

# Modelo de control jurisdiccional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Borrador

Rodolfo Figueroa.

Facultad de Derecho.

Universidad Diego Portales. Chile.

rodolfo.figueroa@udp.cl

Presentación.

Estoy trabajando en un proyecto destinado a perfilar un Modelo de Jurisdicción Constitucional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, DESC) que sirva para formular correcciones al sistema constitucional chileno de protección de los DESC. Este es un borrador esquemático que alude a los temas centrales con los que estoy trabajando.

## I. Observaciones preliminares sobre el sistema chileno.

En lo que sigue, se expone de manera simplificada algunos rasgos del sistema constitucional chileno, en lo que atinge al proyecto, para proporcionar un contexto que permita facilitar la comprensión del diagnóstico y los comentarios que siguen.

1. La Constitución chilena establece un catálogo de derechos en el artículo 19, que incluye tanto los derechos civiles (en adelante, DC) como los DESC<sup>1</sup>, sin formular distinciones en cuanto a su justiciabilidad o exigibilidad<sup>2</sup> ni recoger separaciones sistemáticas en el texto de la Constitución.<sup>3</sup> Entre los DESC se reconocen, por ejemplo, el derecho a la educación, a la salud y a la seguridad social.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Ver art. 19 de la Constitución chilena.

<sup>2</sup> Como es el caso de India e Irlanda, en que los DESC se incluyen en una sección denominada Directrices de política que no son vinculantes para el Estado.

India: PART IV. DIRECTIVE PRINCIPLES OF STATE POLICY. 37. The provisions contained in this Part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws.

Irlanda: DIRECTIVE PRINCIPLES OF SOCIAL POLICY. ARTICLE 45. The principles of social policy set forth in this Article are intended for the general guidance of the Oireachtas. The application of those principles in the making of laws shall be the care of the Oireachtas exclusively, and shall not be cognisable by any Court under any of the provisions of this Constitution.

<sup>3</sup> Por ejemplo, España. El sistema español separa los DESC en tres partes de la Constitución: la sección I del Cap. 2, sobre Derechos Fundamentales en general, incluye el derecho a la educación, la libertad sindical y el derecho de huelga; la sección II recepciona el derecho al trabajo, a la promoción a través del trabajo y una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades, y el derecho a la negociación colectiva; finalmente, el Cap. 3 titulado Principios Rectores de la Política Social y Económica reconoce el derecho a la seguridad

2. La Constitución establece un sistema de jurisdicción constitucional de los derechos constitucionales. Este sistema es complejo en cuanto comprende diversos órganos, acciones constitucionales y procedimientos. De ese entramado, este proyecto pone atención básicamente en el Recurso de Protección y la Acción de Inaplicabilidad de preceptos legales,<sup>5</sup> porque son las herramientas más utilizadas en Chile para exigir protección de un derecho constitucional.

2.1. El recurso de protección es una forma de tutela o amparo; se interpone directamente ante una Corte de Apelaciones y es apelable ante la Corte Suprema. Permite impugnar cualquier acto u omisión arbitrario o ilegal, cualquiera sea el sujeto o autoridad que lo ejecute (con exclusión del poder legislativo y judicial) y que afecte algunos de los derechos constitucionales indicados en el artículo 20.<sup>6</sup> Este es el mecanismo más utilizado en Chile para reclamar protección de derechos constitucionales (aunque no de todos), con decenas de miles de recursos por año.

2.2. El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) posee controles preventivos<sup>7</sup> y a posteriori. Estos últimos comprenden básicamente la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad:

2.2.1. La acción de inaplicabilidad permite declarar la inaplicabilidad de un precepto legal en cualquier procedimiento seguido ante un tribunal de la República.<sup>8</sup> Cualquiera de las

---

social, a la salud, a la cultura, al medio ambiente, a la vivienda. El primer grupo posee máxima protección (art. 53.2); el segundo, más reducida (53.1) y el tercero, formalmente ninguna (art. 53.3) y los derechos allí señalados no son considerados derechos fundamentales.

<sup>4</sup> Sin embargo, no están reconocidos en el texto de la Constitución todos los DESC que instituye el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), como el derecho a la vivienda adecuada. Este pacto rige en Chile.

<sup>5</sup> Se excluyen de este proyecto el control constitucional que ejerce la Contraloría General de la República; las acciones constitucionales destinadas a recuperar la nacionalidad o ciudadanía; la acción constitucional de indemnización por error judicial; el recurso de amparo o habeas corpus; la jurisdicción preventiva que ejerce el Tribunal Constitucional sobre proyectos de ley, entre otras acciones constitucionales.

<sup>6</sup> Artículo 20.- “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

<sup>7</sup> Estos controles sólo pueden ser activados por el Presidente de la República o las cámaras legislativas.

partes o el juez de la gestión (cuestión de constitucionalidad) pueden formular la petición ante el TC, mientras dicha gestión se encuentre pendiente. Si se acoge la acción, el precepto legal no puede ser aplicado por el juez en dicha gestión. Esta declaración produce efectos particulares sólo para la gestión para la cual fue emitida.<sup>9</sup> Esta acción es bastante utilizada en Chile, aunque en menor medida que el recurso de protección, debido a que tiene altas exigencias procedimentales y de admisibilidad; por lo pronto, ser ya parte en un juicio ante un juez de la República.

2.2.2. La acción de inconstitucionalidad es un mecanismo que permite a cualquier persona (acción popular) solicitar al TC declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal que haya sido previamente declarado inaplicable por el TC.<sup>10</sup> El TC puede proceder de oficio. El efecto de este mecanismo es que el precepto declarado inconstitucional se entiende “derogado.”<sup>11</sup> Este procedimiento se ha ejercido en pocas ocasiones y ha habido sólo 4 sentencias de inconstitucionalidad en 12 años.<sup>12</sup> Por su poca incidencia, el proyecto no pone atención en este mecanismo.

3. Es importante tener presente que el TC no forma parte del Poder Judicial. Esto tiene varias consecuencias, entre ellas: i) no es procedente deducir ante él recursos en contra de resoluciones emitidas por algún tribunal. ii) El TC carece de vínculos institucionales con el Poder Judicial. Así, una resolución de inaplicabilidad no resulta imperativa para el juez de la gestión y, de hecho, las sentencias del TC han tenido poco impacto en la judicatura ordinaria.<sup>13</sup>

4. El recurso de protección y la acción de inaplicabilidad permiten hacer justiciables los DESC, aunque sólo en forma parcial. Por ello, cuando se propone trabajar en un Modelo de

---

<sup>8</sup> Art. 93 n° 6. “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”

<sup>9</sup> Esta acción es parecida al *judicial review* estadounidense, pero entregado a un órgano especial, el TC. Este mecanismo existe en Chile desde el año 1925. Fue competencia de la Corte Suprema hasta el año 2006, cuando fue traspasado al TC. Bajo la Corte Suprema, este mecanismo tuvo muy poca aplicación e impacto. Bajo el TC ha tenido mayor importancia.

<sup>10</sup> Art. 93 n° 7. “Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.”

<sup>11</sup> Art. 94 inc. 3°: “...el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.”

<sup>12</sup> Una de las varias razones de su poca incidencia es el alto quórum que requiere: 4/5 de los miembros en ejercicio del TC.

<sup>13</sup> Para un estudio sistemático de los efectos de las decisiones del TC en la justicia ordinaria, ver Gómez, 2013.

Jurisdicción Constitucional de los DESC, ello se hace no porque dicho sistema no exista en Chile sino porque el sistema vigente es institucionalmente defectuoso para hacer justiciables los DESC<sup>14</sup>. No hay en Chile estudios sistemáticos de evaluación del sistema constitucional de protección de derechos, sino algunos estudios parciales.<sup>15</sup> Sin embargo, es posible identificar algunos defectos de tal sistema:

4.1. El recurso de protección adolece de serie de deficiencias como mecanismo para tutelar derechos constitucionales pero la más importante para efectos de este proyecto es que dicho recurso procede en favor de los derechos listados en el artículo 20, entre los cuales no están incluidos los DESC.<sup>16</sup> Por tanto, si bien la Constitución reconoce los DC y los DESC en igual pie en el art. 19, restringe el recurso de protección a los DC. En la práctica, esto no ha impedido que algunas cortes de apelaciones y, en ocasiones, la Corte Suprema, hayan proporcionado tutela indirecta al derecho a la educación<sup>17</sup> y al derecho a la salud<sup>18</sup>; incluso, ha habido casos de tutela directa de este último.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Además, cabe precisar que la propuesta no consiste en elaborar un modelo de jurisdicción exclusivo para los DESC de suerte que haya dos modelos paralelos, uno para los DC y otro para los DESC, sino que se propone un modelo de jurisdicción constitucional que sea funcionalmente apropiado para hacer justiciables los DESC pero que sea integrado para abordar cualquier derecho constitucional.

<sup>15</sup> Suárez, 2010; Hernández, 2010; Silva, 2012; Usen, 2009.

<sup>16</sup> Una posible explicación de por qué el Recurso de Protección excluye los DESC es la siguiente: El actual art. 20 formaba parte del Acta Constitucional N° 3 de 1976, dictada por la dictadura militar, que listaba los derechos constitucionales y establecía el recurso de protección. Ese año, en marzo, entraron en vigencia en el sistema internacional y en Chile el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esos pactos separan los DC de los DESC, siguiendo una concepción imperante en los 60 relativa la diferente naturaleza o estructura que tendrían los DC y los DESC. Al parecer, esa lógica fue seguida por el Acta Constitucional n° 3 de 1976 y luego por la Constitución de 1980, que instituye el actual art. 20.

<sup>17</sup> Los primeros recursos de protección en favor del derecho a la educación datan del año 1986, cuando hubo multitudinarias protestas estudiantiles en contra de la dictadura y del rector de la Universidad de Chile designado por el gobierno. Algunos estudiantes fueron expulsados de la universidad. Algunos de ellos interpusieron recursos de protección, argumentando que tenían derecho de propiedad sobre su calidad de estudiante y sobre los derechos personales que emanaban del contrato de prestación de servicios educacionales suscrito con la universidad. También invocaron el derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminaciones arbitrarias. Algunos de estos recursos fueron acogidos por las cortes, generando tutela indirecta del derecho a la educación.

<sup>18</sup> El derecho a la salud ha obtenido tutela indirecta mediante la invocación del derecho a la vida, la igualdad y la propiedad sobre derechos personales que emanan del contrato de salud suscrito con una institución privada de salud.

<sup>19</sup> Ha habido casos en que las cortes acogen el recurso de protección invocando expresamente el art. 19 n° 9 de la Constitución, que es el precepto que consagra el derecho a la salud y, sobre esa base, han ordenado tanto al sistema público de salud como al privado, proporcionar al recurrente algún medicamento que le fue negado, ejecutar alguna intervención médica requerida o continuar con la que estaba en curso (Ver Figueroa, 2015).

4.2. La acción de inaplicabilidad no tiene la limitación institucional que exhibe el recurso de protección para proteger los DESC, pero su eficacia para proteger derechos constitucionales es moderada.<sup>20</sup>

4.2.1. La acción de inaplicabilidad sólo produce efectos entre las partes, como se dijo. Por tanto, una persona que se encuentre en una situación análoga no podrá beneficiarse de dicho fallo y deberá interponer la acción de inaplicabilidad.<sup>21</sup>

4.2.2. La sentencia del TC tiene poco impacto en la judicatura ordinaria por la inexistente vinculación institucional entre el TC y los tribunales que integran el Poder Judicial.<sup>22</sup>

4.2.3. La inaplicabilidad supone un juicio predictivo de cómo el juez de la contienda aplicará un precepto legal, algo que muchas veces falla, tornado en inútil la sentencia del TC.<sup>23</sup>

4.2.4. La inaplicabilidad tiene exigentes requisitos de procedencia, lo que genera muchas inadmisibilidades.<sup>24</sup>

4.3. Aunque no estoy considerando la acción de inconstitucionalidad, es posible decir que ella tiene severas limitaciones:

4.3.1. Requiere un altísimo quórum de 4/5 de los jueces constitucionales. Esto puede explicar que haya habido sólo 4 casos desde que esta acción se instauró en Chile el año 2006.

4.3.2. Su efecto es producir una suerte de derogación sin efecto retroactivo. Esto ha generado problemas sistemáticos.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> Gómez, 2013; Zúñiga, 2009.

<sup>21</sup> La inaplicabilidad de un precepto legal hace sentido –en mi opinión– en un sistema judicial que posee precedente obligatorio, como el angloamericano, donde de hecho fue creada por la Corte Suprema Federal de los EEUU en el caso *Marbury v. Madison*. Pero hace menos sentido en un sistema judicial donde no existe el precedente obligatorio.

<sup>22</sup> Esto se encuentra documentado en Gómez, 2013.

<sup>23</sup> Gómez, 2013.

<sup>24</sup> Ver Correa, 2011.

<sup>25</sup> Uno de los pocos casos en que se acogió una acción de inconstitucionalidad fue aquel en que se derogó el art. 116 del Código Tributario. Cuando se dictó esa sentencia, había ante el TC decenas de acciones de inaplicabilidad pendientes, provenientes de juicios en los cuales ya había una sentencia dictada por un tribunal ordinario de primera instancia que había aplicado el art. 116, y el asunto se encontraba en apelación o bajo otro recurso ante un tribunal superior. El problema era qué podía hacer el tribunal superior, porque el inferior ya había aplicado una norma que en ese momento era constitucional; y si ahora ya no lo era cuando el asunto había llegado a conocimiento de ese tribunal superior, la declaración de inconstitucionalidad no producía efecto retroactivo, de modo que el tribunal superior no podía revocar la sentencia. Por otra parte, el TC ya no podía acoger las acciones de inaplicabilidad pendientes, porque ya había declarado la inconstitucionalidad del art. 116. Entonces, el TC rechazó todas esas acciones de inaplicabilidad pendientes –que eran decenas–. Esto

4.3.3. La declaración de inconstitucionalidad no implica necesariamente que el derecho constitucional quede mejor protegido o sea respetado. Un buen ejemplo se produjo respecto del derecho a la salud.<sup>26</sup>

5. Los antecedentes previos justifican la necesidad de introducir reformas al sistema constitucional de protección de los DESC en Chile.

6. Ahora bien, es necesario señalar que en Chile se está viviendo una suerte de proceso constituyente como resultado de una larga discusión sobre la legitimidad de la Constitución de 1980, elaborada por Augusto Pinochet.<sup>27</sup> Este proceso constituyente se inició durante el gobierno de Michelle Bachelet.<sup>28</sup> A cuatro días de finalizar su gobierno, el 6 de marzo de 2018, la Presidenta envió al Congreso un proyecto de reforma constitucional que incluye un texto completo de nueva Constitución.<sup>29</sup> Las novedades de este texto, en lo que se relaciona con este proyecto, son las siguientes: i) Se reestructura el capítulo sobre derechos

---

implicó que todas las personas que habían interpuesto el recurso de inaplicabilidad y se encontraba pendiente al momento de declararse la inconstitucionalidad, no obtuvieron protección.

<sup>26</sup> El 18% de la población en Chile está afiliada al sistema de salud privado, que opera bajo la forma de un contrato de seguro de salud. Las ISAPRES son las empresas que prestan los servicios de salud privada, a partir de planes contenidos en contratos individuales, cuyas primas se reajustan conforme parámetros contenidos en la ley. La ley permitía a las ISAPRES operar con factores de riesgos, como la edad o el sexo. Así, personas mayores o mujeres pagaban primas de salud más caras que los hombres o personas jóvenes. El TC declaró inaplicable la norma legal que permitía esa situación, en varios casos, hasta que luego declaró inconstitucional (derogado) el precepto legal en cuestión, el año 2010, por violar varios derechos: el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria; el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social. Esta sentencia produjo un vacío en la ley del sistema privado de salud. Este fallo dio lugar a una intensa discusión social sobre el sistema privado de salud. Sin embargo, han transcurrido 8 años y el legislador aún no resuelve el vacío legal. Por tanto, las ISAPRES siguen operando igual que antes.

<sup>27</sup> Evidentemente, la discusión sobre la legitimidad de la Constitución de 1980 comenzó apenas ella entró en vigencia, el 11 de marzo 1981. Esa discusión fue perdiendo *momentum* a medida que se instalaba el nuevo gobierno democrático a partir del 11 de marzo de 1990 y se empezaban a aprobar reformas parciales a la Constitución, partiendo por una muy significativa aprobada por plebiscito el año 1989 durante la misma dictadura. Hubo cerca de 30 reformas constitucionales hasta que el año 2006 se aprobó una extensa y muy relevante reforma al texto constitucional durante el gobierno del Presidente Lagos, que refundió el texto constitucional y el Presidente le puso su firma a la Constitución, eliminando la de Augusto Pinochet. Con este acto simbólico, el Presidente Lagos declaró cerrada la transición política en Chile, presentando al país una Constitución que –en su opinión– había corregido todas sus falencias democráticas. Este acto hizo cesar la discusión sobre la legitimidad de la Constitución por un tiempo, hasta que el asunto reflató bajo el primer gobierno de derecha, que se inició con el Presidente Piñera el año 2010, y ha continuado hasta la fecha.

<sup>28</sup> El año 2013, la candidata presidencial Michelle Bachellet instituyó dos comisiones destinadas a trabajar en una nueva Constitución; su programa de gobierno incorporó varias de las sugerencias de dichas comisiones. Ella asumió el gobierno el año siguiente y se puso como tarea conducir un proceso constituyente destinado a generar una nueva Constitución. Dicho proceso incluyó la creación de un Consejo Ciudadano de Observadores, integrado por personalidades de distinto espectro político, profesional y cultural (<https://www.ccobservadores.cl/sobre-nosotros/>) destinado a contribuir a conducir el proceso constituyente, conformado por 7 etapas. Ver: (<https://www.ccobservadores.cl/infografia-conoce-las-etapas-del-proceso-constituyente/>).

<sup>29</sup> [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=12132&prmBoletin=11617-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12132&prmBoletin=11617-07)

constitucionales, agregándose dos DESC: a) el derecho al trabajo<sup>30</sup> y derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas y el derecho a su patrimonio cultural.<sup>31</sup> ii) Se modifica el recurso de protección, en tres sentidos: a) todos los derechos constitucionales quedan cubiertos por este mecanismo de protección; b) se entrega la jurisdicción de esta acción constitucional a tribunales de primera instancia, c) se establece un recurso de apelación ante el TC.<sup>32</sup> iii) Se introducen modificaciones a las atribuciones del TC: a) se le confiere facultades de imperio<sup>33</sup>; b) se establece la obligación del Congreso de iniciar la tramitación legislativa sobre la materia en la cual un precepto fue declarado inconstitucional<sup>34</sup>; c) se elimina la norma que establece el efecto de la declaración de inconstitucionalidad, que consiste que el precepto se entiende derogado pero sin efecto retroactivo.<sup>3536</sup>

7. En mi opinión, la formulación de reformas al sistema de protección de derechos constitucionales debe erigirse a partir de alguna concepción medianamente sistemática sobre cómo se podrían proteger los DESC. Esto es lo que denomino un *modelo de protección* de los DESC y de eso se trata este proyecto. Valga añadir que no ha habido en Chile una discusión sobre un nuevo modelo sistemático de protección de derechos constitucionales, y menos sobre los DESC.

## II. Modelo de control jurisdiccional de los DESC.

Por *modelo* de justiciabilidad de los DESC entiendo alguna comprensión relativamente específica o determinada sobre los diversos componentes que deben existir para que los DESC sean justiciables y cómo esos componentes debieran funcionar. Además, estoy

---

<sup>30</sup> Nuevo art. 19 n° 23. El texto actual de la Constitución reconoce solamente el derecho a la libertad de trabajo, art. 19 n° 16.

<sup>31</sup> Nuevo art. 19 n° 32.

<sup>32</sup> Nuevo art. 20.- “Quien estime ser lesionado en los derechos establecidos en esta Constitución por actos arbitrarios o ilegales, causado por cualquier persona o institución, sea ésta privada o pública, puede recurrir ante cualquier tribunal ordinario de primera instancia para obtener la efectiva protección frente a tal vulneración y el restablecimiento del derecho lesionado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda impetrar jurisdiccionalmente. De lo resuelto por el tribunal respectivo será apelable ante el Tribunal Constitucional. La ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional regulará el ejercicio de esta acción constitucional de tutela de derechos.”

<sup>33</sup> Nuevo art. 95 inc. 2°: “Para hacer ejecutar sus resoluciones, el Tribunal Constitucional podrá impartir órdenes o requerir acciones a las reparticiones públicas concernidas. Con tal propósito es aplicable el inciso cuarto del artículo 77 de la Constitución.”

<sup>34</sup> Nuevo art. 95 inc. 4°: “En el caso del N° 6° del artículo 94, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de un precepto legal, los órganos colegisladores deberán, en el plazo de seis meses iniciar la tramitación de la norma que regulará la materia objeto del precepto derogado.”

<sup>35</sup> Ver nota 11.

<sup>36</sup> Sin embargo, la nueva norma alude a la derogación, lo que revela una cierta deficiencia legislativa. Ver nota 34.

pensando en un modelo institucional (es decir, normas) de suerte que no me refiero a otras variables que inciden de manera fundamental en la justiciabilidad de los DESC, como el rol de una sociedad civil organizada, ONGs e institutos especializados que se involucren en la protección y litigación en DESC. En el nivel institucional, estoy pensando solamente en el sistema constitucional, descartando la regulación legal e infralegal de sistemas administrativos que inciden también de manera muy importante en la justiciabilidad de los DESC. Por último, entiendo por justiciabilidad la accionabilidad de procedimientos de protección ante tribunales de justicia, sean ordinarios o especiales, descartando otras instancias, como un Defensor del Pueblo.

Lo que sigue es la identificación de los elementos que me parecen más importantes para un modelo de justiciabilidad de los DESC, hecha a partir de la experiencia de DESC en Sudáfrica; de la estructura de la Constitución de ese país, así como de otras constituciones y sistemas, como el colombiano y el español. He separado los componentes de ese modelo en dos grupos: uno contiene elementos de diseño institucional; el otro agrupa componentes de lo que puede llamarse *cultura jurídica* o idiosincrasia de los actores más inmediatos del sistema jurídico. Estos elementos no tienen orden de prelación.

#### A. Componentes de diseño institucional.

1. Definición del tipo de órgano que ejerce el control, su inserción institucional, estructura orgánica y funciones.

1.1. En Chile, este elemento se encuentra en una situación compleja porque distintos órganos ejercen jurisdicción constitucional sobre derechos fundamentales, como se dijo al comienzo: las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, el Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República. Habrá que determinar si será un solo órgano o varios los que intervendrán en la adjudicación de los DESC. En España y Sudáfrica son varios los órganos, articulándose los tribunales que integran el Poder Judicial y el TC.

1.2. Cuando son varios los órganos que ejercen el control constitucional y uno de ellos es un TC, es necesario determinar su inserción institucional. En Chile esto ha sido un problema, como ya se ha señalado. En Sudáfrica y España esto se encuentra regulado; el TC se ubica en la cúspide de la jurisdicción constitucional, institucionalmente vinculado al Poder Judicial. El proyecto de reforma constitucional propuesto hace unos meses en Chile altera el recurso de protección, entregando su jurisdicción a los tribunales ordinarios y al



TC, y vinculando ambos órganos mediante un recurso de apelación ante el segundo. Dicha propuesta no aborda, sin embargo, la falta de conexión orgánica Poder Judicial-TC en relación con la acción de inaplicabilidad, dejando pendiente un problema relevante que exhibe el TC.

1.3. En materias orgánicas, en Chile se ha criticado la excesiva influencia de la política partidista en la designación de sus miembros. Existen muy distintos tipos de designación de jueces constitucionales en el derecho comparado y ninguno parece especialmente preferible o más idóneo para evitar el defecto acusado.

1.4. En cuanto a funciones, el TC chileno tiene control preventivo y a posteriori. El primero ha generado fuertes críticas de legitimidad democrática desde hace años pero especialmente el año 2017 y el 2018, a propósito de reformas legislativas emblemáticas, como fueron la reforma laboral, la reforma al Servicio Nacional de Consumidor y la despenalización del aborto en tres causales. En estos tres casos, el TC eliminó preceptos relevantes de los proyectos de ley. Algunos académicos han argumentado que el TC opera en estos casos como una tercera cámara legislativa. Sin embargo, no existe un diagnóstico compartido sobre el control preventivo del TC en la academia chilena. Por ejemplo, en el derecho comparado hay tribunales constitucionales que tienen un prestigio consolidado, a diferencia del chileno, pero que poseen control preventivo, como el TC alemán. Esto hace difícil resolver el asunto. El proyecto de reforma constitucional del 2018 no aborda este asunto y mantiene el control preventivo.

2. Delimitación de las materias que son justiciables. Como se ha mencionado, la Constitución chilena es clara en este punto, excluyendo los DESC del recurso de protección. Esto no ha sido obstáculo para que se hayan verificado casos de tutela indirecta e, incluso, directa de algunos DESC, como el derecho a la salud. La propuesta de reforma constitucional del 2018 considera ampliar el recurso de protección a todos los derechos constitucionales. Esta propuesta está acorde con la tendencia de las cortes en materia de tutela. Sin embargo, dicha propuesta puede generar problemas de atochamiento de causas ante el TC, que es un asunto al cual se debe poner atención. Por ejemplo, en el sistema sudafricano se llega al TC luego de pasar por una Alta Corte y por la Corte Suprema de Apelaciones. En cambio, en la propuesta de reforma constitucional, se pasa en forma directa de un tribunal de primera instancia al TC, mediante recurso de apelación.

3. Cláusulas de razonabilidad y progresividad contenidas en los preceptos que instituyen los DESC en la Constitución. Los DESC debe ser implementados mediante políticas públicas y no cabe duda que existen múltiples formas de hacerlo. No cabe duda tampoco que ello debe ser decidido por los órganos políticos. Además, los DESC son implementables en forma progresiva. En consecuencia, el control de los DESC que puedan ejercer los jueces debe reconocer el espacio de maniobra que deben tener los órganos políticos; los jueces han de efectuar un control de razonabilidad que implique cierta deferencia a las decisiones políticas de los órganos legisladores y cierto respeto a la progresividad de implementación de los DESC acordada por los mismos órganos.

En mi opinión, una buena forma de facilitar aquello consiste en que los preceptos constitucionales que instituyen los DESC incluyan cláusulas de razonabilidad y progresividad, de suerte que ellas resulten imperativas para las tribunales. En cuanto a la progresividad, ello va en consonancia con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).<sup>37</sup> La Constitución sudafricana es un buen ejemplo de incorporación de cláusulas de razonabilidad y progresividad en materia de derecho a la salud<sup>38</sup> y vivienda.<sup>39</sup> En Chile, los DESC no poseen esta estructura en el texto constitucional. Por ello, en materia de DESC, el modelo de control jurisdiccional debiera sugerir dos cosas: i) incorporar cláusulas de razonabilidad y progresividad en los distintos DESC recogidos por el texto constitucional, y ii) considerando que Chile es signatario del

---

<sup>37</sup> Artículo 2.1. “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete 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.”

<sup>38</sup> “Art. 27. Cuidados de salud, comida, agua y seguridad social.

1. Todos tienen derecho a tener acceso a:

a) Servicios de cuidados de la salud, incluyendo salud reproductiva;

b) Comida y agua suficientes; y

c) Seguridad social, incluyendo asistencia social apropiada si no son capaces de proporcionársela por sí mismos y a sus dependientes.

2. El Estado debe adoptar medidas legislativas razonables y otras medidas, dentro de sus recursos disponibles, para alcanzar la realización progresiva de cada uno de esos derechos. (subrayado agregado).

3. A nadie se le puede negar tratamiento médico de emergencia.”

<sup>39</sup> “Art. 26. Vivienda.

1. Todos tienen derecho a tener acceso a vivienda adecuada.

2. El Estado debe adoptar medidas legislativas razonables y otras medidas, dentro de sus recursos disponibles, para alcanzar la realización progresiva de este derecho. (subrayado agregado).

3. Nadie puede ser evicto de su hogar, o que su hogar sea demolido, sin una orden judicial emitida luego de considerar todas las circunstancias relevantes. Ninguna legislación puede permitir evicciones arbitrarias.”

PIDESC, el texto constitucional debería actualizarse en dos sentidos: incorporando aquellos DESC del PIDESC que no aparecen en la Constitución chilena, como “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados<sup>40</sup> y ajustando el contenido de los DESC que sí aparecen en la Constitución al texto del PIDESC.<sup>41</sup>

4. Órdenes de las cortes o tribunales especiales. Todo modelo de jurisdicción debe definir qué tipo de órdenes puede decretar un tribunal. El Recurso de Protección confiere amplios poderes a las cortes para adoptar medidas destinadas a restablecer el imperio del derecho y asegurar la protección del afectado.<sup>42</sup> Sin embargo, eso fue diseñado partiendo de la base de que los DESC no eran justiciables. Si se extiende el recurso de protección a los DESC, ¿debe decirse algo sobre los poderes de un tribunal de primera instancia para adoptar medidas? El proyecto de reforma constitucional no dice nada sobre lo que puede disponer el tribunal de primera instancia y, respecto del TC, que conocería del asunto por vía de apelación, el proyecto de reforma delega en la ley orgánica del TC la regulación la materia. Por otra parte, la acción de inaplicabilidad en materia de órdenes para el juez de la gestión es imprecisa, como se ha señalado con anterioridad.

En Sudáfrica, el TC exhibe una variada gama de decisiones en su jurisprudencia: ha declarado la inconstitucionalidad de una norma legal pero sin generar órdenes para el demandado; ha leído palabras en la ley; ha ordenado la entrega de medicamentos y ha emitido otras órdenes de hacer.

Regular esta materia tiene importancia porque ciertos tipos de órdenes pueden impactar severamente en el presupuesto público, en un contexto de escasez de recursos financieros. De hecho, un argumento recurrente de parte de quienes se oponen a la justiciabilidad de los DESC es que dicha justiciabilidad puede implicar costos para el Estado, afectando el presupuesto público.<sup>43</sup> Además, se señala un argumento de legitimidad: los jueces no deben decidir ni incidir en el presupuesto fiscal. En la línea contraria, hay autores que precisan que no necesariamente la adjudicación en DESC implica costos para el Estado (depende de qué decrete la corte) y agregan que en algunos casos de DC una decisión judicial puede

---

<sup>40</sup> Art. 11 del PIDESC.

<sup>41</sup> Esto implicaría actualizar casi la totalidad de los DESC de la Constitución chilena.

<sup>42</sup> Ver nota 6.

<sup>43</sup> En Chile, Martínez, 2008.

tener impacto en el presupuesto público. Por ejemplo, órdenes que exigen a la policía cambiar procedimientos, órdenes relativas las cárceles y las condiciones en que se encuentran los reclusos, etc. A ello hay que agregar que existen obligaciones de progresividad en materia de DESC derivadas del PIDESC, que imperan en Chile. Sin embargo, la escasez de recursos financieros es una realidad que los jueces no pueden desconocer y no pueden abocarse a sus funciones partiendo de la base que los recursos son ilimitados. En este punto, este elemento institucional se relaciona con un aspecto de cultura jurídica o idiosincrasia judicial.

5. Articulación entre el derecho doméstico y el derecho y la jurisprudencia internacionales. La relación entre el derecho doméstico y el derecho y la jurisprudencia internacional de un tribunal que ejerce jurisdicción sobre el Estado es un elemento central en el derecho público contemporáneo. Es cada vez más frecuente que tribunales chilenos aludan o invoquen jurisprudencia de tribunales internacionales. El TC chileno ha hecho un hábito citar jurisprudencia internacional (incluso de jurisdicciones no vigentes en Chile). Además, no hay que olvidar que el artículo 5° de la Constitución obliga a respetar y promover los derechos esenciales reconocidos en tratados internacionales ratificados por el Estado.

En virtud de la relevancia del derecho internacional, hay autores que sostienen la tesis del bloque de constitucionalidad y estiman que es imperativo que las cortes efectúe un control de convencionalidad.<sup>44</sup> La Corte Interamericana se ha referido a este punto en fallos que atingen a Chile.<sup>45</sup> Sin embargo, este asunto es complejo en Chile: Primero, la doctrina no muestra acuerdo sobre esta materia.<sup>46</sup> Segundo, ha habido dos reformas constitucionales destinadas a elevar la jerarquía de los derechos contenidos en tratados, pero con una redacción que ha suscitado controversia.<sup>47</sup> Tercero, el TC ha declarado expresamente que los tratados tienen jerarquía de ley.<sup>48</sup> Cuarto, el TC ha sido errático en cuanto a la idea de bloque de constitucionalidad. Así las cosas, no se ve sencilla la tarea de definir este asunto en un modelo de control jurisdiccional de los DESC para Chile.

---

<sup>44</sup> Por ejemplo, Nogueira, 2012. Otros autores se han referido al mismo problema a propósito de derechos específicos: Fernández, 2010; Jordán, 2010; Henríquez, 2010.

<sup>45</sup> Por ejemplo, en el caso Almonacid.

<sup>46</sup> Se ha discutido largamente en Chile sobre la jerarquía de los derechos contenidos en tratados internacionales de derechos humanos. Una exposición de dicha doctrina se puede hallar en Figueroa, 2007.

<sup>47</sup> En los años 1989 y 2005.

<sup>48</sup> Sentencia sobre el Tratado de Roma, que instituye la Corte Penal Internacional. Rol N° 346, de 2 de abril de 2002.

## B. Componentes de cultura jurídica.

Se identifican en esta sección varios elementos de un modelo de justiciabilidad de los DESC que no son regulables por normas jurídicas sino que forman parte de las ideas o concepciones que los actores del sistema jurídico tienen sobre los DESC y que impactan de manera decisiva en su funcionamiento. Un modelo de justiciabilidad de los DESC debe ofrecer a los actores del sistema jurídico alguna perspectiva sobre estos elementos.

1. La idea de que los DESC son derechos que tienen el mismo estatus jurídico-constitucional que los DC. En Chile, este elemento no debiera ser problemático. Como se ha visto, la Constitución recoge los DESC de la misma forma que los DC. En efecto, todos los derechos constitucionales están reconocidos en artículo 19; no existen diferencias estructurales o sistemáticas como las que encontramos en la Constitución española, de la India o Irlanda. Además, cabe citar los artículos 5<sup>49</sup> y 6<sup>50</sup> de la Constitución, que hacen imperativos dichos derechos para todo órgano, institución, persona o grupo.

2. Una concepción de teoría del derecho según la cual los DESC no tienen una naturaleza o estructura diferente de los DC al punto que eso se traduzca en que: i) los DESC no sean justiciables en absoluto o, ii) su justiciabilidad sea distinta de la que es predicable de los DC. Como es sabido, algunos autores han sostenido la tesis de que existen diferencias de estructura o de naturaleza entre los DESC y los DC: los DC serían derechos negativos y los DESC positivos; los DC no requerían gastos de parte del Estado y los DESC sí; los DC sería precisos y los DESC imprecisos; los DC se podrían cumplir de inmediato en tanto los DESC sólo de manera progresiva.<sup>51</sup> Estas diferencias sustentarían la tesis de que los DC serían justiciables en tanto los DESC no.

---

<sup>49</sup> Art. 5 inc. 2°. “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” (subrayado agregado).

<sup>50</sup> Artículo 6° inc. 1° y 2. “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.” (subrayado agregado).

<sup>51</sup> Un resumen de las principales diferencias estructurales entre los DESC y los DC y un análisis de las mismas se puede consultar en Figueroa, 2009a.

En Chile, este asunto no parece ser problemático a nivel de la doctrina. En efecto, muchos autores han escrito a favor de la justiciabilidad de los DESC<sup>52</sup>, con algunos disensos<sup>53</sup> y matices.<sup>54</sup> En alguna medida, esta postura está apoyada en abundante literatura extranjera que cuestiona y debilita las supuestas diferencias estructurales entre los DESC y los DC que tornarían a los DESC en derechos no justiciables.<sup>55</sup>

3. Una tesis sobre la judicatura que reconozca la legitimidad y capacidad de los jueces para adjudicar los DESC. Como se sabe, existen posiciones contrarias a que los jueces pueden adjudicar casos que involucren DESC, sobre la base de dos objeciones: la incapacidad y la ilegitimidad de los jueces. Se alega que los jueces no están llamados a involucrarse en materias atinentes a la distribución de recursos públicos; que no están institucionalmente equipados para enfrentar los complejos requerimientos que involucran estas materias; las cortes no pueden tener en consideración las consecuencias policéntricas de las decisiones presupuestarias y tampoco poseen el expertizaje financiero que es requerido para involucrarse en este tipo de decisiones. Además, los jueces no han sido elegidos para evaluar las políticas públicas que subyacen a los DESC y menos alterarlas a través de la judicatura. En una “sociedad bien ordenada” –se dice– los legisladores tienen responsabilidad política, los asesores de la administración proporcionan expertizaje y el gobierno fija el balance entre expertizaje y política, pero los jueces no son ni electos ni expertos. Los DESC pueden ser realizados o implementados de muchas maneras y los jueces carecen del expertizaje y la responsabilidad política que los cualificaría para poder elegir entre las diferentes alternativas para realizar esos derechos.<sup>56</sup>

En Chile estas objeciones tampoco parecen revestir mayor popularidad, en buena medida porque los DESC han tenido algún grado de justiciabilidad en el país. Sin embargo, hace

---

<sup>52</sup> Figueroa, 2009a, Nogueira, 2010 y 2012; Zúñiga Fajuri, 2012; Bassa, 2012; Núñez, 2012; Marzi, 2012; Zúñiga Urbina & Sepúlveda, 2010; Cazor & Cortés, 2012; Becerra, 2012; Lucas, 2010; Ortega & Larrain, 2012; Obando, 2010; Aguilar, 2012; Díaz Iván, 2012; Pica, 2012; Díaz Regina, 2012; Méndez, 2012; Galdámez, 2012; Tórtora, 2012; Henríquez, 2012; Salas, 2012; Bustos, 2014; Espejo, 2009; Usen, 2009; Bustos, 2014; Jordán, 2008.

<sup>53</sup> Atria, 2005.

<sup>54</sup> Arriagada, 2015.

<sup>55</sup> Básicamente, se trata de la postura que indica que todo derecho fundamental implica varios niveles de obligaciones, algunas positivas y otras negativas, algunas precisas y otras imprecisas, algunas costosas y otras sin costos, algunas de implementación inmediata y otras progresiva (Shue 1980, 1984; Eide, 1992). Esta visión de varios niveles de obligaciones ha sido desarrollada por el Comité DESC del PIDESC. Esta concepción de los derechos con múltiples niveles de obligaciones haría colapsar la diferencia estructural entre DC y DESC. Ver nota 51.

<sup>56</sup> Para una explicación extensa de esas objeciones y una discusión sobre las mismas, ver Figueroa 2009b.

casi dos décadas, la Corte Suprema adhirió a esas objeciones en varios casos sobre derecho a la salud que resolvió en forma conjunta. En efecto, en los casos de VIH del año 2001, la Corte Suprema fue explícita en rechazar la justiciabilidad del derecho a la salud. En esos casos, varias personas portadoras de VIH y SIDA demandaron al Servicio de Salud Público y al Ministerio de Salud, solicitando se les brindaran los medicamentos necesarios para sobrevivir. La Corte de Apelaciones de Santiago acogió los recursos de protección y accedió a las peticiones, ordenando la entrega de los medicamentos. La Corte Suprema revocó ese fallo, indicando que este es un asunto de políticas públicas de salud, que corresponde administrar y decidir a las autoridades competentes, sin intervención de los tribunales.<sup>57</sup> En esta declaración se puede apreciar claramente la objeción de incapacidad y falta de legitimidad.

Esta postura de la Corte Suprema ha ido cambiando. Ha habido muchos recursos de protección, tanto en contra del sistema privado de salud como del público, en los cuales la Corte Suprema en general ha protegido el derecho a la salud<sup>58</sup>, con algunas excepciones.<sup>5960</sup> Por su parte, el TC ha tenido una perspectiva favorable a los DESC. De hecho, en el fallo sobre inconstitucionalidad de una parte de ley de ISAPRES, el TC cita la Observación General n° 16 del Comité DESC del PIDESC.<sup>61</sup> Para finalizar, cabe citar un interesante caso del año 2017, sobre acceso a la vivienda.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> Sostuvo la corte: “De lo anterior resulta que el planteado corresponde a un problema de Salud Pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que, como en el caso de autos, se pretenden, habida cuenta que en su otorgamiento han de tenerse en cuenta variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que ellos involucren y los fondos de que se disponga para ello.” Corte Suprema. Rojas y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud. Rol N° 3.599-2001. 28 de agosto de 2001, Considerando n° 3.

<sup>58</sup> Pérez con ISAPRE Consalud, Rol: 6588-2012; Ojeda con Hospital Clínico Universidad de Chile, Rol N° 7255-2012; López contra la Isapre Consalud, Rol N° 2.834-2008; Celis con Isapre Colmena Golden Cross, Rol N° 5.891-2007; y varios casos más. Ver Figueroa, 2015.

<sup>59</sup> Ruiz con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Bío Bío, Rol: 4396-2010; Parra, contra Ministerio de Salud representado por la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Quinta Región, Rol N° 1.314-2009.

<sup>60</sup> Un estudio sistemático de la jurisprudencia de protección en derecho a la salud de los años 2007 al 2014 se puede consultar en Figueroa, 2015.

<sup>61</sup> Tribunal Constitucional, Rol n° 1710-2010, C° 103. Como se sabe, estas observaciones no tienen fuerza jurídica para los Estados. Por ello, que el TC las cite es una señal relevante.

<sup>62</sup> Se trata de un caso de desalojo de terrenos fiscales, decretado por el Gobernador Provincial de Arica, de un gran número de personas (cerca de 1600) que ocupaban esos terrenos en forma ilegal. El desalojo se ordenó mediante procedimientos irregulares, sin información pertinente para los afectados y sin un plan de recomodación. Antes de que tuviere lugar el desalojo, los afectados interpusieron un recurso de amparo (que protege la libertad personal y la seguridad individual, art. 19 n° 7 en relación con el art. 21, ambos de la

Este problema de legitimidad de las cortes para involucrarse en los DESC fue abordado por la Corte constitucional sudafricana, indicando que ella tiene el deber constitucional de proteger los derechos constitucionales, incluidos los DESC. Menciono este argumento porque es perfectamente aplicable Chile, conforme los artículos 5 y 6 de la Constitución, ya citados. En cuanto a la incapacidad que las cortes tendrían para adjudicar DESC, la jurisprudencia sudafricana muestra diversas formas de hacerlo, en casos de derecho a la salud, vivienda<sup>63</sup> y seguridad social. La jurisprudencia chilena también exhibe algunos casos, aunque en forma más modesta. Por tanto, la objeción teórica de incapacidad está en buena medida desacreditada por la práctica.

4. Una teoría del control judicial. La sección anterior sugiere que las cortes ejecuten un control de razonabilidad que implique un cierto grado de deferencia frente de las decisiones de los órganos políticos en relación con la implementación de los DESC. La expresión *un cierto grado de deferencia* la utilizo para evitar dos extremos, que Young denomina *usurpación judicial* y *abdicación judicial*.<sup>64</sup> Esa autora no proporciona ejemplos de esos extremos. En mi opinión, el caso de VIH chileno se acerca a la abdicación, en la medida en que la Corte Suprema decide no ejercer ningún tipo de control sobre la autoridad de salud, franqueándole una suerte de discrecionalidad fuerte para adoptar políticas de salud; y los casos sudafricanos Khosa y Mahlaule se acercan –creo yo- a la usurpación, puesto que la corte *lee* palabras en la ley, corrigiendo las normas sobre seguridad social aplicables a residentes no nacionales.<sup>65</sup> Scalia, en el caso *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S\_2015, emitió comentarios que parecen situar a la mayoría de la corte en la posición de usurpación judicial.

---

Constitución). Sin embargo, la corte lo entendió como un recurso de protección. Lo interesante es que la corte acoge el recurso, declarando ilegal y arbitraria la actuación del Gobernador Provincial. La corte señala que al proceder el gobernador sin tener facultades para ello, se ha convertido en los hechos en un órgano que ejerce facultades jurisdiccionales, vulnerando el derecho del art. 19 n° 3 inc. 4 de la Constitución (derecho a un juez natural). La corte deja sin efecto la orden de desalojo del gobernador y ordena que el Servicio de Vivienda y Urbanismo inicie los procedimientos para recuperar los bienes fiscales de uso público. Este caso puede ser visto como uno en que formalmente se protege el derecho a ser juzgado por el juez natural, pero también como un caso en que se protege el acceso a la vivienda, un derecho que no existe en la Constitución. Corte de Apelaciones de Arica. Araya y otros contra Gobernador Provincial de Arica. Rol N° 118-2017. 10 de marzo de 2017.

<sup>63</sup> Ver Figueroa, 2017.

<sup>64</sup> Young, 2012.

<sup>65</sup> Young se opondría a esta caracterización pues ella considera que los casos Khosa y Mahlaule son casos de *peremptory review*. Young, 2012.



Ahora bien, entre ambos extremos existen muchas posibilidades de control judicial. Young menciona cinco: *deferential review*, *conversational review*, *experimentalist review*, *managerial review* y *peremptory review*.<sup>66</sup> No parece sensato que un modelo de revisión judicial proponga que las cortes adopten de una vez y para siempre alguno de estos tipos de control judicial. La experiencia comparada muestra que las cortes en ocasiones se mueven entre estas diversas formas de control.<sup>67</sup> En Chile, hay casos claros a lo menos de revisión deferente, gerencial y perentoria. King, en una línea distinta a Young, aboga por una teoría del control judicial deferente que denomina *judicial restraint*<sup>68</sup> y Liebenberg -por mencionar algunos ejemplos de connotados *scholars* en DESC- defiende una concepción sustantiva de la razonabilidad.<sup>69</sup> Los casos Grootboom y TAC<sup>70</sup> de la jurisprudencia sudafricana constituyen, en mi opinión, buenos ejemplos de control de razonabilidad, pero el TC sudafricano ha variado su postura en los llamados de la denominada *segunda ola*, referidos al derecho a la vivienda frente a evicciones,<sup>71</sup> cambiando el enfoque desde un control de razonabilidad sustantivo a un control más liviano, que favorece el *meaningful engagement*.<sup>72</sup>

Para graficar cómo sería un control de razonabilidad en Chile que no colocara a los jueces en una posición de sustitución de los órganos políticos, podemos comparar la política de salud frente al VIH a fines de los 90 y la política de garantías explícitas en salud del 2006, con el plan AUGE. A fines de los 90, no había una política central del Ministerio de Salud que regulara la entrega de drogas antirretrovirales a personas con VIH/SIDA, las cuales por cierto eran escasas. Esto generó que distintos hospitales públicos diseñaran sus propios protocolos para abordar la escasez. Se supo de casos en que la decisión se adoptaba al azar y de otros en que pacientes que fuesen drogadictos u homosexuales eran ubicados al final de la lista de espera. Un control de razonabilidad de la política exige al demandado, por

---

<sup>66</sup> Además, Young identifica 4 tipos de actitud de las cortes: *the catalytic court*, *the engaged court*, *the detached court* and *the supremacist court* y las asocia a los distintos tipos de revisión judicial (Young, 2012).

<sup>67</sup> Young, 2012.

<sup>68</sup> Por ejemplo, King desarrolla una teoría del *institutional judicial restraint*, que pone atención en: *problems of uncertainty and judicial fallibility*, *the systemic impact of court rulings*, and *rights as prima facie entitlements subject to balancing*. Esta teoría que no tiene correlación con los modelos señalados por Young (King, 2012).

<sup>69</sup> *Substantive reasonableness*. Liebenberg, 2010.

<sup>70</sup> Ver un resumen de ambos en Figueroa, 2017.

<sup>71</sup> Ver Wilson & Dugard, 2014.

<sup>72</sup> Ver Wilson & Dugard, 2014.

ejemplo, al Ministerio de Salud, exhibir la política. En caso de no tenerla –como ocurría– ello quedaría de manifiesto con la intervención judicial. En caso que se demandara a un hospital y se probara que la política consiste en un protocolo que distribuye recursos de salud sobre la base del azar o con prejuicio respecto de personas homosexuales o drogadictas, esa política se podría declarar arbitraria y discriminatoria, debiendo el recurrido elaborar una nueva.

Veamos ahora como sería un control de la política de salud contenida en el plan Auge. Básicamente, se trataba de un plan de salud que entregaba cobertura universal para ciertas enfermedades que serían indicadas en un listado elaborado por el Ministerio de Salud. Esa lista se iría actualizando en el futuro, a partir de estudios epidemiológicos y otros antecedentes y de las posibilidades presupuestarias del Estado. Supongamos que una persona que padece una enfermedad que no está cubierta por el Auge demandara al Ministerio de Salud. Si el Ministerio argumentara que dispone de una política de salud establecida, que dicha policía identifica enfermedades de cobertura inmediata y otras de cobertura futura, es decir, una cobertura progresiva del derecho a la salud, y que dicha política dependerá de estudios epidemiológicos y del presupuesto disponible, eso demostraría que la política no es arbitraria y debería pasar un examen de razonabilidad. Al menos, esa situación pondría en el demandante la carga de la prueba de que la política vigente no es razonable.

### III. Conclusiones.

1. En Chile, los DESC tienen una justiciabilidad limitada.
2. Se requieren reformas constitucionales que permitan mejorar la justiciabilidad de los DESC. De hecho, ya existe un proyecto de reforma constitucional global, pero toca el tema en forma tangencial.
3. Existe apoyo en la doctrina chilena para brindar justiciabilidad a los DESC y existe jurisprudencia que les da protección, en la forma de tutela indirecta y también directa.
4. Existe jurisprudencia comparada que se puede considerar para sacar lecciones sobre cómo hacer justiciables los DESC.
5. Una reforma constitucional que sea apropiada para brindar justiciabilidad a los DESC requiere de algún modelo de control jurisdiccional de los DESC, que identifique los

aspectos centrales a ser abordados por tales reformas normativas y, también, que enuncie aquellos otros componentes no normativos que inciden en su adecuado funcionamiento. Este modelo no existe en Chile.

6. La experiencia comparada permite identificar algunos de los elementos de ese modelo, como se muestra en este borrador preliminar.