que le fue recetado a la recurrente, referida al suministro del medicamento SPINRAZA (NUSINERSEN) “ ” prescrito por el médico que examinó al menor Álvaro Castro Aliste, el Dr. Ricardo Erazo Torricelli, de especialidad Neuropediatría Infantil, precisamente para tratar la dolencia que padece, que es una ATROFIA MUSCULAR ESPINAL -AME- Tipo 1, ello sin mayor consideración al estado de salud que presenta el recurrente y pese a haberse demostrado su utilidad y eficiencia, señalando que las garantías constitucionales afectadas son las consagradas en el artículo 19 de la Carta Fundamental, numerales 1 y ° 2 , referidos a su derecho a la vida y la integridad física y psíquica como a su igualdad de derechos.</p> <p>Segundo: Que, al respecto, y como ya se ha resuelto por la Corte (en autos rol N° 43250-2017, N° 8523-2018, N° 2494- 2018 y 17.043-2018, entre otros), es preciso considerar que, si bien es cierto que los miramientos de orden económico constituyen un factor a tener presente</p>

por la autoridad pública al adoptar una decisión que tenga un contenido financiero, no lo es menos que esas consideraciones no pueden invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, de manera que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos. A mayor abundamiento, no puede ser el elemento fundamental para la adopción de este tipo de decisiones por parte de la Administración, toda vez que, tal como lo consigna el inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución Política de la República, el Estado está al servicio de la persona humana. Es importante destacar que la Carta Fundamental impone a todos los órganos del Estado, y no solo a la Administración del Estado, otorgar cautela al derecho a la vida, el derecho de los derechos, como se le ha llamado. Por ello, este deber es exigible también a esta Corte.

Tercero: Que, resulta insoslayable subrayar que la parte recurrida, al negar la cobertura al medicamento requerido, no se hace cargo de señalar qué otro tipo de tratamiento puede brindarle al paciente, actuar que se torna en ilegal porque conforme lo dispone el artículo 1° del D.F.L. N°1 de 2005 del Ministerio de Salud que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469: "Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como de coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones".

Quinto: Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la

	<p>negativa de la parte recurrida, fundada en consideraciones de índole económica, se ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que la familia del paciente no se encuentra en condiciones de adquirirlo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquel fármaco, único y exclusivo, para el tratamiento de la patología en cuestión y, en tal virtud, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y, de esta forma, restablecer el imperio del derecho.</p> <p>Sexto: Que, sin embargo, es preciso dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, en respuesta a una acción cautelar, ella no pretende, de modo alguno, definir la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función propia del Presidente de la República en colaboración con los Ministros de Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal.</p> <p>Por el contrario, la Corte se limita, en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, adoptar aquellas providencias que a su juicio sean necesarias para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental, mas no se halla en situación de definir, ni pretende hacerlo, cómo es que ello debe ser cumplido por las autoridades competentes, pues el bosquejo y delineación de las políticas públicas, así como la definición y el empleo del presupuesto correlativo, compete en exclusiva a estas últimas.</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>Acordada contra el voto del abogado integrante señor Pierry, quien fue de parecer de revocar el fallo apelado y rechazar el recurso, teniendo en cuenta para ello:</p>

	<p>1°) Que el niño en cuyo favor se interpone el recurso, de cinco años de edad, padece de atrofia muscular espinal tipo I. Se postula en la acción que el único medicamento capaz de paliar los efectos de la enfermedad es uno denominado Spinraza.</p> <p>2°) Que, al margen de la eficacia médica del tratamiento en cuestión para el cuadro clínico que presenta el niño, que ha sido igualmente cuestionada por las autoridades recurridas, el eje del debate ha girado en torno a si pesa sobre las autoridades recurridas el deber jurídico de adquirir y administrar el referido medicamento al paciente.</p> <p>Resulta incontestable que el monto a que asciende tal prestación es muy significativo y cabe razonablemente asumir, por ende, que compromete el presupuesto y financiamiento de las entidades que habrán de prestarlo.</p> <p>Adicionalmente, los estudios clínicos que existen acerca de este medicamento no aseguran la curación de la enfermedad en forma objetiva y permanente.</p> <p>7°) Que, como se advierte, resulta determinante para el asunto a decidir la declaración legal en orden a que la Administración sólo puede encontrarse obligada en la medida que alcancen los recursos físicos y humanos de que disponga, sin desviar recursos en desmedro del universo de prestaciones que cubre el sistema asistencial ya existente.</p> <p>Esta conclusión emerge tanto del texto de la norma transcrita, que esclarece que las prestaciones del régimen general de garantías están limitadas por los recursos disponibles, cuanto de la circunstancia de formar las prestaciones de salud garantizadas, esto es, aquellas a que el individuo tiene -en la terminología tradicional- un derecho subjetivo para demandarlas al Estado, un catálogo cerrado y determinado en los cuerpos reglamentarios pertinentes.</p> <p>Por tanto, la administración al paciente del medicamento Spinraza, puesto en el mercado</p>
--	--

recientemente, queda supeditada a la disponibilidad de recursos financieros y humanos de las autoridades recurridas. En particular, puede decirse que, en la especie, queda condicionada a la disponibilidad de dinero para adquirir las dosis necesarias a ser administradas al niño por quien se deduce la acción.

9°) Que, en esa dirección, el inciso tercero del artículo 1° de la Constitución Política de la República dispone: “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 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, entonces, promover el bien común, como lo remarca el artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, y lo pormenoriza el inciso primero artículo 28 de la misma ley, en los siguientes términos: “Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”.

Es también deber del Estado proteger “(...) el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”, como prescribe el inciso segundo del número 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

12°) Que no se satisfacen, entonces, las exigencias previstas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República para que resulte procedente acceder a la cautela impetrada, motivo por el cual el recurso de protección deducido debió ser desestimado.



SENTENCIA

SCS ROL N° 6.898-2019

TRIBUNAL	Corte Suprema	
FECHA (ingreso y fallo)		1 de julio 2019
MATERIA	Acción de protección - Normas de protección a la maternidad	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	Garantías constitucionales consagradas en los numerales 1, 2, 3 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	<p>Constitución política, artículo 19 N°s 1 inciso 2° y 2, y artículo 20.</p> <p>Código del trabajo, artículos 159, 160, 174, 195, 198, 194 y 201.</p> <p>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10 N° 2.</p> <p>Auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección, N° 1.</p> <p>Convención Americana de Derechos Humanos, pacto de San José de Costa Rica, artículo 8.2 letra h) (prevención).</p> <p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.3 letra a) (prevención).</p>	
TIPO DE PROCEDIMIENTO	Protección	
REQUIRENTE	Carolina Andrea Apablaza Jeldes	
REQUERIDO	Municipalidad de Nogales	
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL		
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	Se revoca la sentencia apelada de cuatro de marzo de dos mil diecinueve y, en su lugar, se acoge el recurso de protección deducido por Carolina Apablaza Jeldes en contra de la Municipalidad de Nogales y, en consecuencia, se deja sin efecto el Decreto Alcaldicio N° 2504, de fecha 28 de noviembre de 2018, y se ordena el reintegro de la recurrente a su contrata como	

	<p>así también el pago a su favor de todas las remuneraciones devengadas mientras haya durado su separación del servicio.</p>
<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>"Que de acuerdo a lo expuesto la normativa sobre protección a la maternidad del estatuto laboral conforma el régimen jurídico del personal de salud de la administración del Estado, y en ese sentido es dable inferir que las disposiciones referentes al fuero maternal y que confieren inamovilidad a las trabajadoras embarazadas impiden que puedan ser separadas de sus funciones por la sola decisión de la autoridad." (Corte Suprema, considerando 7°).</p> <p>"Que la desvinculación de la compareciente en momentos en que se encontraba con fuero maternal resulta ilegal, puesto que vulnera las reglas sobre protección a la maternidad que integran el ordenamiento jurídico aplicable al personal de la Administración y, específicamente, conculcó el artículo 194 del Código del Trabajo antes referido que, en lo que ahora interesa, desde luego obliga a los órganos del Estado a brindar protección de la maternidad." (Corte Suprema, considerando 8°).</p> <p>"Que también es menester colegir que la actuación del organismo recurrido es ilegal y arbitraria por violentar el artículo 201 del Código del Trabajo en cuanto, sin perjuicio del sentido y alcance de la preceptiva en examen, la determinación de no renovar la contratación de la actora para el año 2019 se adoptó durante y para surtir efectos dentro del período de fuero maternal.</p> <p>De esta manera, la decisión de la autoridad recurrida debe ceder frente a la aplicación de las reglas protectoras de la maternidad porque éstas, asimismo contenidas en el artículo 10 N° 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989, guardan concordancia con la</p>

	<p>protección de individuos, finalidad que ciertamente merece un reconocimiento mayor." (Corte Suprema, considerando 9°).</p> <p>"Que por lo demás, el sistema constitucional al proteger la vida del que está por nacer, encierra el doble propósito del fuero maternal, la inamovilidad de la madre en el empleo y procurar los recursos que sustenten sus gastos de vida, en especial de alimentación." (Corte Suprema, considerando 11°).</p> <p>"Que el actuar ilegal de la autoridad afecta la garantía contemplada en el artículo 19 N° 2° de la Constitución Política de la República, al no respetar a favor de la recurrente cánones que son protectores para todas las trabajadoras que gozan de fuero maternal, brindándole por ende un trato discriminatorio." (Corte Suprema, considerando 12°).</p> <p>"Ante tal proceder surge con toda su fuerza el mandato del Artículo 8.2 letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone el derecho al recurso judicial ante un tribunal superior, como lo normado en el artículo 2.3 letra a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce el derecho a una acción efectiva ante los tribunales a las personas cuyos derechos y libertades hayan sido violados;" (Corte Suprema, prevención del Ministro Sr. Muñoz, considerando 4°).</p> <p>"Es por lo anterior que, en tanto esta situación se mantenga, quien suscribe este parecer particular considera que no puede restringir el acceso a la justicia de quienes recurren a los tribunales, por así disponerlo una determinación de la Corte Suprema, puesto que entiende que el principio de igualdad ante la ley y la justicia, el de no discriminación y el de dignidad de todas las personas así se lo impone, por lo cual, en tales casos, se abstendrá de reconocer aplicación a dicha</p>
--	--

	<p>normativa." (Corte Suprema, prevención del Ministro Sr. Muñoz, considerando 5°).</p> <p>"Al establecerse mediante auto acordado el plazo de 30 días para interponer el recurso de protección, se excluye del acceso a la justicia constitucional para quienes lo hagan con posterioridad; restricción que contraría la normativa precitada en el motivo cuarto y, por lo tanto, corresponde dar preeminencia a ella y declarar que el recurso fue interpuesto de manera oportuna." (Corte Suprema, prevención del Ministro Sr. Muñoz, considerando 6°).</p> <p>"Se previene asimismo que, en cuanto al fondo del recurso, el Ministro señor Muñoz concurre a la revocatoria teniendo además presente que la actora se ha mantenido vinculada con la Administración por más de dos anualidades -pues la Corporación recurrida no ha controvertido que ingresó a prestar servicios en ella el día 2 de enero de 2015-, generándose a su respecto la confianza legítima de mantener dicha relación estatutaria, de modo tal que sólo se puede terminar ésta por sumario administrativo derivado de una falta que motive su destitución, o por una calificación anual que así lo permita." (Corte Suprema, prevención del Ministro Sr. Muñoz, considerando único).</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>Voto en contra del Ministro señor Aránguiz y del Abogado Integrante señor Quintanilla, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en alzada teniendo para ello únicamente presente que la acción cautelar en estudio fue deducida de manera extemporánea, atendidas las consideraciones expuestas en los motivos primero a quinto del fallo apelado.</p> <p>Se previene asimismo que, en cuanto al fondo del recurso, el Ministro señor Muñoz concurre a la revocatoria teniendo además presente que la actora se ha mantenido vinculada con la Administración por más de dos anualidades -pues la Corporación recurrida no ha controvertido que ingresó a prestar servicios en ella</p>

	el día 2 de enero de 2015-, generándose a su respecto la confianza legítima de mantener dicha relación estatutaria, de modo tal que sólo se puede terminar ésta por sumario administrativo derivado de una falta que motive su destitución, o por una calificación anual que así lo permita.
--	--



SENTENCIA ROL

SCS ROL N° 8.034-2018

TRIBUNAL	Corte Suprema	
FECHA (ingreso y fallo)		10 de octubre de 2019
MATERIA	Casación en el fondo.	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	El artículo 2 de la Ley 20.609 y los artículos 8, 23 y 24 de la Ley 20.422,	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	Artículo 19 N°11 de la Constitución Política de la República de Chile;	
TIPO DE PROCEDIMIENTO	Ordinario	
REQUIRENTE	Fernando Ureta	
REQUERIDO	Fernando González Mardones y Compañía Limitada	
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	Rol N° 41.388-17	
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	Se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto por don Alfredo Ureta Henríquez, a fojas 269 y siguientes, en contra de la sentencia de treinta de enero de dos mil dieciocho, escrita a fojas 266 y siguientes.	

<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>En estos autos rol C-27742-2016, caratulados “Ureta con Fernando González Mardones y Compañía Limitada” seguidos ante el Décimo Séptimo Juzgado Civil de Santiago, por sentencia de treinta y uno de julio de dos mil diecisiete, escrita a fojas 124 y siguientes, se acogió la demanda declarando que el demandado incurrió en actos de discriminación arbitraria, con costas.</p> <p>Se alzó la demandada y una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago por sentencia de treinta de enero de 2018, que rola a fojas 266 y siguientes, la revocó y en consecuencia, desestimó la demanda.</p> <p>En contra de la última decisión el demandante deduce recurso de casación en el fondo, denunciando la vulneración de lo dispuesto en el artículo 19 N°11 de la Constitución Política de la República de Chile; el artículo 2 de la Ley 20.609 y los artículos 8, 23 y 24 de la Ley 20.422, y solicita se lo acoja y se la anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte la de reemplazo que haga lugar a la demanda.</p> <p>En relación al artículo 19 N°11 de la Constitución Política de la República de Chile, el recurrente sostiene que la Corte de Apelaciones, al existir una colisión de garantías constitucionales, en este caso, la igualdad y no discriminación arbitraria, por una parte, y la libertad de enseñanza, por otra, estimó que debería privilegiarse la segunda, sin que para ello realice ejercicio alguno de ponderación de ambos derechos, de manera que la libertad de enseñanza se impondría en forma absoluta sobre el otro. Por lo cual la errada interpretación se realiza al entender que es una libertad absoluta, carente de toda limitación y susceptible de prevalecer sobre todo otro derecho, por muy legítimo que sea el ejercicio de este último. Por lo tanto, es posible afirmar que la concepción ilimitada que el fallo de segunda instancia, ha asumido respecto de la libertad de enseñanza, la ha llevado a concluir que con el sólo mérito del ejercicio de esta libertad, es perfectamente lícito adoptar actitudes que importen una discriminación, sin detenerse a analizar cómo es que el</p>
---	--

	<p>adoptar ajustes razonables , garantizar accesibilidad y promover la inclusión social, pueden erigirse como factores que atentarían en contra de la libertad de enseñanza.</p> <p>En relación al inciso tercero del artículo 2° de la Ley 20.609, esta disposición sostiene el recurrente ante un eventual conflicto de derechos como el que se presenta en el caso particular, necesariamente debe llevar al tribunal, a realizar un examen a fin de ponderar tal conflicto, y determinar si efectivamente el derecho fundamental que se invoca por parte del demandado, se ha ejercido en forma legítima, esto es, dentro de los límites que naturalmente existen. En el caso de autos, existiría un conflicto entre la libertad de enseñanza y la igualdad y no discriminación por otra, lo que de haber sido aplicado correctamente por la judicatura de fondo, hubiera requerido un juicio de ponderación entre ambos derechos lo que no se realizó y llevó a la Corte de Apelaciones a realizar una aplicación automática de la norma, generando en la práctica una sumisión absoluta de la igualdad y no discriminación arbitraria, ante cualquier otro de los derechos enumerados en la norma en comento.</p> <p>Por último, en relación a los artículos 8, 23 y 24 de la Ley 20.422, el recurrente sostiene que en el fallo de segunda instancia se produce una prescindencia absoluta respecto de una ley que precisamente fue creada para efectos de introducir conceptos y disposiciones que necesariamente se deben considerar cuando se trata de materias relativas a la discapacidad. Por lo cual, sostiene que existe una falsa aplicación de la ley, en donde se deja de aplicar la ley en un caso para el cual fue creada. Es así como el artículo 8, habla de accesibilidad y ajustes razonables que puedan permitir a la persona con discapacidad participar en la vida de la sociedad. A la misma accesibilidad se refiere el artículo 23 y por último el artículo 24 se refiere expresamente a la</p>
--	---

obligación de las instituciones que ofrezcan servicios educacionales referente a realizar los ajustes necesarios para resguardar la igualdad de oportunidades. A ninguna de estas obligaciones se refirió la sentencia del grado, al omitir la referencia a la ley 20.422, salvo en forma genérica y tangencial.

Cuarto: Que, al establecerse como un hecho de la causa que el actor en razón de una parálisis cerebral motora, tiene discapacidad física, calificada con un 70%, según lo acredita su credencial de discapacidad y que por lo anterior usa silla de ruedas para su desplazamiento, es necesario remitirse a las normas y principios de derecho internacional de los derechos humanos, relativos a las personas con discapacidad, incorporados al derecho interno por aplicación del artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República.

En efecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, ratificada por Chile el 29 de julio de 2008 y publicada en el Diario Oficial de 17 de septiembre del mismo año, señala, en su preámbulo, que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencia y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás, reconociendo que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano.

Quinto: Que, por su parte, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ratificada por Chile el 26 de febrero de 2002 y publicada en el Diario Oficial de 20 de junio del mismo año, en su artículo III número 1, letras a), b) y c), estableció que los Estados Partes, para lograr sus

	<p>objetivos, se comprometen a adoptar: “a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración.</p> <p>Sexto: Que tal como esta Corte señaló recientemente en autos Rol N° 41.388-17, a la luz de la normativa internacional transcrita, es dable concluir que las personas con capacidades especiales gozan de los mismos derechos fundamentales que todo ser humano, que deben ser respetados, y que cualquier acto u omisión que se traduzca en una discriminación en razón de su discapacidad, afecta no solo su dignidad sino la igualdad en el ejercicio de dichos derechos; y, atendido lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, configura lo que se denomina “bloque constitucional de derechos fundamentales”, que la doctrina lo entiende como “...el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de ius cogens) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5° inciso segundo de la Constitución chilena vigente” (Nogueira A., Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, En: Estudios Constitucionales, año 7, N° 2, 2009, p.149).</p>
--	--

CARACTERISTICAS DE LA VOTACION	Sin votos particulares
---------------------------------------	-------------------------------



SENTENCIA

SCS ROL N° 38.479-2017

TRIBUNAL	Corte Suprema	
FECHA (ingreso y fallo)		16 de agosto de 2018
MATERIA	Recurso de unificación de jurisprudencia laboral	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	Código del trabajo, artículos 159 N° 4, 174, 201, 477, 483 y 483 a.-	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	<p>Constitución política, artículos 1 incisos 2° y 3°, 5 y 19 N°s 1, 2 y 16.</p> <p>Declaración universal de derechos humanos, artículo 25 N° 2.-</p> <p>Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 10 N° 2.</p> <p>Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 11 N° 2.</p> <p>Convenio 103 de la organización internacional del trabajo.</p>	
TIPO DE PROCEDIMIENTO	Ordinario	
REQUIRENTE	<p>Juan Carlos Osorio Johannsen, abogado, por la demandada principal y demandante reconvencional, dedujo recurso de nulidad respecto de la sentencia dictada con fecha 6 de abril de 2017 por el Juzgado de Letras del Trabajo de ésta ciudad, por medio de la cual, en lo medular, se acogió la solicitud de desafuero maternal respecto de doña Erika Magaly Julio Sepúlveda, y se rechazó la denuncia de tutela de derech</p>	

REQUERIDO	Sociedad Administradora de Establecimientos Educativos
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	24.386-2014, 14.140-2013 y 16.896-2013 de esta Corte, dictados con fechas 10 de julio de 2015, 6 de mayo de 2014 y 17 de junio de 2013, respectivamente; y a los roles números 11.393-2009, 328-2013 y 850-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, dictados el 5 de octubre de 2010, 28 de junio de 2013 y 30 de septiembre de 2013, respectivamente.
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	<p>Se acoge el recurso de unificación de jurisprudencia deducido por la parte demandada respecto de la sentencia de dieciséis de agosto de dos mil diecisiete, dictada por la Corte de Apelaciones de Copiapó, que rechazó el recurso de nulidad que interpuso en contra de la sentencia de base de seis de abril de dos mil diecisiete, emanada del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó.</p> <p>Sentencia de reemplazo</p> <p>I.- Se rechaza la solicitud de desafuero interpuesta por la Sociedad Administradora de Establecimientos Educativos Ltda. o Sadee Ltda. en contra de doña Erika Magaly Julio Sepúlveda, y, en consecuencia, no se la autoriza para poner término al contrato de trabajo celebrado el 23 de enero de 2016.</p> <p>II.- No se hace lugar a la denuncia de tutela de derechos fundamentales deducida por doña Erika Magaly Julio Sepúlveda en contra de Sociedad Administradora de Establecimientos Educativos Ltda. o Sadee Ltda.</p>
RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA	"Que la materia de derecho objeto del juicio que la recurrente solicita unificar, dice relación con determinar el "genuino sentido y alcance de la prerrogativa concedida al juez en el artículo 174 del Código del Trabajo, en el sentido de establecer que aquella facultad no consiste en la comprobación mecánica de elementos objetivos, como es la existencia de un contrato de trabajo de plazo fijo y el vencimiento del plazo, sino que exige al juzgador ponderar todos los antecedentes incorporados por las partes al proceso, para sustentar sus pretensiones, sea para conceder o

	<p>denegar la autorización para despedir a la trabajadora...". (Corte Suprema, considerando 2°).</p> <p>"Que, por consiguiente, se constata la existencia de interpretaciones disímiles sobre el recto sentido y alcance de la prerrogativa contenida en el artículo 174 del Código del Trabajo, en tanto otorga al juez del trabajo la facultad para autorizar el despido de una trabajadora amparada por fuero, verificándose, por lo tanto, la hipótesis establecida por el legislador en el artículo 483 del Código del Trabajo, lo que conduce a emitir un pronunciamiento al respecto y proceder a uniformar la jurisprudencia en el sentido correcto." (Corte Suprema, considerando 5°).</p> <p>"Que, para los fines de asentar la recta exégesis en la materia, debe tenerse presente lo ya resuelto por esta Corte en las sentencias acompañadas al recurso, cuyos razonamientos se comparten.</p> <p>Al efecto, corresponde señalar que la maternidad se encuentra resguardada en instrumentos internacionales de contenido general, a saber, artículo 25 número 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, artículo 10 número 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado en la misma asamblea en el año 1966, y apartado 2 del artículo 11 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; y en aquél que se refiere específicamente a la protección de la maternidad, esto es, el Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo. La referida protección, en el orden constitucional, también se desprende de lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo 1 y en los números 1, 2 y 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República; y en el legal, en lo que interesa, esto es, coligado a la preservación del empleo, se encuentra consagrada expresamente en el artículo 201 del Código</p>
--	---

de Trabajo, en la medida que establece que la trabajadora durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad queda sujeta a lo que prescribe el artículo 174 del mismo código, esto es, no puede ser despedida sin autorización judicial.

La doctrina define el fuero como "una medida de protección para los trabajadores que se encuentran en situaciones especiales, que les impide cumplir sus deberes contractuales en forma normal, y estando en situación de vulnerabilidad, se le protege con la conservación del cargo o puesto; la suspensión del derecho del empleador de terminar el contrato; la exigencia de obtener una autorización judicial previa para despedir; la anulación de los despidos de hecho; la reincorporación imperativa y retribuida del trabajador despedido" (Guido Macchiavello, Derecho del Trabajo, tomo I, Fondo de Cultura Económica, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1986, p. 228). Y, en el caso de una trabajadora embarazada, el empleador no puede poner término a la relación laboral a menos que el juez otorgue la autorización planteada en ese sentido, la que puede ser otorgada en los casos que señala el artículo 174 del Código del Trabajo, esto es, por vencimiento del plazo convenido en el contrato de trabajo, la conclusión de la labor o servicio que dio origen al vínculo contractual, o tratándose de las causales de caducidad contenidas en el artículo 160 del citado código." (Corte Suprema, considerando 6º).

"Que la norma del artículo 174 del Código del Trabajo utiliza la expresión "podrá", la que precede al verbo rector de la excepción, cual es, "conceder", esto es, acceder u otorgar el permiso para despedir. Es decir, la norma establece una facultad, una potestad, el ejercicio de un imperio por parte del juez, atribución que adquiere preponderancia en el evento de tratarse de causales de exoneración subjetivas o, especialmente, en el caso de

la ponderación de las objetivas." (Corte Suprema, considerando 7°).

"Que, en consecuencia, al juez laboral se le concede la potestad de consentir o denegar la petición formulada por el empleador para desvincular a una trabajadora embarazada, la que debe ejercer ya sea que se invoque una causal de exoneración subjetiva u objetiva, y para decidir, en uno u otro sentido, debe examinar los antecedentes incorporados en la etapa procesal pertinente, conforme a las reglas de la sana crítica y a la luz de la normativa nacional e internacional indicada en el motivo sexto; esta última precisamente por lo que dispone el artículo 5 de la Carta Fundamental.

Una conclusión en sentido contrario, esto es, que el juez con competencia en materia laboral debe necesariamente acoger la solicitud de desafuero una vez que verifica que se acreditó la causal objetiva de término de contrato de trabajo invocada, no permite divisar la razón por la que el legislador estableció que previo a poner término al contrato de trabajo de una dependiente en estado de gravidez, debe emitirse un pronunciamiento previo en sede judicial, que, evidentemente, puede ser positivo o negativo para el que lo formula, dependiendo de la ponderación de los antecedentes." (Corte Suprema, considerando 8°).

"Que, en estas condiciones, yerran los sentenciadores de la Corte de Apelaciones de Copiapó cuando en el ejercicio de la facultad que concede el artículo 174 del Código del Trabajo no ponderan las circunstancias del caso y la preceptiva aplicable, exigen a la demandada justificar la oposición a la autorización, y se limitan a constatar la concurrencia del presupuesto de la causal de término de contrato de trabajo invocada en la demanda, esto es, el vencimiento del plazo acordado por las partes y, en razón de ello, se acoge la solicitud de desafuero, lo que conduce a concluir que se interpretó erradamente la referida norma legal.

	<p>Sobre esta premisa, el recurso de nulidad planteado por la parte demandada, fundado en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, por infracción al artículo 174 del Código del Trabajo debió ser acogido y anulada la sentencia de base, toda vez que el juez de la causa al ejercer la facultad que otorga el mencionado precepto no ponderó correctamente las circunstancias del caso y la normativa aplicable." (Corte Suprema, considerando 9°).</p> <p>"Que, en consecuencia, no es suficiente la concurrencia de una causal objetiva para desaforar a una mujer embarazada, en el caso de autos, la contemplada en el número 4 del artículo 159 del Código del Trabajo, pues cede ante la normativa ya señalada y que tiene por finalidad tutelar efectivamente los derechos de la madre y del niño que está por nacer, para velar por su subsistencia y supervivencia, colocando a la trabajadora en una situación diferente en relación a los otros dependientes, y es por ello que el empleador debe acreditar ante el juez laboral la necesidad material de acceder a la petición de desafuero, quien puede concederla, según lo establece el artículo 174 del estatuto laboral." (Sentencia de Reemplazo, considerando 1°).</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>No hubo votos particulares</p>



SENTENCIA

SCS ROL N° 38.521-2017

<p>TRIBUNAL</p>	<p>Corte Suprema</p>
------------------------	----------------------

FECHA (ingreso y fallo)		21 de junio de 2018
MATERIA	Discriminación Arbitraria. Ley zamudio	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	<p>Ley N° 20.609, establece medidas contra la discriminación, artículos 1, 2, 3 y 12 inciso 1°.-</p> <p>Ley N° 20.370, establece la ley general de educación, artículos 2 inciso 3°, 4 incisos 1 y final, 11 inciso 5°, 12, 18 y 26 inciso 1°.-</p> <p>Ley N° 20.422, establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.</p>	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	<p>Constitución Política, artículos 1, 5 inciso 2° y 19 N°s 2 y 10.-</p> <p>Artículo 36 inciso 1°.-</p> <p>Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 24.-</p> <p>Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 13.1.</p> <p>Código de procedimiento civil, artículos 170 N° 4, 768 N° 5 y 775 (indicación previa).</p> <p>Auto acordado de la corte suprema sobre forma de las sentencias, N°s 6 y 8 (indicación previa).</p> <p>Constitución política, artículo 19 N°s 10 inciso 3° y 11 inciso 4° (voto en contra sr. Correa).</p> <p>Ley N° 20.370, establece la ley general de educación, artículo 27 (voto en contra sr. Blanco).</p> <p>Decreto supremo N° 332 de ministerio de educación de 2012, determina edades mínimas para el ingreso a la educación especial o diferencial, modalidad de educación de adultos y de adecuaciones de aceleración curricular (voto en contra sr. Blanco).</p> <p>Convención de naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 7 (voto en contra sr. Blanco).</p>	
TIPO DE PROCEDIMIENTO	Ordinario	
REQUIRENTE	Teodoro García Huidobro	

REQUERIDO	Colegio Alemán de Puerto Varas
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	(Nash, Claudio y David, Valeska, "Igualdad y no Discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos", en Nash Claudio y Mujica Ignacio (eds.) "Derechos humanos y juicio justo", Lima, Colam, pág. 169, citado en "Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la Luz de los primeros casos", Anuario de Derechos Humanos, N° 10, 2014, páginas 127-237, Casas y Lagos).
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	Se acoge el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de dieciocho de julio de dos mil diecisiete, escrita a fojas 460 y siguientes, la que se invalida y reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.
RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA	<p>"Que la sentencia impugnada no establece, específicamente, los hechos que permiten calificar de razonable la justificación "técnica" esgrimida por la demandada para imponer la permanencia del niño en kínder, sino que se limita a señalar que la demandada, junto con el informe, incorporó "numerosa documentación sobre las razones técnico-pedagógicas que fundan la permanencia..." y "que entregan una justificación razonable para ello" (considerando décimo cuarto). Antes de aquello - y sin perjuicio de la parte expositiva - solo consta que "prefiere" la versión de la testimonial de la demandada y que desecha cierta documental de la demandante (considerando duodécimo y décimo tercero).</p> <p>Con todo, aún en el evento que se estimare que aquello es suficiente para dar por establecidos los hechos, no permiten calificar como razonable la justificación que invocó la demandada para imponer la permanencia del niño en kínder -cuestión que es susceptible de control en sede de casación, en cuanto constituye una calificación jurídica-, desde que no resulta nítido si son las razones "técnico-pedagógicas", que a la luz de los antecedentes acompañados en autos indicarían que...</p>

	<p>no ha alcanzado un nivel de autonomía, control y lenguaje suficientes para aprobar los requerimientos propios del nivel, o más bien se debe a la decisión de no extender el programa de integración más allá del kínder, por cuanto la demandada ha argumentado en su defensa -de acuerdo a la contestación-, además de lo primero, que los demandantes siempre supieron (sic) que dicho plan era sólo hasta ese nivel, así como por el hecho que les hubiere comunicado que en forma excepcional (sic) permitiría la permanencia del niño por un año más en kínder, afirmación cuya interpretación resulta ambigua y correspondía explicar su alcance a la demandada.</p> <p>Sobre el particular es menester señalar que, aunque no lo diga explícitamente la ley en comento, tratándose de una denuncia de lesión a derechos fundamentales, el peso de la prueba ha de recaer en el denunciado, quien deberá probar los fundamentos, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida impugnada -siempre que existan indicios de tal vulneración- cuestión que no aparece satisfecha en autos.</p> <p>En efecto, desde esa perspectiva, a la demandada correspondía acreditar, despejando las dudas más arriba planteadas, cuál era la verdadera razón de la restricción impuesta a..., y en el evento de decantarse por la justificación técnica (sic) invocada, era de su cargo probar cómo es que la evaluación que efectuó respecto de las capacidades - o incapacidades - del niño hacían indispensable mantenerlo en kínder, haciéndose cargo de lo que la literatura especializada y las investigaciones en la materia señalan. En consecuencia, yerra la sentencia impugnada cuando desestima la documentación acompañada por los demandantes - con explicaciones científicas acerca del Síndrome de Down y la visión técnica sobre la promoción de un alumno con esas capacidades especiales de un curso a otro - porque no consta que hubieran interactuado con... (considerando décimo</p>
--	--

tercero), ya que ello implica poner sobre los hombros de quienes reclaman una discriminación en razón de una discapacidad (categoría sospechosa contemplada en el artículo 2° de la ley 20.609), la carga de probar que era posible que el niño avanzara a primero básico como cualquier otro niño, en vez de exigir que sea quien sostiene lo contrario que lo acredite, en la medida que esto último supone una vulneración de su derecho a disfrutar en igualdad de condiciones su derecho a la educación en un establecimiento educacional regular - no especial - que le había permitido su ingreso." (Corte Suprema, considerando 7°).

"Que, así las cosas, el demandado no actuó conforme a una justificación razonable que se avendría con el citado artículo 2 de la ley 20.609, pues la solitaria aserción que a modo conclusivo efectúa el fallo en examen en el epílogo de su fundamento duodécimo, se limita a dar cuenta de la existencia de antecedentes técnico-pedagógicos, como se dijo, sin mencionar siquiera sus contenidos ni su avenencia con la excepción de dicho artículo, de manera que así, superficialmente, pasa a preferirse la excepción y a preterirse la finalidad de amparo que el ordenamiento ha venido a establecer, con manifiesta vulneración no solo de ese precepto, sino, además, del artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; del 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; del 36 inciso primero de la ley 20.422; del 4 incisos primero y último, 11 inciso quinto, 12 y 26 inciso primero de la ley 20.370, el último de los que impedía al establecimiento educacional vetar el ingreso a la educación básica por insatisfacción en la actuación de... en la parvularia." (Corte Suprema, considerando 8°).

"Que, en efecto, una interpretación sistemática de la ley 20.370 lleva a concluir que para ingresar a la educación básica no es requisito haber estado en, o aprobado, la

educación parvularia, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 4, 18 y 26 del referido cuerpo legal. De conformidad con lo preceptuado en el 26, "la educación parvularia no exige requisitos mínimos para acceder a ella, ni constituirá antecedente obligatorio para ingresar a la educación básica"; mientras que el artículo 4 señala que "es deber del Estado promover la educación parvularia en todos sus niveles y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal, sin que éstos constituyan requisitos para el ingreso a la educación básica", y el 18 remata diciendo que "la educación parvularia es el nivel educativo que atiende integralmente a niños desde su nacimiento hasta su ingreso a la educación básica, sin constituir antecedente obligatorio para ésta".

En consecuencia, al invocar la condición del niño - síndrome de Down - para impedir su ingreso a la educación básica, obligándolo a permanecer en kínder, la demandada ha contravenido la normativa legal antes citada, que no le confiere atribuciones para hacer repetir al niño aquel nivel como requisito para acceder a primero básico, con independencia de sus necesidades educativas especiales. Dicha contravención vulnera la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 2 de la ley 20.609, antes transcrito." (Corte Suprema, considerando 9º).

"Que, como ha dicho la jurisprudencia internacional, para que el trato diferenciado no constituya discriminación, no sólo requiere de una justificación objetiva y razonable, sino también, debe perseguir un fin legítimo. (Nash, Claudio y David, Valeska, "Igualdad y no Discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos", en Nash Claudio y Mujica Ignacio (eds.) "Derechos humanos y juicio justo", Lima, Colam, pág. 169, citado en "Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la Luz de los primeros casos", Anuario de Derechos Humanos, N° 10, 2014, páginas 127-237, Casas y Lagos).

En el caso de autos, del discurso de la demandada y de los antecedentes que acompaña para fundarlo, no fluye con claridad que la preocupación principal sea buscar mejores condiciones para el desarrollo del niño, atendidas sus capacidades especiales, en la medida que está presente una dimensión menos evidente o explicitada que dice relación con el proyecto educativo del establecimiento educacional, con el que al parecer no calzaría un programa de integración que se prolongue hacia la educación básica y media. Si bien puede entenderse que el colegio no se sienta totalmente preparado o con las herramientas necesarias para afrontar este desafío, la responsabilidad asumida al aceptar al niño como parte de la comunidad escolar, implica que debía hacer, progresivamente, los ajustes pertinentes en su proyecto educativo, en su personal docente, en la comunidad escolar y en las exigencias hacia la familia del niño, para que éste no quedara excluido del sistema general de educación, como establece la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, precisamente en este aspecto. Lo anterior implica, ciertamente, que no se ha acreditado debidamente la finalidad legítima que subyace a la medida tomada por la demandada." (Corte Suprema, considerando 10°).

"Que el mandato que contienen las mencionadas normas, particularmente lo que señala el citado auto acordado bajo los números 6° y 8°, se cumple valorando el mérito que surge de todas las probanzas rendidas por los litigantes en la etapa procesal pertinente, y explicitando las reflexiones jurídicas que conducen a acoger o desestimar una demanda.

Sin embargo, como la sentencia impugnada solo alude a los antecedentes técnicos-pedagógicos acompañados, sin analizarlos, tal como se explicita en los motivos segundo, séptimo y octavo de la presente,

resulta, a juicio de la disidente, que la conclusión a la que arriba, en el sentido "que la permanencia del niño en kínder tenía una justificación razonable", aparece desprovista de consideraciones fácticas, también jurídicas a la luz de la normativa internacional y nacional aplicable.

Entonces, como el número 5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil establece que es causal de nulidad formal la circunstancia que la sentencia se haya pronunciado desatendiendo cualquiera de los requisitos que señala el artículo 170 del mismo, que, en su número 4, prescribe que deben contener las consideraciones de hecho o de derecho que le sirven de fundamento, y por lo señalado en el raciocinio precedente, la impugnada no las tiene, se configuró dicha causal de casación y que provoca su nulidad formal." (Corte Suprema, indicación previa de la Ministro Sra. Chevesich, considerando 2°).

"Que en cuanto a la decisión de permanencia en el nivel inicial del niño..., en el caso sublite, los jueces del fondo, ejercitando sus facultades privativas y excluyentes, ponderaron la prueba rendida en la etapa procesal pertinente, proceso racional que escapa al control de casación, y fijaron como hechos con el carácter de inamovible que el ingreso del niño obedeció a una decisión formal del Directorio de la Corporación en orden a incorporar a un niño con síndrome de Down en un proyecto de inclusión en nivel inicial, cuya permanencia se sujetaría a evaluación individual y anual. Dicha evaluación arrojó como resultado técnico-pedagógico que... debía permanecer en kínder. De lo anterior se desprende que hubo dos diferencias en relación al niño: su ingreso a un proyecto piloto de nivel inicial y su permanencia sujeta a una evaluación especial, cuyo objetivo era permitir que se integrara a la educación regular, pero sin las exigencias curriculares de los demás niños. Dicho objetivo se orientaba a dar cumplimiento a su derecho a la educación en

	<p>condiciones de igualdad, pero respetando sus necesidades especiales, de manera que asoma como legítima a la luz del artículo 7° de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, especialmente, del artículo 24 de la misma Convención, que junto con establecer que los niños con discapacidad no deben quedar excluidos del sistema de educación general (2.a), indica que deben realizarse ajustes razonables (2.c) y facilitarse "medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión" (2.e). La decisión tampoco lo privaba de su derecho a la educación o a ser promovido a un nivel superior, sino que le permitía aprender de acuerdo a su capacidad, utilizando una medida proporcional para obtener el equilibrio entre ambos aspectos. De esta manera puede concluirse que la decisión que el niño permaneciera en kínder tenía una justificación razonable y no aparece demostrada una conducta deliberada de la demandada en orden a discriminar al niño..." (Corte Suprema, voto en contra del Ministro Sr. Blanco, considerando 2°).</p> <p>"Que, en relación a la alegación de una infracción a los artículos 26 y 27 de la Ley 20.370, la última norma señala que los límites de edad pueden ser distintos en el caso de educación especial o diferencial, los que se especificarán mediante Decreto Supremo del Ministerio de Educación. Este Decreto es el 322, de 2012, que en su artículo 1° dispone expresamente que las personas que presentan necesidades educativas asociadas a discapacidades tendrán acceso a opciones educativas en los establecimientos educacionales especiales según las necesidades que se hayan establecido, sin exigencia de edad mínima de ingreso. El servicio educacional especial se otorgará hasta el momento que se determine por los organismos, comisiones o profesionales competentes. Con todo, el Ministerio de Educación reconocerá como la edad máxima de permanencia en la Educación Especial Diferencial los</p>
--	--

	<p>veintiséis años cumplidos durante el año lectivo correspondiente. De esta manera no puede estimarse que la sentencia del grado vulnerara dicha normativa, sino que, por el contrario, la cumplía con las mismas aspiraciones referidas en el considerando anterior" (Corte Suprema, voto en contra del ministro Sr. Blanco, considerando 3°).</p> <p>"La ley no ha impuesto sin embargo a los establecimientos educacionales particulares la obligación de acomodar sus proyectos educacionales a niños con Síndrome de Down. Como consecuencia de ello, los padres de estos niños ven seriamente limitado su derecho a elegir establecimiento educacional. La pregunta de si el legislador ha incumplido su deber constitucional de dar protección al ejercicio de este derecho no es materia de este juicio. Aquí se examina si el Colegio Alemán de Puerto Varas ha discriminado en infracción de la ley 20.609. A falta de ley que le exija acomodar su proyecto a niños con Síndrome de Down, este abogado integrante estima que dicho Colegio ha actuado en el legítimo ejercicio de su derecho constitucional y, en consecuencia, no incurrido en el cargo que se le reprocha." (Corte Suprema, voto en contra del Abogado Integrante Sr. Correa, considerando 5°).</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>Voto en contra del Ministro señor Blanco y Abogado Integrante señor Correa, quienes estuvieron por rechazar el recurso. El Ministro señor Blanco tiene, principalmente, en consideración que:</p> <p>1) Que se debe tener presente que el artículo 2° de la Ley 20.609 define discriminación arbitraria como "toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por</p>

	<p>Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad". Asimismo, su inciso segundo prohíbe invocar las categorías enumeradas en el inciso primero para justificar situaciones contrarias a las leyes o al orden público. Que, entonces, la normativa no prohíbe toda distinción, sino sólo aquella que "carezca de justificación razonable", lo que se determina mediante un proceso que consiste, en primer lugar, en determinar la "existencia de un trato diferenciado, cuál es el criterio o categoría para diferenciar y qué se persigue con la distinción. Teniendo estos antecedentes, se requiere que el criterio de la diferenciación sea objetivo, que la distinción sea razonable, que el fin perseguido sea legítimo con arreglo a los tratados internacionales de DDHH y que por supuesto, la medida sea necesaria y conducente para alcanzar dicho fin, esto es, que sea proporcional". (Casas, Lidia y Lagos, Catalina, "Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos", en Anuario de Derechos Humanos, N° 10, 2014, p. 135);</p> <p>2) Que en cuanto a la decisión de permanencia en el nivel inicial del niño Teodoro García-Huidobro Reidel, en el caso sublite, los jueces del fondo, ejercitando sus facultades privativas y excluyentes, ponderaron la prueba rendida en la etapa procesal pertinente, proceso racional que escapa al control de casación, y fijaron como hechos con el carácter de inamovible que el ingreso del niño obedeció a una decisión formal del Directorio de la Corporación en orden a incorporar a un niño con síndrome de Down en un proyecto de inclusión en nivel inicial, cuya permanencia se sujetaría a evaluación individual y anual. Dicha evaluación arrojó</p>
--	---

	<p>como resultado técnico-pedagógico que Teodoro debía permanecer en kínder. De lo anterior se desprende que hubo dos diferencias en relación al niño: su ingreso a un proyecto piloto de nivel inicial y su permanencia sujeta a una evaluación especial, cuyo objetivo era permitir que se integrara a la educación regular, pero sin las exigencias curriculares de los demás niños. Dicho objetivo se orientaba a dar cumplimiento a su derecho a la educación en condiciones de igualdad, pero respetando sus necesidades especiales, de manera que asoma como legítima a la luz del artículo 7° de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, especialmente, del artículo 24 de la misma Convención, que junto con establecer que los niños con discapacidad no deben quedar excluidos del sistema de educación general (2.a), indica que deben realizarse ajustes razonables (2.c) y facilitarse "medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión" (2.e). La decisión tampoco lo privaba de su derecho a la educación o a ser promovido a un nivel superior, sino que le permitía aprender de acuerdo a su capacidad, utilizando una medida proporcional para obtener el equilibrio entre ambos aspectos. De esta manera puede concluirse que la decisión que el niño permaneciera en kínder tenía una justificación razonable y no aparece demostrada una conducta deliberada de la demandada en orden a discriminar al niño Teodoro.</p> <p>3) Que, en relación a la alegación de una infracción a los artículos 26 y 27 de la Ley 20.370, la última norma señala que los límites de edad pueden ser distintos en el caso de educación especial o diferencial, los que se especificarán mediante Decreto Supremo del Ministerio de Educación. Este Decreto es el 322, de 2012, que en su artículo 1° dispone expresamente que las personas que presentan necesidades educativas asociadas a discapacidades tendrán acceso a opciones educativas</p>
--	---

en los establecimientos educacionales especiales según las necesidades que se hayan establecido, sin exigencia de edad mínima de ingreso. El servicio educacional especial se otorgará hasta el momento que se determine por los organismos, comisiones o profesionales competentes. Con todo, el Ministerio de Educación reconocerá como la edad máxima de permanencia en la Educación Especial Diferencial los veintiséis años cumplidos durante el año lectivo correspondiente. De esta manera no puede estimarse que la sentencia del grado vulnerara dicha normativa, sino que, por el contrario, la cumplía con las mismas aspiraciones referidas en el considerando anterior

4) Que tampoco puede estimarse que se usara la discapacidad del niño para justificar una situación contraria a las leyes o al orden público, dado que a la fecha de acaecimiento de los hechos no había entrado en vigencia la Ley 20.845 de Inclusión Escolar que Regula la Admisión de los y las Estudiantes, Elimina el Financiamiento Compartido y Prohíbe el Lucro en Establecimientos Educacionales que Reciben Aportes del Estado, en tanto que el DFL 2 de 2009 que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 20.370 y la Ley 20.422 que Establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad impone exigencias a los colegios que reciben financiamiento del Estado, de suerte tal que si el Colegio Alemán de Puerto Varas por decisión voluntaria había iniciado un proyecto de nivel inicial conforme a la normativa vigente, no se puede sostener que la falta de continuidad del proyecto a niveles de educación superiores, constituya un acto de discriminación arbitraria en conformidad al inciso 2° del artículo 2° de la Ley 20.609.

El abogado integrante señor Correa funda su disidencia en las siguientes consideraciones:

	<p>1) La acción impugna como medida discriminatoria la decisión del Colegio Alemán de Puerto Varas de negar promoción a la educación básica al hijo de los actores, quien tiene Síndrome de Down y, en el marco de un programa piloto para el nivel inicial, cursaba kínder. La decisión del colegio se explica por características conductuales y cognitivas del niño que están indudablemente asociadas a su Síndrome de Down. Es posible que, en vez de negar su promoción, el colegio hubiera podido adaptarse para recibir al niño en la educación básica. En consecuencia, la pregunta que plantea este juicio puede formularse así: la decisión de un colegio de no adaptar su proyecto educativo a fin de promover a la educación básica a un niño que en razón de Síndrome de Down no cumple las condiciones conductuales y cognitivas requeridas por dicho proyecto, ¿constituye un acto de discriminación proscrito por la ley 20.609 -</p> <p>2) Que el inciso tercero del artículo segundo de la ley 20.609 dispone, en lo pertinente, que "Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que... se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República".</p> <p>3) Que esta última disposición a su vez establece que "La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales". El Colegio Alemán de Puerto Varas es un establecimiento educacional privado y, como tal, titular de esta libertad, la que indudablemente le permite definir su proyecto educacional. En principio entonces, su decisión de no adaptar su proyecto educacional para acomodar su educación básica a las necesidades especiales del niño aparece constitucionalmente protegida.</p>
--	--

4) Lo anterior sin embargo se encuentra calificado por lo que dispone el inciso cuarto del numeral 11 del artículo 19 de la Constitución Política: "Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos", manifestación a su vez de su "derecho preferente y... deber de educar a sus hijos", señalados estos en el inciso tercero del numeral 10 del citado artículo 19. Evidentemente, el derecho de los padres a elegir se ve limitado si los establecimientos educacionales son libres para imponer condiciones de acceso que impidan la matrícula de sus hijos. Eso explica que la Constitución imponga al Estado el deber de "otorgar especial protección al ejercicio de este derecho". Cuando se trata de condiciones de general exigencia en los establecimientos educacionales y su ausencia en un niño están asociadas a la lotería de la naturaleza, como ocurre con el Síndrome de Down, el derecho de los padres a elegir establecimiento educacional tiende a devenir ilusorio y, por tanto, la protección estatal deviene particularmente urgente. La Constitución no define sin embargo el grado de protección. Es mediante la ley que el Estado debe imponer a los establecimientos educacionales privados las limitaciones que estime justificadas para que el ejercicio del derecho a elegir establecimiento educacional no resulte ilusorio. Así, por el ejemplo, el artículo 11 de la ley General de Enseñanza ha impuesto a los establecimientos la obligación de adaptarse al embarazo y a la maternidad, y a los que reciben aporte estatal les ha prohibido expulsar a un alumno en razón de cambio del estado civil de sus padres y apoderados o, hasta sexto básico, en razón de su rendimiento escolar.

5) La ley no ha impuesto sin embargo a los establecimientos educacionales particulares la obligación de acomodar sus proyectos educacionales a niños con Síndrome de Down. Como consecuencia de ello, los padres de estos niños ven seriamente limitado su derecho a elegir establecimiento educacional. La

	<p>pregunta de si el legislador ha incumplido su deber constitucional de dar protección al ejercicio de este derecho no es materia de este juicio. Aquí se examina si el Colegio Alemán de Puerto Varas ha discriminado en infracción de la ley 20.609. A falta de ley que le exija acomodar su proyecto a niños con Síndrome de Down, este abogado integrante estima que dicho Colegio ha actuado en el legítimo ejercicio de su derecho constitucional y, en consecuencia, no incurrido en el cargo que se le reprocha.</p>
--	---



SENTENCIA ROL

SCS ROL Nº 3.514-2014

TRIBUNAL	Corte Suprema	
FECHA (ingreso y fallo)		4 de diciembre de 2014
MATERIA	Unificación de Jurisprudencia	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	Artículo 381 del Código del Trabajo	
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	Art 19 número 16 de la CPR	
TIPO DE PROCEDIMIENTO	Ordinario	
REQUIRENTE	abogada Jeannette Arcil Greve, actuando en representación de la denunciada Comercial Promolinks S. A.	
REQUERIDO	N.A	
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL		

NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	<p>Se rechaza el recurso de unificación de jurisprudencia incoado por la abogada Jeannette Arcil Greve, actuando en representación de la denunciada Comercial Promolinks S. A., con motivo del fallo dictado el ocho de enero de este año por la Corte de Apelaciones de Santiago que, acogiendo el de nulidad que le fuera presentado por Loreto Barrera Pedemonte, como Inspectora Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente, en representación de la misma y en amparo del Sindicato de Trabajadores de Empresa Promolinks S. A., declaró la efectividad de la práctica antisindical del denunciado e impuso multa a la referida empresa.</p>
RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA	<p>En esta causa RIT S-51-2.013, RUC 1340024249-0 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, procedimiento de tutela laboral por prácticas desleales y/o antisindicales en perjuicio del Sindicato de Trabajadores de Empresa Promolinks S. A., iniciado por doña Loreto Barrera Pedemonte, como Inspectora Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente, en representación de la misma, contra Comercial Promolinks S. A., la abogada Jeannette Arcil Greve, mandataria de la denunciada, recurre de unificación de jurisprudencia con motivo del fallo dictado el ocho de enero de este año por la Corte de Apelaciones de Santiago que, acogiendo el de nulidad que le fuera presentado por la actora, declaró la efectividad de la práctica antisindical e impuso multa a la referida empresa.</p> <p>El libelo unificador invoca la jurisprudencia contenida en dos sentencias de este supremo tribunal: a) la recaída en el Rol N° 5.331-2.006, prácticas desleales, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, casación en el fondo, dos de octubre de dos mil siete, y b) la dictada en el Rol N° 4.936-2.012, procedimiento de tutela laboral por prácticas antisindicales, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, unificación de jurisprudencia, siete de marzo de dos mil trece, para concluir solicitando se uniforme la interpretación del artículo 381 del Código del Trabajo en el sentido que lo</p>

	<p>único que él prohíbe es la contratación de personal nuevo y ajeno a la empresa.</p> <p>Sabido es que lo que se conoce oficialmente como Carta Internacional de Derechos Humanos está compuesta por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el último de los cuales fue adoptado en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1.966, fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1.969 y entró en vigencia el 3 de enero de 1.976.</p> <p>10°.- La huelga se ha legitimado como un recurso ineludible para obtener lo que el segmento laboral percibe necesario; surge una vez constatada la ineficacia de las demás modalidades destinadas a superar los desacuerdos entre los dos componentes configurantes de la empresa, concebida ésta como grupo productivo, a saber, el capital y el trabajo.</p> <p>Se presenta como el rechazo por parte del factor trabajo, de manera concertada y colectiva, a continuar realizando su aporte, con miras a lograr mejoras en sus condiciones y su situación social, cuando desestimadas por el capital. En este sentido se hace manifiesto su carácter de presión ante el empleador; es un “ultimátum” a la patronal, que se enfrenta a la inminencia de la suspensión de labores y consecuente paralización del proceso productivo. Carecen los dependientes de otra herramienta pacífica que pueda contrapesar la autonomía y poder de la propiedad.</p> <p>Su necesidad está íntima y directamente unida a la reivindicación de derechos que se consideran conculcados e, indirectamente, al bien común. Esto último por cuanto el trabajo no sólo es un derecho del ser humano, sino el medio a través del que humaniza la realidad y se constituye en miembro activo de la comunidad.</p> <p>No está demás subrayar que el servicio remunerado a los demás se alza como excelsa manifestación de</p>
--	--

trascendencia, en la que se aporta a la par que se recibe. No da cabida a expresiones que lo acerquen ni mucho menos asemejen a lo propio de un simple intercambio comercial. Ante la obviedad del cambio de las formas históricas en las que se expresa el trabajo, es tarea de la moral y el derecho conservar sus exigencias de siempre, compendiadas en la idea medular del respeto a los derechos inalienables del trabajador; a medida que el acontecer se va haciendo más radical e impredecible, más potente ha de ser el esfuerzo tutelar de lo más substancial del trabajo;

17°.- Más o menos a la par con el derecho interno avanza un derecho internacional en nada indiferente a la temática motivo de la vista.

Sabido es que lo que se conoce oficialmente como Carta Internacional de Derechos Humanos está compuesta por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el último de los cuales fue adoptado en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1.966, fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1.969 y entró en vigencia el 3 de enero de 1.976.

Su artículo 8 1. d) protege el derecho a la huelga en los siguientes términos: “Artículo 8 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:... d) El derecho a huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.”

El precepto remata con una restricción que adquiere importancia de cara a la remisión que el texto efectúa a las legislaciones locales. Esa está destinada a los Estados Partes del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, a los que advierte que “Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Parte... a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.”(Artículo 8 3.). De hecho, la instauración del “rompehuelgas” se encuentra prohibida en el Código del Trabajo francés -artículo 124/2/3- la Ley de Huelga

	<p>portuguesa -artículo 6- el Decreto Reglamentario de la Ley del Trabajo española –artículo 6.5-, y otros de la zona europea ;</p> <p>18°.- A nivel regional se contaba desde 1.948 con la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, que contiene principios de interés para esta convocatoria.</p> <p>Su artículo 1 señala que “tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el mínimo de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos.”</p> <p>El artículo 2 enseña: “Considéranse como básicos en el derecho social de los países americanos los siguientes principios:</p> <p>a) El trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio.</p> <p>b) Todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el desarrollo de su actividad...</p> <p>e) Los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio...”</p> <p>El precepto 27 establece que “Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio.”;</p> <p>19°.- El 5 de junio de 2.001 Chile suscribió el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1.988.</p> <p>Sus dos primeras disposiciones obligan a los Estados Partes a adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias” para “la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el</p>
--	--

	<p>presente Protocolo.”, entre los cuales el de huelga, consagrado en su artículo 8 1. b):</p> <p>“8 1. Los Estados partes garantizarán:...</p> <p>b. el derecho a la huelga.”.</p> <p>Entre tales Estados, Brasil, México, Colombia y Ecuador contienen normas prohibitivas del reemplazo de trabajadores en huelga;</p> <p>20°.- Es el momento oportuno para recordar aquella regla elemental en la convivencia jurídica de la comunidad de las naciones, que se encuentra estampada en el artículo 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, de acuerdo con la cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”;</p> <p>23°.- Lo segundo es que debe dejarse en claro que la circunstancia de no existir en la carta fundamental una disposición explícitamente consagratória del derecho a la huelga no quiere decir, como también se adelantó, que ella no garantice ese derecho, por cuanto al vedarlo de la manera que lo hace en el acápite 16° de su artículo 19 únicamente respecto de sectores o entes determinados, obviamente consagra una excepción que conlleva la regla general permisiva.</p> <p>Así, el prisma semántico conduce, forzosamente, por la vía del a contrario sensu, a aseverar que el derecho ha quedado de esa manera implícito en el catálogo protector.</p> <p>Por manera que la armónica lectura de los artículos 19 N° 16° incisos séptimo y octavo de la ley principal y 381 del código, entregan un marco referencial bastante claro para las luces de esta búsqueda;</p> <p>33°.- Además, se alza como piedra angular del orden público económico, pues de él depende el pasar del trabajador y de todos aquellos a los que sustenta y, a la larga, también el bienestar del grupo social,</p>
--	--

	<p>mayormente integrado -como se dijo- por dependientes. Las condiciones en que se ejecutan las labores han de ser correspondientes con mínimos estándares de calidad. No es ni puede ser indiferente a la sociedad lo que ocurra con la estabilidad en los empleos, con las remuneraciones, con los ambientes donde se desarrollan las faenas, con la duración de las jornadas, con los descansos, con los feriados, con los permisos, con la seguridad social, con el resguardo de la salud mientras se presta las labores, en fin, con aspectos varios que la masa asalariada de hecho tiene permanentemente en su horizonte.</p> <p>La arista sociológica enseña que tales afanes se transforman a menudo en escudo de batalla de las sociedades intermedias atinentes, donde con frecuencia -no siempre- las mayorías pugnan por avances o ventajas que el que tiene mayor poder de decisión tiende a frenar.</p> <p>Es esa la lucha que recurrentemente devela el mundo laboral y que el mentado Libro IV del código de la especie deja tan abrumadoramente reglamentada, al plasmar una enorme cantidad de condiciones y requisitos que, en etapas sucedáneas y tras inmenso esfuerzo y desgaste, puede resultar en una declaración de huelga.</p> <p>La huelga no es gratuita.</p> <p>En ese contexto circunstancial surge la interrogante en punto a si se justificaría tanto empeño y, a menudo, también convulsión, para arribar a una hipotética paralización que en la práctica no lo fuere, dado que el patrón reemplazase de hecho a los comprometidos, con otros dependientes suyos que se desempeñan en locales, agencias o sucursales varias.</p> <p>Se inclinan estos jueces por una respuesta negativa. El prolongado iter de la negociación colectiva carecería de sentido; traicionaría su causa final.</p> <p>En esa dirección, rehuye esta Corte una interpretación regresiva de las “aperturas” del artículo 381;</p>
--	--

	<p>34°.- Una mirada teleológica y axiológica del tema se hace conveniente debido al enfoque que le da la demandada Promolinks S.A.</p> <p>Al contestar el requerimiento señaló que el legislador distinguió entre atentados contra la libertad sindical y atentados contra la negociación colectiva, normándolos por separado; que esa doble regulación tiene su origen en la restrictiva interpretación que a la libertad sindical ha dado la ley, limitándola exclusivamente a la facultad de constituir sindicatos, de afiliarse a y de desafilarse de ellos; que, con todo, las modificaciones que para tipificar y sancionar las prácticas antisindicales introdujo la Ley 19.759 al artículo 289 del código, fueron más allá de la clara y evidente voluntad que trasuntaba esa recopilación, mezclando conceptos y abriendo espacios de arbitrariedad e injusticia.</p> <p>Aunque sea tangencial a la vertiente teleológica y axiológica de este instante, no deben estos juzgadores dejar escapar lo que constituye una verdadera revelación de cara al acercamiento epistemológico que mueve a la sancionada, para la cual lo que obró la Ley 19.759 es una distorsión al espíritu del código.</p> <p>Es de traer a la memoria lo que se explicitó en supra 16° en cuanto al énfasis proscriptivo del reemplazo en estudio, justamente incorporado a la ley de fuero por dicha regulación, debido a que hasta su advenimiento la sustitución legalmente tenía cabida (motivo 15° de este fallo).</p> <p>Por consiguiente, es la misma denunciada la que de esa manera no hace más que reconocer el cambio de paradigma del código de fuero, es decir, que a partir de la intromisión preceptiva que critica, cambió el tratamiento de la cuestión, prohibiéndola;</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>Voto en contra de los abogados integrantes señores Prado y Lecaros, quienes estuvieron por calificar la solicitud y, en unificación de jurisprudencia, dejar sin efecto la sentencia recaída en el recurso de nulidad, desestimándolo, para mantener de esa forma lo resuelto por la jueza del grado.</p>

	<p>1) Que la discusión jurídica se centra en dilucidar el sentido y alcance de la prohibición que afecta al empleador en orden a reemplazar a los trabajadores que se encuentren haciendo uso del derecho a la huelga, conforme lo dispone el artículo 381 del Código del Trabajo, el cual establece: “Estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga, salvo que la última oferta formulada, en la forma y con la anticipación indicada en el inciso tercero del artículo 372 contemple a lo menos...”. Es decir, la regla general es la imposibilidad de reemplazar y la excepción está constituida por la situación que se produce en el evento que el empleador dé cumplimiento a las exigencias contenidas en esa norma, en cuyo caso podrá realizar dicho reemplazo.</p> <p>2) Que surge la necesidad de precisar la inteligencia de la norma citada, desde que si bien se prohíbe realizar “reemplazo”, lo cierto es que en el desarrollo de las situaciones excepcionales en que esa circunstancia está permitida, el legislador se refiere a la contratación de trabajadores para los efectos de verificar el reemplazo de los dependientes paralizados, sin perjuicio de que no es lo mismo reemplazar que contratar. No lo es, por cuanto la expresión “reemplazo”, en su sentido natural y obvio significa sustitución, es decir, cambiar uno por otro, en tanto que la voz contratación, es indicativa de la celebración de un contrato.</p> <p>3) Que actualmente la huelga está regulada en Título VI del Libro IV del Código del Trabajo y constitucionalmente reconocida, aunque de manera indirecta, en el artículo 19 N° 16° de la Constitución Política de la República, donde se asienta el principio fundamental que no puede comprometer actividades o servicios que causen grave daño a la salud, la economía, el abastecimiento o la seguridad nacionales. De tales normas es dable desprender que el ordenamiento intenta regularla jurídicamente como</p>
--	--

	<p>“instancia para forzar un acuerdo razonable sobre las relaciones colectivas de trabajo”, por lo que corresponde realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones que la reglamentan, desde que esa instancia compromete, ciertamente, el desarrollo económico a nivel de país.</p> <p>4) Que, en efecto, la propia normativa que regula la huelga confirma la interpretación restrictiva a que se hace alusión en el motivo anterior, en la medida que además de tratarse de un desenlace indeseable del proceso de negociación colectiva, siempre está presente en su reglamentación la idea de buscar una alternativa que importe el acuerdo entre trabajadores y empleadores. Así, en las disposiciones pertinentes se prevé la opción de suscribir un nuevo contrato colectivo con las mismas estipulaciones que los anteriores vigentes; se señala la posibilidad de declarar la huelga sólo ante la concurrencia de determinados requisitos; se restringe sus efectos específicamente a los dependientes involucrados en la negociación colectiva; se regula la votación para ser declarada; se exige mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa partícipes de la negociación; se dispone hacerla efectiva al inicio de la jornada del tercer día siguiente a la fecha de su aprobación y, si así no se hiciera, se entiende que los dependientes se desistieron de ella; se regula el quórum de trabajadores que deben dejar de laborar para entenderla vigente; se reconoce la intervención de un inspector del trabajo para obtener el acuerdo entre las partes después de cuarenta y ocho horas de iniciada la huelga, al que se otorga un plazo de cinco días para sus gestiones, pudiendo prorrogárselo por otros tantos, lo que también posterga el inicio de la huelga. Además, aun iniciada, la comisión negociadora puede convocar a otra votación a fin de pronunciarse sobre la posibilidad de someter el asunto a mediación o arbitraje respecto de un nuevo ofrecimiento del empleador o sobre la última oferta.</p>
--	--

	<p>Finalmente, se establece, en determinadas faenas, la existencia de personal de emergencia.</p> <p>5) Que, por consiguiente, es en la orientación ya indicada que ha de procurarse el sentido del reemplazo prohibido en el artículo 381 del Código del Trabajo, delimitándolo dentro del contexto de la normativa en la que se contiene, es decir, a propósito de una instancia no deseada, atendidas las perniciosas consecuencias que trae consigo, por lo tanto, debe entenderse que lo que la ley impide -salvo en las condiciones excepcionales que ella misma regula- es la contratación de nuevos trabajadores para desempeñar las funciones de aquéllos que han declarado la huelga y no la reasignación de funciones. Es decir, ha de tratarse de personal ajeno a la empresa.</p> <p>6) Que, en consecuencia, en la situación fáctica de que dan cuenta estos antecedentes, esto es, que la denunciada trasladó empleados que le prestaban servicios en una de sus sedes, para que desempeñaran las funciones de los trabajadores que en ese momento se encontraban en huelga en otra u otras distintas, no se ha producido la figura que sanciona el artículo 381 del Código del Trabajo, desde que no se trata, como se dijo, de nuevas contrataciones.</p>
--	--



SENTENCIA

SCS ROL N° 10.973-2013

TRIBUNAL	Corte Suprema	
FECHA (ingreso y fallo)		30 de abril de 2014
MATERIA	Unificación de Jurisprudencia	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS	1° y 420, 486 del Código del Trabajo	

PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	Garantía de no discriminación directa, por razones sindicales, e indirecta
TIPO DE PROCEDIMIENTO	ordinario
REQUIRENTE	don Pablo Andrés Bussenius Cornejo
REQUERIDO	Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast)
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	Se acoge el recurso de unificación de jurisprudencia deducido por la parte demandante, en relación a la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en autos rol ingreso Corte N°1045-2013, con fecha uno de octubre de dos mil trece, que acogió el recurso de nulidad interpuesto por la demandada en contra de la sentencia del Segundo Juzgado de letras del Trabajo de Santiago, en causa RIT T-118-2013, RUC 1340008096-2, debiendo dictarse acto seguido y sin nueva vista la correspondiente sentencia de reemplazo.
RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA	Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en procedimiento de Tutela Laboral, don Pablo Andrés Bussenius Cornejo denunció a la Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast), por haberlo privado de su empleo público vulnerando la garantía de no discriminación directa, por razones sindicales, e indirecta, en el empleo y ocupación de las normas que indica, a efectos de lo cual solicita el reintegro a sus funciones y, en subsidio y atendida la especial gravedad de lo acontecido, se la condene al pago del equivalente a 11 remuneraciones, entre otras prestaciones. La Corte de Apelaciones de Santiago conociendo del citado recurso, lo acogió, en fallo de primero de octubre de dos mil trece, por estimar que concurría la causal

	<p>principal de nulidad alegada, invalidó la sentencia y dictó una de reemplazo que rechazó la acción de tutela intentada, fundada en que al estar el actor sometido a un estatuto especial, no le eran aplicables las normas sobre tutela contenidas en el Código del Trabajo.</p> <p>En contra de la resolución que falló el recurso de nulidad, la demandante dedujo ante esta Corte recurso de unificación de jurisprudencia, solicitando se lo acoja y se deje sin efecto lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, dictando una sentencia de reemplazo que haga lugar a la denuncia de tutela, más las costas de la unificación.</p> <p>3°) Que, luego de referir los antecedentes de hecho del proceso, el recurrente señala que la Corte de Apelaciones de Santiago, en el fallo que impugna, se aparta de la jurisprudencia de otros tribunales superiores que, amparada en el inciso 3° del artículo 1° y en el artículo 420, ambos del Código del Trabajo, ha declarado la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer acciones de tutela como la que se ventila en este juicio, interpuestas por quienes tienen o han tenido la calidad de funcionarios públicos regidos por el Estatuto Administrativo. Cita, al efecto, dos sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Valparaíso -roles N°267-09 y N°334-2011- en la primera de las cuales, por fallo de 4 de septiembre de 2009, se resolvió que “Teniendo únicamente presente lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1° del Código del Trabajo, se revoca la resolución apelada de siete de julio de dos mil nueve y, en su lugar, se declara que el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso es competente para seguir conociendo de la presente causa. Devuélvanse los antecedentes al tribunal a quo”. Explica el recurrente que dicha resolución revocó la resolución que inicialmente se negó a dar curso a la demanda, argumentando que “teniendo presente que del tenor de la demanda aparece que las partes, en sus relaciones laborales, se encuentran regidas por el Estatuto Administrativo, atendida la calidad de funcionarios públicos de los actores, teniendo presente</p>
--	---

además, lo dispuesto en los artículos 420 y 447 del Código del Trabajo, el tribunal se declara incompetente para conocer de la causa, debiendo remitirse los antecedentes a la Corte de Valparaíso para los fines a que hubiere lugar” (Juicio caratulado Araya Guerra, Jorge con Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota, RIT T- 26-2009, Juzgado de letras del Trabajo de Valparaíso).

En relación a la segunda causa citada, caratulada “Torrealba Alcérreca con Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes”, señala que se establece el criterio de que aun cuando una persona se rija por un estatuto especial, es posible que quede sujeta a las normas del Código del Trabajo, en materias que no están reguladas en sus propios estatutos, siempre que no fueren contrarios a ellos, que es lo que ocurre en el caso de los funcionarios públicos, toda vez que el Estatuto Administrativo no contempla un procedimiento especial por vulneración de derechos fundamentales, sin que pueda entenderse que una acción de esta clase se oponga a las normas estatutarias, ya que ésta busca cautelar en definitiva derechos fundamentales a todas las personas sin distinción. Agrega la citada sentencia que la voz “trabajadores” utilizada en el artículo 1° del Código del Trabajo, para referirse a los funcionarios de la administración del Estado, resulta relevante para estos efectos.

A la luz de lo anterior, el recurrente indica que el criterio contenido en la sentencia cuya interpretación impugna infringe la normativa legal citada, toda vez que, en su opinión, no puede dejarse de lado que el artículo 84 del Estatuto Administrativo hace una remisión expresa al artículo 2° del Código del Trabajo, en tanto que el artículo 17 de la ley 18.834, hace la misma remisión en forma tácita, lo cual considera un criterio de interpretación que demuestra que el Estatuto Administrativo confiere a los funcionarios de planta y a contrata el derecho a no ser discriminados, pero no un procedimiento judicial para accionar ante la vulneración de tal garantía. Señala, en consecuencia, que el

	<p>Juzgado del Trabajo, en procedimiento de tutela de los artículo 485 a 495 del Código del Trabajo, resulta ser competente para conocer de tales acciones de tutela por vulneración de derechos fundamentales interpuestas por quienes presten o hayan prestado servicios para entidades públicas, estando regidos por el Estatuto Administrativo.</p> <p>Termina señalando que, como se aprecia, ante hipótesis prácticamente idénticas, referidas a la competencia de los Juzgados del Letras del Trabajo para conocer y fallar acciones de tutela como las indicadas, las respectivas Cortes de Apelaciones han aplicado los artículos 1° y 420 del Código del Trabajo con criterios diametralmente opuestos, olvidando la sentencia que se recurre que el artículo 486, inciso primero, del Código del Trabajo, otorga en forma expresa competencia a los Juzgados del Trabajo para conocer de las denuncias que particulares y organizaciones hagan por vulneración de derechos fundamentales, de suerte que, sostiene el recurrente, dicha norma otorga competencia, en los términos de los literales a) y g) del artículo 420 y del inciso 3° del artículo 1° del Código del Trabajo, para conocer de la acción que se ventila en el juicio de autos, aun cuando quienes la interpongan presten servicios de aquellos regidos por un estatuto especial, como el contemplado en la ley 18.834. Todo lo cual, señala, justifica ampliamente la interposición del presente recurso de unificación de jurisprudencia, a fin de que esta Corte determine la interpretación que se ajusta a derecho.</p> <p>6°) Que, conforme a lo expuesto precedentemente, resulta manifiesta la contradicción entre el criterio sostenido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el fallo analizado en el motivo cuarto y el vertido en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago por la que se recurre en estos autos, desde que en ésta se estimó que el artículo 485 del Código del Trabajo, que establece el procedimiento de tutela laboral, se ha de aplicar “respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales</p>
--	--

	<p>que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores que allí se precisan. Es decir, a la vinculación surgida en los términos del artículo 7° y 8° del mismo texto legal y en caso alguno, a la relación estatutaria a la que se someten los funcionarios públicos a contrata, cuyo contenido está dado por las disposiciones de su propio estatuto, esto es, la ley 18.834” (motivo noveno). En apoyo de su decisión, la Corte señaló, asimismo, que en la especie no concurría la situación contemplada en el inciso 3° del artículo 1° del Código del Trabajo, “por cuanto en autos no se trata de hacer efectivas las normas del cuerpo legal mencionado(...) en defecto de las disposiciones estatutarias a la que está sometido, sino de encuadrar la situación del actor a toda la normativa que tiene dicho Código, en circunstancias que sus servicios se ejecutaron merced de una modalidad prevista y autorizada por la ley que rige a ese organismo, según se desprende las resoluciones agregadas en autos” (motivo sexto).</p> <p>7°) Que, en tales circunstancias, existiendo interpretaciones distintas sobre la materia de derecho aludida, emanadas de pronunciamientos de Tribunales Superiores, el presente recurso de unificación de jurisprudencia deberá acogerse.</p> <p>Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, se acoge el recurso de unificación de jurisprudencia deducido por la parte demandante, en relación a la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en autos rol ingreso Corte N°1045-2013, con fecha uno de octubre de dos mil trece, que acogió el recurso de nulidad interpuesto por la demandada en contra de la sentencia del Segundo Juzgado de letras del Trabajo de Santiago, en causa RIT T-118-2013, RUC 1340008096-2, debiendo dictarse acto seguido y sin nueva vista la correspondiente sentencia de reemplazo.</p>
--	---

CARACTERISTICAS DE LA VOTACION	<p>EN contra el voto del Abogado Integrante señor Guillermo Piedrabuena Richard quien no obstante reconocer la existencia de jurisprudencia contradictoria en relación a la tutela laboral de los funcionarios de la Administración del Estado, estima ajustada a derecho el fallo de mayoría de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, escrito a Fs. 87 y siguientes, que había invalidado la sentencia de primera instancia que había rechazado la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el Fisco, compartiendo los fundamentos de dicha sentencia.</p> <p>Asimismo, el disidente comparte la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, que se contiene en el fallo de 5 de octubre del 2011 que en los autos ingreso 1972-2011, caratulados "Castillo con Intendencia Regional de La Araucanía" acogió por unanimidad el recurso de unificación de jurisprudencia presentado por el Fisco de Chile, estimando que los juzgados laborales son incompetentes absolutamente, en razón de la materia, para conocer de una demanda de tutela de derechos laborales fundamentales incoada por funcionarios públicos designados en calidad de contratados. (Ministros Patricio Valdés, Roberto Jacob, Sra. María Eugenia Sandoval y Abogados Integrantes Sres. Luis Bates y Jorge Lagos).</p>
---------------------------------------	---



SENTENCIA

SCA DE CONCEPCIÓN ROL N° 10.142-2019

TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Concepción	
FECHA (ingreso y fallo)		9 de agosto de 2019
MATERIA	Protección – Derecho a la vida	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS		

PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	- Derecho fundamental a la vida y a su integridad física y psíquica
TIPO DE PROCEDIMIENTO	Acción de protección
REQUIRENTE	Ignacio José Sapiain Martínez, abogado, a favor de la niña Grace Micaela Muñoz Inzunza, hija de Misael Bernardino Muñoz Cortés y Claudia Andrea Inzunza Rubilar.
REQUERIDO	Complejo Asistencial “Dr. Victor Rios Ruiz”, Los Ángeles FONDO NACIONAL DE SALUD, SERVICIO DE SALUD DEL BIOBÍO.
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	Causa Rol 9778-2018; rol 3459-2018, CA de Concepción.
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	SE ACOGE, sin costas, la acción de protección deducida por IGNACIO JOSE SAPIAIN MARTINEZ, debiendo las recurridas, realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco SPINRAZA, incluida la obtención del financiamiento necesario para administrar el tratamiento, a fin que éste se inicie en el plazo de quince días, respecto de la paciente, la niña GRACE MICAELA MUÑOZ INZUNZA, en los términos que determine el médico tratante.
RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA	Grace Micaela Muñoz Inzunza, nació el 30 de julio de 2015, y padece Atrofia Muscular Espinal, enfermedad neurodegenerativa, progresiva que genera la muerte de las motoneuronas espinales y bulbares secundarias a déficit de proteína SMN. Que según informe médico de fecha 10 de mayo 2019, emitido por el Dr. Ricardo Erazo Torricelli, Neurólogo Pediatra, el medicamento SPINRAZA ha sido debidamente comprobado, para esta patología, por lo que dispuso el tratamiento de la niña se les conmine a realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco SPINRAZA, con el objeto que se inicie el tratamiento a favor de Grace Micaela Muñoz Inzunza, diagnosticada con Atrofia Muscular Espinal (AME) Tipo I-II, y que

corresponde al suministro de SPINRAZA, intretacal, 12 mg/5ml bajo la dosis de 04 frascos uno el día 0, el segundo al día 14, el tercero al día 28 y el cuarto al día 63, luego una dosis de mantención de 1 frasco cada 4 meses, con costas.

SEXTO: Que, resulta indubitado que Grace Micaela es titular del derecho fundamental a la vida y a su integridad física y psíquica, así como también que, por tratarse de una menor, que padece una enfermedad neoromuscular de carácter genético, denominada Atrofia Muscular Espinal, que ha afectado sensiblemente sus capacidades motoras, pertenece a un grupo de personas altamente vulnerables y por ello merecen una protección reforzada por parte del Estado.

SEPTIMO: Que, por su parte respecto del argumento de las recurridas relativas a los costos económicos que implicaría la adquisición del medicamento, hay que tener presente que se está ante una situación de riesgo para la vida de la menor de autos, pues es portadora de una enfermedad que sin el tratamiento adecuado puede ocasionar la muerte o, al menos decaer su calidad de vida. En consecuencia, el patrimonio fiscal debe ceder en beneficio del bien jurídico afectado, vida e integridad física y psíquica de la menor en cuyo favor se recurre.

No debemos olvidar que el Estado de Chile (y dentro de él los órganos jurisdiccionales) se encuentra obligado a asegurar el disfrute del más alto nivel de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades y rehabilitación de niños, niñas y adolescentes, de conformidad a lo establecido en el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño. En cumplimiento de este derecho los Estados Partes se encuentran “obligados” a realizar los esfuerzos suficientes para asegurar que ningún niño, niña o adolescente sea privado de su derecho al disfrute de los servicios sanitarios, debiendo asegurar la plena aplicación de él.

DECIMO: Que, no obstante lo que se resuelva en estos antecedentes responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ésta no alcanza a la determinación, implementación y diseño de las

	<p>políticas públicas en la materia, lo cual excede las facultades de esta Corte, correspondiendo a una función de otro órgano del Estado.</p> <p>De esta manera, esta Corte debe velar, en esta sede de protección, por la efectiva realización (y protección) de los derechos garantizados por el constituyente establecidos en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, sin que pueda determinar de qué modo el o los organismos recurridos habrán de concretar el mandato contenido en la sentencia que se dicte al efecto, materia que, en definitiva, corresponde más bien al diseño e implementación de una política pública específica en materia de salud.</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>voto en contra del ministro Sr. Álvarez, quien estuvo por rechazar el recurso por las siguientes razones:</p> <p>1°.- Que es requisito indispensable de la acción constitucional de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley, o arbitrario, es decir, producto de una voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho y que provoque algunas de las situaciones o efectos indicados, afectando a una o más de las garantías protegidas por el constituyente.</p> <p>2°.- Que los recurridos forman parte de la Administración Pública del Estado de modo que su actuación se rige por el principio de legalidad, especialmente en lo relativo a la administración de los recursos públicos que les son asignados, sin que entonces puedan disponer de ellos alterando los fines para los que les fueron entregados. En la especie, tratándose un tratamiento médico de alto costo, la ley N° 20.850, que “Crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos”, ha fijado las políticas públicas en esta materia; de modo que al no denunciarse y acreditarse la infracción de una norma jurídica precisa por los recurridos y conforme a la que hayan negado la adquisición y suministro del fármaco materia de autos, es decir, una inactividad antijurídica, su actuación no</p>

	puede estimarse ilegal; ni arbitraria, pues ella responde a las razones justificativas de su conducta y que han detallado en sus informes.
--	--



SENTENCIA ROL

SCA DE TEMUCO ROL N° 612-2019

TRIBUNAL	Corte Apelaciones de Temuco	
FECHA (ingreso y fallo)		26 de agosto de 2019
MATERIA	Contencioso – Acción de Protección.	
NORMAS JURÍDICAS CUESTIONADAS		
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS	Artículo 19 N° 1 de la Constitución Política, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona y la del artículo 19 N° 2, es decir, la igualdad ante la ley.	
TIPO DE PROCEDIMIENTO	Protección.	
REQUIRENTE	Don Sergio Eduardo Sepúlveda Torres, abogado, domiciliado en calle Antonio Varas N° 854, oficina 504, Temuco, en favor de doña Katherina Alejandra Vilches Jélvez.	
REQUERIDO	Hospital Regional Hernan Henriquez Aravena, FONASA Servicio de Salud Araucania Sur Ministerio de Salud	
SENTENCIAS CITADAS POR EL TRIBUNAL	Rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018, N° 2494- 2018 y 17.043-2018).	
NATURALEZA DE LA PARTE RESOLUTIVA	Que SE ACOGE, sin costas, la acción constitucional interpuesta por don Sergio Eduardo Sepúlveda Torres, en favor de doña Katherina Alejandra Vilches Jélvez,	

	<p>sólo en cuanto se dispone que el Fondo Nacional de Salud deberá proporcionar a la actora el medicamento Adempas Riociguat y asumir por de pronto, en forma íntegra su financiamiento, sin perjuicio de que pueda acordarse un copago que sea acorde a la condición socioeconómica de la recurrente.</p>
<p>RESUMEN Y RELACIÓN CON LA MATERIA</p>	<p>La recurrente tiene de 35 años de edad, es madre de Isidora Matilda Ignacia Cárdenas Vilches de 6 años y de Jhosse Gonzalo Ignacio Gutiérrez Vilches de 15 años, quienes viven bajo su cuidado y protección Indica que en el año 2010 fue diagnosticada medicamente con la enfermedad denominada hipertensión pulmonar primaria severa, etapa fase iv e insuficiencia cardiaca del lado derecho, enfermedad que tiene el carácter de grave, progresiva, poco común, sin causa de origen y mortal que compromete los pulmones y el corazón. Pide que se ordene a las recurridas el otorgamiento a la referida “de por vida o hasta que la médico tratante lo indique” del medicamento “ADEMPAS RIOCIGUAT” del laboratorio Bayer, en forma gratuita, considerando que su precaria situación económica “por el nivel de endeudamiento que le ha provocado su enfermedad, por ser madre soltera de dos menores de edad de 6 y 15 años”, no le permite solventar el monto que se le solicita para obtener el medicamento a fin de continuar con su tratamiento y lo m s importante de continuar con á vida. A todo esto se debe sumar penosamente que los hijos de la recurrente dependen 100% de ella por lo que si algo llegase a ocurrirle se verían expuestos a ser separados por ser hijos de diferentes padres y a enfrentar familias con las cuales no tienes mayor contacto y lazos afectivos.</p> <p>Segundo: Que la presente acción constitucional de protección tiene por finalidad obtener que se adopten las medidas necesarias por parte de los recurridos para otorgar financiamiento para la adquisición del medicamento “Adempas Riociguat” por el tiempo que determine el médico tratante de la recurrente, y que le fue prescrito para el tratamiento de la enfermedad que</p>

	<p>padece la actora y que consiste en Hipertensión Pulmonar Primaria Severa, Etapa Fase IV e Insuficiencia Cardiaca del Lado Derecho.</p> <p>Sexto: Que, para resolver esta controversia se atenderá al costo del copago del medicamento por parte de la actora (aproximadamente \$460.000), a los ingresos mensuales de ésta que ascienden a la suma de \$632.203 (como se señala expresamente en el informe evacuado por la parte recurrida del Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena) y que tal como lo ha señalado retiradamente la Excma. Corte Suprema, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República.</p> <p>Décimo: Que, de esta forma, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y, de esta forma, restablecer el imperio del derecho, mismas que han de consistir en que el Fondo Nacional de Salud, deberá financiar íntegramente la adquisición del medicamento Adempas Riociguat, sin perjuicio de que eventualmente se establezca un copago que pueda efectivamente ser solventado por la recurrente en atención a sus ingresos, pero sin que dicho pago pueda ser establecido como requisito o condición para la entrega del medicamento, por lo que se acogerá la presente acción de protección, en la forma que se dirá en lo resolutive</p>
<p>CARACTERISTICAS DE LA VOTACION</p>	<p>Sin votos en contra</p>

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, VÍCTOR (2006). *Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales. Anuario de Derechos Humanos*, (2), p. 14.

ABRAMOVICH, VÍCTOR; COURTIS, CHRISTIÁN (2014): *Los derechos sociales como derechos exigibles, segunda edición, editorial Trotta*.

ACKERMAN, BRUCE (1988). "Transformative Appointments" [fecha de consulta: 02 de octubre del año 2019]. [disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/c7e1/73b808f0b4c5b9b8d024f8ab53a4351e2e0e.pdf>]

AGUILAR CAVALLO, GONZÁLO (2012): *Derechos Económicos, sociales y culturales en el orden Constitucional chileno* (Santiago de Chile, Librotecnia).

AGUILAR CAVALLO, GONZÁLO (2015): "El Tribunal Constitucional Chileno frente a la jurisdicción Militar", en *Revista de derecho* (Coquimbo), V. 22 (Nº1), pp. 26-27. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100002>

AGUILAR CAVALLO, GONZALO (2017): "Las fuentes y el alcance del derecho al desarrollo y su indivisibilidad con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", en *ius et praxis* (Nº 23), p. 466.

AGUILÓ REGLA, JOSEP (2015): "Fuentes del Derecho", Rodríguez Blanco, Verónica; Fabra Zamora, Jorge Luis *"Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho"* Vol. 2 (México, Instituto de Investigaciones Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México), pp. 1023, 1024.

AHRENS, HELEN (2012): La transformación de la juridicidad en los Estados Latinoamericanos: Efectos del pluralismo jurídico desde arriba, *El Estado de Derecho hoy en América Latina* (Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung), p. 137.

ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2009): "La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho", en revista de *derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, pp. 443-484.

ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2014): "De los derechos sociales de prestación al gobierno aristocrático: una discusión sobre el concepto de derechos

sociales y su exigibilidad ante los tribunales”, *Anuario de Derecho Público* (Santiago de Chile, Universidad Diego Portales), p. 26.

ALEXY, ROBERT (1993): “Derechos sociales fundamentales”, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid), p. 67.

ARAGÓN REYES, MANUEL (2011): *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo I: Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del derecho* (Navarra, editorial Civitas), p. 231.

ARANGO, RODOLFO (2005): “Fundamento Filosófico de los DESC”. Ponencia presentada durante el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, realizado en instalaciones de la SRE, en Tlatelolco, D.F.

ATRIA, FERNANDO (2005): “¿existen los derechos sociales?”, en *revista Discusiones* (Nº 4), pp. 15-59.

BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO. "Capacidad creativa y límites del legislador en relación a los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos", *Derechos Constitucionales y formas políticas Actas del congreso sobre Derechos constitucionales y estado autonómico*, Estudios constitucionales y políticos. (Coordinado por Miguel Ángel Aparicio) (Barcelona, Cedecs Ed., 2001), p.p. 93-116.

BARROS, ENRIQUE (2013): “El derecho como forma de la sociedad política y de la sociedad”, en *Estudios Públicos* (Nº 130), pp. 153-173.

BOBBIO, NORBERTO (1986): *El futuro de la democracia* (Traducc. Fernández Santillán, José; México, Fondo de Cultura Económica).

BOBBIO, NORBERTO (1993): “Las promesas incumplidas de la democracia”, en *revista zona erógena* (Nº 14), pp. 6-7.

BROWN, WENDY; WILLIAMS, PATRICIA (2003): *La crítica de los derechos* (Bogotá, Universidad de los Andes).

CABALLERO OCHOA, J., & VÁSQUEZ, L. (2014). La reforma Constitucional sobre derechos humanos. [Fecha de consulta: enero de 2019]. [Disponible en: <http://corteidh.or.cr/tablas/r33063.pdf>]

CANDIA FALCON, GONZALO (2015): “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho”, en *revista chilena de Derecho* (Vol. 42, N° 3), p. 873

CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS (2009): “Derechos Sociales”, en *revista CDP. Cuadernos de Derecho Público* (N° 37), pp. 14-15.

CASTILLO CÓRDOVA, LUIS (2004): “El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales”, en revista foro jurídico [Disponible en: file:///C:/Users/mavargas/Downloads/13783-Texto%20del%20art%C3%ADculo-54882-1-10-20150831.pdf] p.p. 147-148.

CASTILLO CÓRDOVA, LUIS (2003): *Elementos de una teoría general de los Derechos Constitucionales* (Lima, ARA Editores E.I.R.L), pp. 58-69.

CASTILLO-CÓRDOVA, LUIS (2002): “Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales”, en Repositorio Institucional Universidad de Piura. *Revista de Derecho* (N° 3), pp. 25-53.

CASTRO BUITRAGO, ERIKA; RESTREPO YEPES, OLGA CECILIA; GARCÍA MATAMOROS, LAURA (2007): “Historia, concepto y estructura de los Derechos Económicos, sociales y culturales”, en revista *Estudios Socio-jurídicos* (Vol. 9, Bogotá, Universidad del Rosario), pp. 77-108.

CELOTTO, ALFONSO; CONTE, EMANUELE (2006): “La ley. De los orígenes a la crisis”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (N° 117), p. 628.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007): “El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, [fecha de consulta: 17 de noviembre del año 2019]. [Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>]

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015): “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación”, [Fecha de consulta: 17 de noviembre del año 2019]. [Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EstandaresJuridicos.pdf>]

COURTIS, CHRISTIAN (2005): “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho

a la salud en la Argentina”, Ponencia presentada durante el seminario Internacional sobre derechos Económicos, Sociales y Culturales, realizado en instalaciones de la SRE, en Tlatelolco, D.F.

DÁVILA, JOHNNY ANTONIO (2017): “política, derecho y justicia. Retos en la Constitución del doctorado en estudios políticos y jurídicos”, en revista *analecta política*, pp. 233-245.

DOMÍNGUEZ, HÉCTOR (2013): “Democracia deliberativa en Jürgen Habermas”, en revista *Analecta Polit* (V.3, N° 5), pp. 301-326.

ESPINO TAPIA, DIANA ROCÍO (2017): “Derechos sociales y justiciabilidad en la Teoría Constitucional de inicios del siglo XXI”, en revista *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional* (N° 36), p. 81.

FERRAJOLI, LUIGI (2008): *Democracia y garantismo* (Madrid, editorial Trotta), pp. 35-36.

FERRAJOLI, LUIGI (2012): *Un debate sobre el constitucionalismo* (Madrid, editorial Marcial Pons), p. 328.

FERRAJOLI, LUIGI (2011). “Democracia sin Estado”, [fecha de consulta: 30 de septiembre del año 2019]. [disponible en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=121400>]

FERREYRA, RAÚL GUSTAVO (2009). Entrevista a Peter Häberle. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 42(126), 1621-1645. [Recuperado en 02 de enero de 2020], [Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332009000300017&lng=es&tlng=es]

FOUCAULT, MICHEL (1970): *El Orden del discurso* (Traducc. Alberto González Trovano, Argentina, editorial Fábula).

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO (2014): “Minimalismo e incrementalismo Constitucional”, en *Revista chilena de Derecho*, 41(2), pp. 267-302.

GARCIA PINO, GONZALO; CONTRERAS VÁSQUEZ, PABLO; MARTÍNEZ PLACENCIA, VICTORIA (2016): *Diccionario Constitucional chileno* (Santiago de Chile, editorial Hueders).

GARGARELLA, ROBERTO (2005): Derecho y disociación. Un comentario a "¿Existen derechos sociales?", de Fernando Atria; en *Discusiones: Derechos Sociales* (Nº 4), pp. 61-70.

GARGARELLA, ROBERTO (2005): *El derecho a la protesta. El primer derecho* (Buenos Aires, editorial Ad – Hoc), p. 57.

GEOFFREY, PLEYERS (2018): "Movimientos sociales en la década de 2010", *Movimientos sociales en el siglo XXI: perspectivas y herramientas analíticas* (Buenos Aires, CLACSO), p. 25.

GIBSON, ENRIQUE AIMONE, & SILVA WALBAUM, ADOLFO (2015): "La noción de derecho económico", en revista de derecho (Nº 44), pp. 387-420.

GUASTINI, RICCARDO (2008): "Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, p. 144.

GUASTINI, RICCARDO (2015): "Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico", en *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, pp. 55-65.

HABERMAS, JURGEN (1999): *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social* (Madrid, Taurus).

HASS, EVELYN (2010): CF Federal: Juridificación de la política - Politización de la justicia; en *Estudios Constitucionales* (V. 1, Nº 8), pp. 367-378.

HURTADO, DANIEL (2013): "El concepto de lo Político: la necesidad de un criterio (inevitablemente transitorio)"; en *Revista de estudios Sociales* (Nº 45), pp. 136-146.

JIMENEZ B., WILLIAM GUILLERMO (2012): El concepto de política y sus implicaciones en la ética pública: reflexiones a partir de Carl Schmitt y Norbert Lechner; en *Revista del CLAD Reforma y Democracia* (Nº 53), p. 215-238.

JUDT, TONY (2010): *Algo va mal* (Traducc. Belén Urrutia; editorial Anbiar), p. 54.

LEÓN, JOSÉ JULIO (2013): "Derecho y política: la conexión argumentativa (notas a propósito del debate sobre los derechos sociales)", en revista de Derecho y Humanidades (Nº 22), p. 35.

LÓPEZ SÁNCHEZ, ROGELIO (2017): “Indeterminación y contenido esencial de los derechos humanos en la Constitución Mexicana”, en revista *Cuestiones Constitucionales* (V. 37), p.p. 230-231.

LOTHAR, MICHAEL (2011): “¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?”, en revista *de derecho constitucional europeo* (Nº 11), p. 165-168.

LOVERA PARMO, DOMINGO (2006): “El interés Público como estándar. Libertad de expresión y vida privada”, en *Revista de Derechos Humanos*, pp. 80-81.

LOVERA PARMO, DOMINGO (2009): “Derechos sociales en la Constitución del 80”, en *Working papers ICSSO-UDP* (Nº 3), pp. 5-6.

MARTÍ PUIG, SALVADOR (2004): Los movimientos sociales en un mundo globalizado: ¿alguna novedad?, en revista *América Latina hoy* (Nº 36), pp. 79-100.

MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO (2010): “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, en revista *Centro de Estudios Constitucionales* (año 8, Nº 2), pp. 125-166.

MOLINA VERGARA, MARCELA (2018): “Estándares jurídicos Internacionales: Necesidad de un análisis conceptual”, en *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte* (Año 25, Nº 1), p. 251.

MORENEO PÉREZ, CRISTINA (2000): “La política social en el Estado de Bienestar: los derechos sociales de ciudadanía como derechos de desmercantilización”, en revista *del Trabajo y la Seguridad Social*, p. 13.

NAGEL, THOMAS (2003): “Rawls and Liberalism”, en Samuel Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls* (© Cambridge University Press), p. 229.

NASH ROJAS, CLAUDIO (2011): “Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: Tendencias jurisprudenciales”, en revista *Estudios Constitucionales* (año 9, Nº 1), p. 72.

NASH ROJAS, CLAUDIO (2013): “Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano* (año 19), p. 494.

NINO, CARLOS (1994), *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, (Barcelona, Ariel), p. 147.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2012): *Derecho Constitucional chileno* (V.1) (Santiago de Chile, Thomson Reuters), p. 88.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2015): “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, en revista *Estudios Constitucionales de Chile* (Vol. 13, N° 2), pp. 301-350.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2017): “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos”, en revista de *Derecho (UCUDAL)*, pp. 143-200.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2009): “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en revista *Estudios Constitucionales*, p.151.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2005): “aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”. En revista *Ius et Praxis*, 11(2), 15-64. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>

NOGUEIRA ALCALÁ, H., & AGUILAR CAVALLO, G (2017): *Control de Convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano* (Santiago de Chile, editorial Triángulo).

NÚÑEZ DONALD, CONSTANZA (2015): “Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales”, en revista de *Anuario de Derechos Humanos* (N° 11), pp. 157-169.

NÚÑEZ LEIVA, JOSÉ IGNACIO (2015): *Estudios de derechos fundamentales. Experiencia chilena e internacional* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Finis Terrae).

OSORIO GARCÍA, SERGIO NÉSTOR (2010): John Rawls: una teoría de justicia social su pretensión de validez para una sociedad como la nuestra, en *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 5 (N° 1), pp. 137-160

[Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632010000100008&lng=en&tlng=es].

PECES-BARBA, GREGORIO (2009): *Los derechos Sociales: Apuntes políticos y jurídicos* (Ansuátegui, Francisco Javier; Calvo, Manuel; de Lucas, Javier; Peces - Barba, Gregorio; Martínez de Pisón, Javier; Soberanes, José; Martínez Roldón, Luis; Pérez Luño, Antonio-Enrique): *Cuadernos de democracia y derechos humanos N° 1. Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, pp. 22-39.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO (2014): “Fundamento y concepto: una visión integral y sus criterios”, *Curso de derechos Fundamentales. Teoría general* (Madrid, Universidad Carlos III y boletín Oficial del Estado), pp. 109-112.

PEREIRA MENAUT, ANTONIO (2006): *Teoría Constitucional*, segunda edición / Lexis nexis, p. 89-90.

PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE (2011): *El desbordamiento de las fuentes del derecho* (Madrid, editorial la Ley).

PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE (2007): “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, en revista *Teoría y realidad constitucional*. UNED (N° 20), 495-511.

PETIT GUERRA, LUIS ALBERTO (2017). La categoría del "contenido esencial" para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, (15), 215-242. [Disponible en: <https://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1378>].

PICA FLORES, RODRIGO (2010): “la problemática de las partes y el contenido de la legitimación activa en la cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley”, *Revista de derecho (Coquimbo)*, 17 (N° 2), pp. 220-221. [Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000200009>].

PISARELLO, GERARDO (sf.): “Los Derechos Sociales en el Constitucionalismo democrático”, [fecha de consulta: 10 de mayo del año 2019]. [Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484873e.1998.92.3546>].

PIZZORUSSO, ALESSANDRO (1989): “Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (N°3), p. 270.

PRIETO SANCHÍS, LUIS (1992): *Estudio sobre los Derechos Fundamentales* (Madrid, editorial debate), p. 191.

PRIETO SANCHÍS, LUIS (2005): "Apuntes de teoría del derecho" (Madrid, editorial Trotta), p. 124.

Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo (2017): *Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile* (Santiago de Chile, Uqbar Editores), p. 17.

Real Academia Española (2017): *Diccionario panhispánico del español Jurídico* (Madrid, Santillana Educación, S.L.).

Real Academia Española. (2019). *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid, España).

REY PÉREZ, JOSÉ LUIS (2007): "La naturaleza de los derechos sociales", en revista *Derechos y libertades* (Nº 16, época II), pp. 152-153.

RIVERA, JOSÉ ANTONIO (2011): La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. Algunos apuntes al trabajo del Dr. César Landa, en Bazán, Víctor y Nash, Claudio (Coord.), "Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución", (Montevideo, Konrad Adenauer), p.p. 64.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO (1989): "El bloque de constitucionalidad", en revista española de derecho Constitucional (Nº 27).

SALAS, MINOR E. (2007): "Magia verbal: La manipulación del lenguaje en el discurso jurídico, político y social", en *Revista de Ciencias Jurídicas* (Nº 114), p. 98, 103, 104.

SALAZAR LAYNES, JUAN ULISES (2008): "El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos", en foro jurídico (Nº 8), p. 142-153.

SEGURA ORTEGA, MANUEL (2011): "La argumentación Judicial: control y responsabilidad de los órganos Jurisdiccionales", en *Tέλος Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, pp. 197-229.

SILVA GALLINATO, MARÍA PÍA (2012): El Estado social de derecho en la Constitución Chilena, Coord. Gonzalo Aguilar Cavallo, *Derechos Económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno* (Santiago de Chile, editorial Librotecnia), pp. 33-34.

SILVA ROJAS, ALONSO; ORLANDO AGUIRRE, JAVIER; CARVAJAL, ANÍBAL (2007): “El discurso de los derechos como forma de emancipación política: entre la crítica de Marx y la respuesta de Habermas”, en revista *Discusiones filosóficas* (V. 11), p. 147.

STEWART, REBECCA (2012): Los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho internacional: Breve recuento de lecciones aprendidas, Coord. Aguilar Cavallo, Gonzalo “*Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el orden Constitucional chileno*” (Santiago de Chile, Librotecnia), p. 23.

SUÁREZ-IÑIGUEZ, ENRIQUE (2004). La obra de Rawls. *Estudios políticos (México)*, (Nº 1), pp. 13-50. [Disponible en: <https://dx.doi.org/10.22201/fcpys.24484903e.2004.1.37607>]

TENA PIAZUELO, ISAAC (2018): conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida; en *Revista de Derecho Civil*. Universidad de Zaragoza (V. IV, Nº 1), pp. 99-131.

VALLESPÍN OÑA, FERNANDO (1988): “Estado de bienestar y constitución”, en revista del Centro de Estudios Constitucionales (Nº 1, septiembre-diciembre del año 1988), pp. 126 – 136.

ZAMBRANO TIZNADO, JUAN PABLO (2015): “Derecho, ideología y discurso”, en revista *Alpha* (Nº 40), pp. 71-80.

ZAMORANO FARÍAS, RAÚL (2016): “La relación entre el sistema de la política y el sistema del derecho en México”, en *Boletín mexicano de derecho comparado* (V. 49, Nº 147), pp. 303-333.

ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (2008): “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos sociales y culturales”, en revista de *Derecho* (Nº 20), p. 86.

Normas jurídicas citadas

Decreto 100, Constitución Política de la República de Chile; Diario Oficial, 22 de septiembre del año 2005.

Ley 20.370, que establece la Ley General de Educación. Publicada el día 12 de septiembre del año 2009.

Ley 18.933, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. Publicada el día 09 de marzo del año 1990.

Decreto Ley 3.500, sobre nuevo sistema de pensiones. Publicado con fecha 13 de noviembre del año 1980.

Decreto Ley 3.501, sobre nuevo sistema de cotizaciones previsionales. Publicado con fecha 18 de noviembre del año 1980.

Decreto Ley 2.448, que modifica regímenes de pensiones. Publicada con fecha 09 de febrero del año 1979.

Decreto Ley 603, que declara exenta a la Superintendencia de la Casa de Moneda y Especies Valoradas, de las disposiciones del artículo 6 de la ley 5.005. Publicado con fecha 09 de septiembre del año 1932.

Decreto Ley 397, que crea la superintendencia de la industria textil. Publicado con fecha 06 de abril del año 1974.

Ley 4.055, sobre reforma a la ley de accidentes del trabajo. Publicada con fecha 26 de septiembre del año 1924.

Ley 4.054, sobre seguro obligatorio. Publicada con fecha 26 de septiembre del año 1924.

Asamblea General (1986). Declaración sobre el derecho al desarrollo. Resolución 41/128, de fecha 4 de diciembre de 1986.

Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 86a. Reunión, Ginebra, junio de 1998.

Jurisprudencia citada

I. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

Muelle Flores Vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 06 de marzo del año 2019.

Cuscul Pivaral Y Otros Vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 23 de agosto del año 2018.

Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 08 de marzo de 2018.

San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 08 de febrero de 2018.

Lagos Del Campo Vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de agosto del año 2017.

Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2017.

Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 20 de octubre de 2016.

Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 8 de octubre de 2015.

Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 08 de octubre de 2015.

Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

Furlan y familiares Vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

Kawas Fernández contra Honduras. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 03 de abril del año 2009.

Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Masacres de Ituango Vs. Colombia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 01 de julio de 2006.

Ximenes Lopes Vs. Brasil. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 04 de julio de 2006.

Cinco Pensionistas Vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de febrero del año 2003.

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 5.572-2018. Sentencia de fecha 18 de enero del año 2019 (requerimiento inconstitucionalidad respecto del artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67, de 23 de octubre de 2018, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario).

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 3.028-2016. Sentencia de fecha 15 de noviembre del año 2016 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la frase “incompatible” contenida en la letra a) del artículo 150 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, del artículo 151 del mismo cuerpo normativo y de la letra d) del artículo 91 del Estatuto del Personal de la Policía de Investigaciones, contenido en el DFL N° 1, de 1980, del Ministerio de Defensa, en los autos sobre recurso de apelación de protección, caratulados “Cerdeza González Marcos Andrés con Director General de Policía de Investigaciones” ingresada en la Corte Suprema, bajo el Rol N° 19.306-2016).

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2.787-2015. Sentencia de fecha 01 de abril del año 2015 (requerimiento de inconstitucionalidad en relación al proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, correspondiente al boletín N° 9.366-04).

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 1.589-2010. Sentencia de fecha 24 de marzo del año 2011 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 38 de la ley 18.933, que corresponde también al artículo 199 del D.F.L. N° 1 de 2005, Ministerio de Salud).

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 1.710-2010. Sentencia de fecha 06 de agosto del año 2010 (requerimiento de inconstitucionalidad relación al artículo 38 ter de la Ley 18.933).

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 1.572-2010. Sentencia de fecha 30 de noviembre del año 2010 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto los artículos 38, 38 ter de la Ley N° 18.933, 2° de la Ley N° 20.015 y 199 del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2005, del Ministerio de Salud).

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 1361-2009. Sentencia de fecha 13 de mayo del año 2009 (Requerimiento de 10 Senadores de la República en contra de la constitucionalidad de determinados artículos del proyecto de ley que establece la Ley General de Educación (LEGE)).

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 1.363-2009. Sentencia de fecha 28 de julio del año 2009 (Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que establece la Ley General de Educación (Boletín N° 4970-04)).

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 1.254-2008. Sentencia de fecha 29 de julio del 2009 (Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del texto íntegro del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. En subsidio de lo anterior, solicita se declare la inconstitucionalidad del inciso primero del mismo artículo y, en subsidio de esto último, se declare inconstitucional la expresión “gratuitamente”, contenida en la misma norma legal).

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 976. Sentencia de fecha 26 de junio del año 2008 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago).

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 280-1998. Sentencia de fecha 20 de octubre del año 1998 (Requerimiento formulado por diversos Diputados para que el Tribunal resuelva la constitucionalidad del Proyecto de Ley que rebaja la Tasa de los aranceles a las importaciones e introduce modificaciones a otras normas

tributarias y económicas, de acuerdo al artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República).

III. CORTE SUPREMA DE CHILE:

Castro con Hospital Regional del Libertador Bernardo O`Higgins. Corte Suprema, en causa Rol N° 25.230-2019. Sentencia de fecha 10 de octubre del año 2019 (Acción de Protección).

Apablaza con Municipalidad de Nogales. Corte Suprema, en causa Rol N° 6.898-2019. Sentencia de fecha 01 de julio del año 2019 (Acción de Protección).

Ureta con Gonzalez y Compañía Limitada. Corte Suprema, en causa Rol N° 8.034-2018. Sentencia de fecha 10 de octubre del año 2019 (casación en el fondo).

Julio con Sociedad Administradora de Establecimientos Educativos. Corte Suprema, en causa Rol N° 38.479-2017. Sentencia de fecha 16 de agosto del año 2018 (Recurso de Unificación de Jurisprudencia laboral).

García con Colegio Alemán de Puerto Varas. Corte Suprema, en causa Rol N° 38.521-2017. Sentencia de fecha 21 de junio del año 2018 (Acción de discriminación Arbitraria).

Sindicato de Trabajadores de Empresa Promolinks S.A. con Comercial Promolinks S.A. Corte Suprema, en causa Rol N° 3.514-2014. Sentencia de fecha 04 de diciembre del año 2014 (Unificación de Jurisprudencia).

Bussenius Cornejo con CENABAST. Corte Suprema, en causa Rol N° 10.973-2013. Sentencia de fecha 30 de abril del año 2014 (Unificación de Jurisprudencia).

IV. CORTES DE APELACIONES:

Vilches Jelvez con Hospital regional Hernán Enríquez Aravena. Corte de Apelaciones de Temuco, en causa Rol N° 612-2019. Sentencia de fecha 26 de agosto del año 2019 (Acción de protección).

Muñoz Insunza con Complejo asistencial doctor Víctor Ríos Ruiz. Corte de Apelaciones de Concepción, en causa Rol N° 10.142-2019. Sentencia de fecha 09 de agosto del año 2019 (Acción de Protección).

Gómez con ISAPRE Vida tres S.A. Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa Rol N° 7.424-2018. Sentencia de fecha 05 de febrero del año 2019 (Acción de protección).

v. JURISPRUDENCIA COMPARADA:

Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán. BVERFGE 73, 339. Caso Solange 2, de fecha 22 de octubre del año 1986.