

El Derecho Internacional de los derechos sociales, el proceso constituyente chileno, y la opción entre un modelo de Estado social o un Estado subsidiario*

The International Law of Social Rights, the Chilean Constituent Process, and the Option Between a Social State Model or a Subsidiary State

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño¹

Universidad Finis Terrae, Chile
rpoyanco@uft.cl

Resumen

Puesto que las consecuencias político sociales del principio de subsidiariedad consagrado en la Constitución Política de 1980 están en el centro del debate constituyente que se desarrolla en Chile, este artículo intenta determinar, en base a un análisis de doctrina y jurisprudencia chilena y comparada, si las normas que limitan el contenido de la futura Carta fundamental (art. 135 de la Carta fundamental vigente) obligan a la Convención Constitucional a escoger entre los modelos de Estado subsidiario o Estado social. Se concluye que, por un lado, la Constitución vigente no impide más y mejores políticas sociales de cargo estatal, sino sólo el monopolio de la prestación de servicios sociales por parte del Estado; y por otro, que el derecho internacional de los derechos sociales ratificado por Chile y que se encuentra vigente (uno de los límites que podría extraerse del referido art. 135) tampoco establece un determinado entendimiento de los derechos sociales, que deba limitar jurídicamente la decisión que adopte la Convención Constitucional en relación al modelo sociopolítico que deba consagrarse en una nueva Carta fundamental. Por tanto, desde la perspectiva de lo establecido en el art. 135 de la Carta fundamental chilena, la Convención Constitucional mantiene plena libertad para mantener en la

* El presente trabajo es fruto del proyecto de investigación patrocinado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID), folio N° PAI77190095, denominado 'Estudio de la nueva jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud en Chile', a cargo del profesor Rodrigo Poyanco. El investigador agradece a dicha entidad su apoyo a este proyecto.

¹ Profesor Asociado e Investigador de la Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae, Chile, en las áreas de Derecho Constitucional y Derecho Político. Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Universidad Finis Terrae. Facultad de Derecho. Av. Pedro de Valdivia 1509, Providencia, Región Metropolitana, Chile.

nueva Carta fundamental un modelo de Estado subsidiario, avanzar hacia un principio de Estado social o innovar en otro sentido.

Palabras-claves: proceso constituyente; principio de subsidiariedad; Estado social; constitución chilena.

Abstract

Since the political and social consequences of the principle of subsidiarity enshrined in the Political Constitution of 1980 are at the center of the constituent debate that unfolded in Chile, this article seeks to determine, based on an analysis of Chilean and comparative doctrine and jurisprudence, whether norms that limit the content of the future Constitution (art. 135 of the current Constitution) oblige the Constitutional Convention to choose between the models of Subsidiary State or Social State. It is concluded that, on the one hand, the current Constitution does not prevent more and better social policies from State positions, but only the monopoly of the provision of social services by the State; and on the other hand, that the international law of social rights ratified by Chile and that it is in force (one of the limits that could be extracted from the aforementioned article 135) neither establishes a certain understanding of social rights, which must legally limit the decision to adopt the Constitutional Convention in relation to the sociopolitical model that must be consecrated in a new fundamental Charter. Therefore, from the perspective of it established in art. 135 of the Chilean Constitution, the Constitutional Convention remains free to maintain a subsidiary State model in the new Constitution, to advance in the direction of a principle of Social State or to innovate in another direction.

Keywords: Constituent Process; Principle of Subsidiarity; Social State; Chilean Constitution.

Introducción

Como sabemos, la Constitución Política chilena de 1980 carece de un principio de Estado social, a la vez que otorga destacada importancia al *principio de subsidiariedad* y a la protección de los cuerpos intermedios de la sociedad. Se trata de un diseño que se aparta de la regla general del constitucionalismo latinoamericano (adscrito, en general, al sistema de Estado social) y cuyos efectos en las políticas sociales adoptadas por el Estado están en el centro de la discusión constituyente que se está llevando a cabo en Chile. En este marco, este artículo estudiará si los límites sustanciales establecidos a la Convención Constitucional que se establecerá en ese país a partir de abril de este año —y que, para efectos de este trabajo son, fundamentalmente, los tratados internacionales de derechos sociales— implican alguna barrera de fondo a la libertad de ese órgano para mantener el actual sistema de estado subsidiario o avanzar hacia un sistema de Estado social.

La Convención Constitucional chilena como poder constituyente limitado derivado

Como señala Pereira (2016), el poder constituyente, teorizado por Locke y luego por Sieyès, es, en síntesis, el poder de hacer Constituciones políticas, y se le clasifica en poder constituyente originario, revolucionario o genuino; y poder constituyente derivado o limitado. Las diferentes conceptualizaciones de este poder suelen subrayar el carácter extraordinario, originario, revolucionario y soberano que tiene el poder constituyente, así como —cuando se trata del poder constituyente genuino—, su capacidad para toma la decisión fundamental y eficaz acerca de la propia existencia de la comunidad política y de su forma constitucional. Mientras el poder constituyente originario no supone —e incluso contradice— la existencia previa de ninguna otra fuente constitucional, y es un caso de puro y simple poder, el poder constituyente constituido consiste en el establecimiento, por cada Constitución, de un órgano y un procedimiento para su reforma, de tal manera que la modificación constitucional se planteará como una enmienda formal, que discurrirá según cauces ya previstos por la misma Constitución que va a ser modificada. Por ello, la cuestión del poder constituyente constituido enlaza directamente con la cuestión de la reforma constitucional.

En este esquema, los redactores del “Acuerdo por la Paz y la nueva Constitución” de 15 de noviembre de 2019 —que introdujo a la Constitución Política de 1980 los artículos 130 a 143, que regulan el proceso constituyente en curso (Biblioteca del Congreso Nacional, 2019)— parecen haber pensado en un poder constituyente derivado o limitado, pues, las referidas normas constitucionales establecen toda clase de límites y garantías; tanto a las competencias y procedimientos del órgano constituyente (Chile, Constitución Política, art.133, 136 y 137), como al contenido de la futura Carta Fundamental que resulte de su labor (art. 135 del mismo texto, que analizaremos más adelante).

Es cierto que, en la medida que no implique un atentado contra las normas y límites básicos del estado de derecho constitucional y los derechos esenciales de la persona, un órgano constituyente debiera tener libertad para modificar o mantener las bases constitucionales de un determinado modelo socioeconómico. Sin embargo, también es cierto que, en el caso chileno, la doctrina partidaria del proceso constituyente —así, por ejemplo, Jordán (2008 y 2020); Atria (2014); y Figueroa (2019)— esperan directamente la superación del actual modelo de Estado subsidiario defendido por la Constitución Política de 1980, para reemplazarlo por un principio de estado social, o por derechos sociales con un contenido prestacional sustancialmente distinto del que se consagra en la actual Constitución Política. El único proyecto de nueva Constitución alternativo al texto actualmente vigente, presentado hace dos años por la ex Presidenta Michelle Bachelet (Senado de la República de Chile, 2018), discurría en un sentido similar. Por otro lado, también es verdad que, como veremos, los instrumentos internacionales de derechos sociales vigentes en Chile (importantes, como veremos, por lo que dispone el precitado art. 135 de la Carta Fundamental) han sido interpretados a nivel internacional de una forma específica, aparentemente distante del sistema constitucional de Estado subsidiario vigente en Chile.

En estas condiciones, y asumiendo que en Chile se está llevando adelante un proceso constituyente efectivamente limitado por las normas constitucionales precitadas², cabe elucubrar si de ellas se desprende algún tipo de límite u obligación sustancial que influya el trabajo de la Convención Constitucional, en el sentido de compelerla a avanzar hacia la redacción de una nueva Carta fundamental que contenga un principio de estado social, o derechos sociales con contenidos prestacionales determinados.

Sin embargo, para comprender adecuadamente el problema, primero debemos entender en qué consiste el modelo subsidiario consagrado en la Carta Fundamental vigente, para comprobar si es cierto que contiene algún tipo de prohibición constitucional que impida la existencia de más y mejores políticas sociales de cargo estatal en Chile.

El principio de subsidiariedad en la Constitución Política chilena de 1980

La novedad del ordenamiento constitucional chileno de 1980 en el contexto latinoamericano no puede entenderse sin comprender la filosofía jurídica de esa Carta constitucional, caracterizada por la marcada distinción entre Estado y sociedad, y el intento de defender la independencia de ésta frente a la influencia del primero³. A esto responde la consagración del “principio de subsidiariedad”, que regula las relaciones entre el Estado y la sociedad y que, sin embargo, no tiene una articulación constitucional expresa como tal, pues se sostiene en la regla de reconocimiento de los grupos intermedios y del deber de amparo estatal de su adecuada autonomía, definido por la Constitución en el art. 1 inc. 3°: “[e]l 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” (García y Contreras, 2014).

El sentido específico de dicho principio —de raigambre católica, como apuntan Soto Kloss (1986) y Schickendatz (2001)— busca prevenir que el Estado tome a su cargo aquellas actividades que pueden en buenas condiciones realizar las personas y los entes colectivos. A la inversa, el ente público se encuentra obligado a proveer a la satisfacción de las necesidades colectivas, en cuanto los particulares no estén en posibilidad de lograrla. Como recalcan Silva y Silva (1997) y San Francisco Reyes, (2001), el objetivo final no es otro que fomentar la autonomía, vitalidad y responsabilidad de las personas y grupos intermedios frente al Estado para que éstos puedan realizar por sí mismos los fines que le son propios y las actividades de que son capaces; así como lograr una mayor eficiencia en la operatividad de aquél. Esto determina, como advierte Fermeandois (2001), la estrecha relación del principio de subsidiariedad con todos aquellos derechos y libertades del constitucionalismo que defienden la autonomía y libertad de las personas y grupos intermedios; en particular —aunque no

² Los mecanismos del control del proceso constituyente, sin embargo, adolecen de ciertos problemas técnicos que podrían dificultar su operatividad (Poyanco, 2020).

³ La orientación ideológica de la Constitución política chilena se explica, fundamentalmente, por la experiencia política inmediatamente anterior al Gobierno Militar (Bertelsen, 1987). Esto explica que su implementación implicara todo un intento de transformación administrativa y social del país, en contraposición al sistema precedente (Cea, 1988).

sólo— el derecho a asociarse sin permiso previo (art. 19 nro. 15); la libertad de enseñanza (art. 19 nro. 11); la libertad de prensa (art. 19 nro. 12, inciso 5º); el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19 nro. 21), etc.

Sin embargo, es un equívoco suponer, como lo hace una parte de la doctrina chilena — véase la síntesis efectuada por Fermandois (2014, p. 281)— que el principio de subsidiariedad impide una mayor intervención del Estado en políticas sociales, o pone un énfasis exclusivo en las libertades relacionadas con la actividad económica y empresarial, en detrimento de los servicios sociales públicos. Aunque con innegables efectos en el plano económico, el principio de subsidiariedad no busca tanto prohibir la actuación del Estado en los ámbitos en que opera, como reconocer el papel de las personas y las organizaciones sociales en la consecución del bien colectivo, mediante “infinidad de comportamientos y procesos que quedan al margen de la esfera del Estado” (Silva y Silva, 1997); valor y aporte del principio que ha sido reconocido también por el Tribunal Constitucional chileno (sentencias roles 229, de 1995, considerandos 28 y 29; y 352 de 2002, considerandos 3º-8º). Es por eso que, como señala Fermandois (2014) el principio de subsidiariedad no garantiza ni la presencia estatal ni la privada; sólo opta por un título preferente para los particulares en las actividades de la sociedad que no sean indelegables e intrínsecamente estatales, pertenecientes a él en cuanto tal (RR.EE., Defensa, etc.). En este sentido, el Estado puede ampliarse y el particular retraerse cada vez que se estime que éstos no están cumpliendo adecuadamente con el fin que se propusieron, y ese objetivo, política o tarea sea relevante para el bien común, y viceversa.

El impacto del principio de subsidiariedad en la regulación de los derechos sociales

Lo expuesto hasta ahora explica que, a pesar de lo que estiman algunos autores —tales como Cea (1983); Solari Alliende (1993); o Viera (2014)—, la Carta Fundamental de 1980 no consagra, ni de forma expresa ni de forma implícita, un principio de “Estado social”, pues se parte de la base de que la sociedad también puede intervenir, de forma autónoma, en la satisfacción de las necesidades envueltas en los derechos sociales. Se trata de evitar la mengua de las capacidades creativas e inventivas de la sociedad: “el Estado subsidiario [...] [b]usca y anhela las condiciones que posibiliten esa reducción [del Estado] como uno de sus objetivos más preciados, por representar la contrapartida de incentivar una mayor vitalidad creadora y participativa del cuerpo social” (Guzmán, 1990).

En consecuencia, bajo el esquema impuesto por esta Carta fundamental, las garantías previstas para la defensa de los derechos constitucionales (en particular, la acción del art. 20 de la Constitución Política chilena, denominada “recurso de protección”) no buscan tanto afirmar ni prohibir la acción del Estado en materia de derechos sociales —que, en la práctica se da por supuesta—, sino más bien asegurar la presencia y actividad de los particulares en cuestiones relativas a educación, salud y seguridad social. En este sentido Jaime Guzmán, el principal ideólogo chileno del principio de subsidiariedad, sostenía que la prestación de

servicios educacionales o de salud no entra en la categoría de aquellas acciones que, por ser “exclusivas e indelegables” del Estado, no pueden entregarse a los particulares. De esta manera, el papel subsidiario del Estado va acompañado de un amplio reconocimiento a la posibilidad de que el sector privado participe en las prestaciones destinadas a hacer efectivos los derechos sociales, en igualdad de condiciones con el Estado. Se trata de una notable diferencia entre esta regulación constitucional y la que rige en otras constituciones políticas del Continente Sudamericano e, incluso, de la que operaba bajo la propia Constitución chilena de 1925⁴. La Constitución de 1980 no entrega la responsabilidad de satisfacer las necesidades sociales, de manera monopólica, al Estado; no contiene algún mandato constitucional que disponga la creación de un servicio público de salud, educación o seguridad social; ni consagra lo que en otras jurisdicciones constitucionales hemos denominado como la “libertad de hecho” o “libertad fáctica”, como requisitos necesarios del libre desenvolvimiento de la personalidad y dignidad humanas (como sí lo hacen, por ejemplo, los arts. 9.2 Constitución Política española y 3.2 de la Constitución Política italiana). Se reconocen ciertos derechos sociales (los derechos a la protección de la salud, art. 19 nro. 9; a la educación, 19 nro. 10; y a la seguridad social, 19 nro. 18), pero sus aspectos prestacionales no están cubiertos por la garantía del recurso de protección del art. 20 de la Carta Fundamental. En esta normación constitucional “es particularmente notorio un papel del Estado que controla, protege el ejercicio del derecho y garantiza la ejecución de ciertas acciones [pero que] no asume —como ocurría anteriormente— una responsabilidad casi exclusiva en el logro de las finalidades que la Constitución persigue” (Bertelsen, 1987). Esto no implica una oposición constitucional a la existencia de beneficios sociales prestacionales de cargo estatal, ni de servicios públicos encargados de entregarlos⁵; pero sí una barrera *a la monopolización estatal, de forma definitiva, de la actividad prestacional en estas materias*.

Así sucede, por ejemplo, en materia de derecho a la protección de la salud (art. 19 nro. 9 de la Carta fundamental). La actual Constitución —pionera, en nuestra historia constitucional, en el reconocimiento específico de este derecho⁶— no consagra un contenido concreto de este derecho, ni dispone la existencia de un servicio público de salud. Sin embargo, garantiza a todas las personas “el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”. El Estado tiene a su cargo “la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud” (esto es, los objetivos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud), y debe “garantizar la

⁴ Junto con consagrar algunos derechos sociales, la Constitución de 1925, en su texto vigente en 1971, entregaba al Estado las obligaciones de “adoptar todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales...necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y la dignidad humanas” (nº 16 del art. 10); y de “remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualdad de las personas y grupos” (nº 17 del art. 10). La Constitución Política actual también entrega al Estado labores de Bien Común (véase art. 1º de la Carta fundamental); pero en virtud del principio de subsidiariedad, ello no implica un monopolio del ente público en las actividades repectivas.

⁵ Por eso es que el propio Guzman (1990) reconocía como tarea indelegable del Estado, la acción redistributiva necesaria para eliminar la miseria y promover crecientes oportunidades para todas las personas.

⁶ La Constitución Política de 1925 se refería a la salud pública sólo como “un deber del Estado”, dentro de un artículo dedicado al derecho a la seguridad social (art. 10 nro. 16). La misma norma consagraba el deber de éste de destinar cada año “una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud”. Empero, esa Carta fundamental no contemplaba una acción constitucional tal como el actual recurso de protección, ni siquiera para la defensa de los derechos constitucionales clásicos que reconocía.

ejecución de las acciones de salud” (incisos 2, 3 y 4). Pero además, la Constitución reconoce el derecho de las personas “a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado” (inciso 5), derecho que, como explica Vivanco Martínez (2010), es preferente, incluso desde el punto de vista de la libertad, a la acción subsidiaria del Estado. Este derecho a elegir —inciso final del art. 19 nro. 9— es la única parte de esta norma que está protegida mediante Recurso de Protección.

Esto explica la coexistencia en Chile de dos sistemas de salud a disposición de los ciudadanos: el sistema público, a cargo de Fondo Nacional de Salud (FONASA) que, aunque exige cotizaciones a algunos segmentos de usuarios, también es subsidiado por el Estado; y el sistema de las Instituciones de Salud Previsional, o ISAPRES, que opera bajo la lógica de contratos de seguros individuales de salud, que se financia sólo con las referidas cotizaciones. Respecto del sistema privado, el Estado tiene un rol de supervigilancia —a través de la creación de órganos administrativos de fiscalización tales como la Superintendencia de Salud—, y sólo marginalmente de prestación (García y Contreras, 2014). Puesto que se trata de sistemas mutuamente excluyentes para el usuario que los escoge (quien se atiende en el sistema privado de salud no puede hacerlo en el sistema público, y viceversa), se trata de una dualidad que parece ser única en el plano internacional (Sojo, 2011). En definitiva, la normativa constitucional actualmente vigente en Chile no implica la prohibición constitucional a la existencia de los servicios públicos dedicados a satisfacer las necesidades de salud, como tampoco la aprobación de políticas públicas con fuerte financiamiento estatal que vayan en beneficio de toda la población; algunas de ellas, pioneras en América Latina⁷. Pero sí ha permitido el florecimiento de un importante sistema privado de salud.

En base al diseño constitucional de 1980, por tanto, las políticas sociales serán más o menos estatizadas, dependiendo de las necesidades de cada momento histórico, y las decisiones de oportunidad o conveniencia que adopten las autoridades político-representativas que cuentan con la competencia constitucional para ello. Así fue entendido también, durante mucho tiempo, por la jurisprudencia constitucional emanada de los tribunales superiores de justicia chilenos y del Tribunal Constitucional⁸.

Los límites del trabajo de la Convención Constitucional en relación al derecho internacional de los derechos sociales ratificado por Chile

Establecidos los puntos anteriores, corresponde entrar derechamente a una evaluación de lo que podría resultar del trabajo de la Convención Constitucional que se instalará a partir de

⁷ Chile ha sido el país de Sudamérica que ha gastado un mayor porcentaje de su PIB (15%) en el combate a los efectos de la Pandemia del COVID (El Mostrador, 2020). Además, fue uno de los primeros países de América Latina en recibir dosis de vacunas contra la enfermedad, para iniciar la vacunación masiva de la población (Méndez, 2021). Por otro lado, desde 2015 este país cuenta con un sistema de protección financiera contra enfermedades y tratamientos de alto costo (Ley N° 20.850), pionero en América Latina, que cuenta con un importante financiamiento estatal y que favorece tanto a los pacientes del sector público como del sector privado.

⁸ Sin perjuicio de lo cual, en la actualidad los mismos organismos jurisdiccionales, tal como los del resto del continente, han incursionado en una senda activista, que se ha manifestado especialmente, en materia del derecho a la protección de la salud. Para los principales vectores de esta evolución jurisprudencial en los tribunales superiores chilenos, véanse los trabajos de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2019); y de Martínez Estay (2010).

abril de 2021; labor teóricamente limitada por los antes citados artículos de la Constitución Política de 1980. Para los efectos de este trabajo, destacan los límites establecidos en el inciso final del art. 135 —que denominaremos “sustanciales” o “de fondo”—, de acuerdo a los cuales el texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito ratificatorio o de salida de este proceso constituyente “deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático [...] y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Aunque parece evidente que esas normas buscan prevenir que el producto de la Convención Constitucional atente contra las normas básicas de un Estado de Derecho constitucional —lo cual, como veremos, tiene también implicancias para la materia en examen—, la pregunta que queremos responder aquí es si estas normas plantean además algún límite de fondo que obligue al constituyente de 2021 a superar al modelo actual de Estado subsidiario de la Constitución Política de 1980; como espera, por lo demás, una parte de la doctrina favorable a dicho proceso, antes citada.

Desde ese punto de vista, el único límite sustancial que podría tener alguna trascendencia con nuestra materia se encuentra, aparentemente, en la última línea del inciso final del art. 135 antes transcrito, esto es, el respeto del proyecto de nueva Constitución a “los tratados internacionales firmados por Chile y que se encuentren vigentes”. Esto porque varios tratados internacionales de derechos humanos “ratificados por Chile y que se encuentran vigentes” incorporan disposiciones sobre derechos sociales prestacionales. Entre ellos, destacan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), o “Pacto de San José de Costa Rica”, que alude a los derechos sociales en el art. 26⁹.

En nuestra opinión, una adecuada respuesta a esa pregunta requiere no olvidar las cuestiones teóricas que caracterizan a la dogmática de los derechos sociales. Los derechos sociales prestacionales, en particular, y las disposiciones del constitucionalismo social, en general, suelen caracterizarse ser disposiciones que fijan un objetivo social, pero no la forma de lograrlo. Esto determina que carezcan de contenido esencial (Martínez Estay, 2010) y que dependan para su implementación de numerosos factores extrajurídicos, que difícilmente pueden ser controlados a nivel de constituciones políticas y tratados internacionales; en particular, el nivel de desarrollo económico de los países en que se quiere implementarlos, y la disponibilidad de recursos para su ejecución (Pereira y Martínez, 2016). Por eso estos derechos han sido calificados de “disposiciones finalistas, de dificultosa protección jurídica” (De Otto, 1989).

Pues bien, estas limitaciones han sido expresamente reconocidas por la letra de los tratados internacionales arriba mencionados. En efecto, el art. 2.1 del Pacto Internacional de

⁹ Otros tratados de derechos humanos “ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” contemplan disposiciones aisladas de derechos sociales. Así sucede, por ejemplo, con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, y la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, nos centraremos en el PIDESC y la Convención Americana porque entendemos que las conclusiones aplicables a estos tratados pueden extenderse, *mutatis mutandis*, a otros convenios internacionales que consideren derechos de esa naturaleza.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por el Estado de Chile el 10 de febrero de 1972 señala que

[c]ada 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.

Por su parte, el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, ratificada por el Estado de Chile el 10 de agosto de 1990, señala que:

[l]os Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Como puede verse, ambos tratados señalan claramente, en lo que respecta a los derechos y disposiciones sociales prestacionales reconocidos en ellos, que la obligación de lograr su efectividad está limitada por la disponibilidad de recursos y, sobre todo, por el principio de progresividad; y que la principal responsabilidad en su desarrollo corresponde “al legislador”. Esto parece de toda lógica cuando, a los problemas teóricos antes señalados, se suma el hecho de que estamos ante tratados internacionales y sus organismos de interpretación o aplicación, instancias en las que difícilmente se podrían prever o anticipar todas las variables que inciden en las políticas sociales o económicas que deben decidirse al interior de cada uno de los Estados sujetos a dichos Pactos, de acuerdo a las necesidades de cada momento.

En consecuencia, de la letra de estos tratados internacionales, o de otros con disposiciones semejantes, parece difícil que pueda deducirse, algún límite jurídico-constitucional que predetermine el trabajo de la Convención Constitucional, en relación al modelo social a seguir por una futura Carta fundamental en Chile. Las únicas tres condicionantes emanadas de esas disposiciones internacionales —cumplimiento de los derechos o disposiciones sociales de forma progresiva; sujeción a la disponibilidad de recursos para su implementación; y desarrollo preferentemente legislativo— reflejan en realidad problemas dogmáticos que emanan de la naturaleza misma de los derechos sociales y que limitan su exigibilidad, cualquiera sea el sistema político o económico en que se implementen; y recuerdan que las principales encargada de su desarrollo son las autoridades político-representativas. No parece deducirse de estas normas una opción específica en favor de un principio de Estado social, o de un Estado subsidiario.

Sin embargo, el problema podría presentarse por la interpretación que se ha dado a estos tratados, tanto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité PIDESC,

o CESCR, por sus siglas en inglés) así como, desde un tiempo a esta parte, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; líneas doctrinarias o jurisprudenciales, por lo demás, calurosamente acogidas por una parte de la doctrina —p. ej. Abramovich y Courtis (2001) y Nogueira (2009)—, y no pocos tribunales constitucionales y superiores latinoamericanos¹⁰. Así por ejemplo, el precitado Comité PIDESC ha emprendido una ingente labor de desarrollo del contenido de los derechos sociales de aquel Pacto internacional, mediante sus “Observaciones Generales” (en la actualidad, 25), atribuyendo a estos derechos contenidos sustantivos (como sucede, por ejemplo, con el “Derecho a una Vivienda Digna” de la Observación General nro. 4¹¹), o aplicándoles principios interpretativos – tales como el principio de progresividad de la Observación General nro. 3, que a diferencia de lo señalado por el art. 2.1 del PIDESC es entendido de forma “Positiva” y que obliga a los Estados a justificar cualquier “retroceso” en la implementación de políticas sociales. Se trata de desarrollos que difícilmente pueden extraerse de una interpretación jurídica de los tratados y que, en la práctica, estrechan las competencias de las autoridades nacionales para decidir políticas sociales en sus ámbitos de competencia.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha transitado desde una posición refractaria al uso del art. 26 de la Convención Americana para proteger derechos sociales (Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, de 2003), a una aproximación cada vez más agresiva en esta materia, que comenzó con el uso de vías alternativas para dar cobertura jurídica a las pretensiones relacionadas con dichos derechos —tales como la protección indirecta a través de derechos civiles y políticos; la redefinición de derechos, o la figura de las medidas cautelares y reparaciones sustitutivas— hasta el reconocimiento del art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica, y los objetivos sociales que esa norma considera¹², como preceptos directamente vinculantes. De esta manera, la Corte Interamericana ha señalado desde 2009 que puede conocer de las vulneraciones al art. 26 de la Convención Interamericana (sentencia Acevedo Buendía y otros vs. Perú, de 2009) y, desde 2017, ha avanzado al intento de definir el contenido de políticas de los derechos sociales prestacionales. Así ocurrió, por ejemplo, con el derecho a la salud, en la sentencia Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, de 2018 (el Estado debe proporcionar el “más alto nivel posible de salud”, apuntar a un “estado completo de bienestar” ... lograr en las personas un “balance integral” y una atención de salud “oportuna y apropiada”); y, con el derecho a la seguridad social, en la sentencia Muelle Flores vs. Perú, de

¹⁰ Esto ha sucedido tanto con la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana, como con las Observaciones Generales del Comité PIDESC. Respecto de las segundas, por ejemplo, véanse las siguientes sentencias: sentencia Exp. 0050-2004-AI/TC, del Tribunal Constitucional peruano, citando la Observación General nro. 3; sentencia C-313/14 de la Corte Constitucional colombiana, punto 5.1.2 de las consideraciones, citando la Observación General nro. 14; y sentencia del Tribunal Constitucional chileno, rol 1710-2010, considerando Centésimo tercero, citando la Observación General nro. 16.

¹¹ Mientras el PIDESC menciona una sola vez el concepto de vivienda —y ni siquiera como un derecho autónomo, sino como parte del “derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado” (art. 11)—, la Observación General nro. 4, que se refiere a la vivienda digna como un derecho, consta de 19 párrafos y ahonda en temas que difícilmente podrían extraerse de una interpretación jurídica de aquel tratado. Así, por ejemplo, de acuerdo al numeral 8, letra g), la “vivienda adecuada” debe encontrarse “en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales”; la vivienda “no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”; debe cumplir criterios de “adecuación cultural”, etc.

¹² El art. 26 de la Convención Interamericana efectúa una remisión a “las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura”, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, que a su vez se refiere a diversos objetivos sociales relacionados con la justicia social, el desarrollo de los pueblos, etc.

2019 (el Estado debe proporcionar un sistema de pensiones que “funcione y garantice las prestaciones”, las que a su vez deben ser “suficientes”...en condiciones de acceso “razonables, proporcionadas y transparentes”, etc.). El concepto de “vida digna” y las Observaciones Generales del PIDESC han sido otras herramientas que ha permitido a ese Tribunal Interamericano intervenir en la evaluación de políticas. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *Xákmok Kásek. v. Paraguay* (2010), en que el Tribunal Interamericano, citando la Observación General nro.15 del referido Comité, constató, en síntesis, cuestiones como la deficiente provisión de agua potable y alimentación a los afectados, bajando al detalle concreto —en términos de litros de agua y cantidad de alimento al día— de lo que el Estado debió entregar en cada uno de esos ítems. En otros casos se encuentran órdenes de implementar mecanismos de fiscalización y supervisión de los servicios de salud y de mejora del acceso, disponibilidad y calidad de las prestaciones respectivas, garantizando la provisión de ciertos medicamentos (Sentencia *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, punto resolutive 14) o de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores, en los términos referidos en la misma sentencia, incluyendo una serie de estándares de “calidad, accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad” de la atención de urgencia en salud (Sentencia *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, puntos resolutivos 15, 16 y 25).

Sabemos que, en el caso del derecho internacional de los derechos civiles y políticos, la jurisprudencia de los tribunales internacionales y otros órganos de aplicación tiene gran influencia sobre el derecho constitucional de los países sujetos a su jurisdicción, tanto de forma indirecta (cuando, por ejemplo, se estudia su influencia comparada en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y superiores de los distintos estados) como, en algunos casos notables, de forma directa, justificando la actuación del poder constituyente derivado. Así sucedió, por ejemplo, con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile* (2001), que terminó en una reforma constitucional de la Carta fundamental chilena efectuada en 2001 (ley de reforma constitucional 19.742), para adecuar su art. 19 nro. 12, que regula la libertad de opinión, a los criterios sentados por el tribunal interamericano en materia de censura cinematográfica. Cabría preguntarse entonces si los mencionados desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios del Comité PIDESC y de la Corte Interamericana, en materia de derecho sociales, podrían considerarse como parte del material de derecho internacional que, en virtud del art. 135 de la Carta Fundamental chilena, debe vincular el trabajo de la Convención Constitucional. En nuestra opinión ello no es posible, por las razones que explicaremos a continuación.

Por qué el art. 135 de la Constitución chilena no podría incluir las propuestas de políticas sociales efectuadas por la Corte Interamericana o por el Comité PIDESC

En primer lugar, recordemos el tenor literal de las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados que firmaron estos tratados. En el caso del PIDESC, esa obligación es la de cumplir con los derechos sociales de ese Pacto en las condiciones establecidas por su art. 2.1,

es decir, preferentemente a través del legislador, y condicionadas por la progresividad y la limitación de los recursos disponibles. Por el contrario, no aparece de la letra de este tratado ninguna disposición que habilite al Comité PIDESC –colegiado que no tiene forma de Tribunal internacional, ni tampoco atribuciones o legitimidad democrática para intervenir en las políticas sociales nacionales— para dictar políticas sociales con efecto vinculante¹³. Por otro lado, la necesidad de crear un instrumento internacional específico para establecer un procedimiento que habilite expresamente al Comité PIDESC para recibir comunicaciones —el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que aún no entra en vigor — difícilmente podría explicarse si este último generase obligaciones jurídicas directas.

Una argumentación semejante —la letra de la Convención Americana de Derechos Humanos— puede oponerse a la jurisprudencia de la Corte Interamericana antes revisada. Como algunos han advertido, la obligatoriedad de los derechos mencionados en el artículo 26 de la Convención está expresamente modulada por la progresividad y las posibilidades económicas de los Estados, de acuerdo al tenor literal de esa norma. Además, el artículo 42 de la misma Convención limita las competencias de la Comisión respecto de estos derechos al examen de los informes y estudios que los Estados deben remitirle. Por otro lado, como han observado algunos votos disidentes de esta jurisprudencia de la Corte Interamericana, la Carta de la OEA a la que se refiere el art. 26 de la CADH carece en realidad de un listado claro de derechos sociales, contemplando sólo objetivos socioeconómicos extraordinariamente genéricos (Corte Interamericana, caso Lagos Del Campo Vs. Perú, 2017, voto parcialmente disidente del juez Humberto Porto Sierra). Los antecedentes históricos del sistema interamericano de derechos humanos —véanse los trabajos de Teijo (2010) y Salmón y Bregaglio (2014)— tampoco permiten llegar a una conclusión distinta. Finalmente, recordemos que en el ámbito interamericano, también existe una norma adicional, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador (17 de noviembre de 1988), que intenta otorgar una mayor vinculatoriedad a los derechos sociales reconocidos en éste. La necesidad de este instrumento sólo puede explicarse, nuevamente, porque, como regla general, los derechos sociales carecen de obligatoriedad directa en el sistema interamericano. A mayor abundamiento, este Protocolo reserva el procedimiento contencioso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sólo a dos de los derechos allí contenidos. Por lo tanto, *a contrario sensu*, existe un límite expreso— aún respecto de los países que ratificaron el Protocolo de San Salvador—, a la posibilidad de utilizar los mecanismos contenciosos directos del Sistema Interamericano frente a la vulneración de otros derechos sociales; punto advertido ya por la Comisión Interamericana (Asociación Nacional de ex

¹³ De acuerdo a la Resolución ECOSOC 1985/17, del 28 de mayo de 1985, el Comité fue creado para llevar a cabo las funciones de seguimiento asignadas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) en la Parte IV del Pacto. En cumplimiento de esa función, el Comité entonces está dedicado a estudiar los informes que los Estados Partes deben presentar “sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos” en este tratado (art. 16 del PIDESC). La labor de completar y desarrollar el contenido de los derechos sociales consagrados en el Pacto mediante actos que tengan fuerza vinculante para los Estados miembros, en nuestra opinión, iría directamente en contra de lo establecido por el art. 2.1 del PIDESC, que como hemos visto establece el “logro progresivo” de los derechos en él consagrados.

servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú, caso n.º. 12.670, fundamento jurídico 69), Medina (2005) y Salmón y Bregaglio (2014).

Pero, además, hay argumentos de fondo, que emanan de los problemas teóricos que inevitablemente acompañan a la implementación de los derechos sociales prestacionales. En términos estrictamente jurídicos, es muy difícil extraer de las disposiciones de derechos sociales prestacionales contenidas en el derecho internacional (e incluso de las disposiciones de derecho constitucional que son relativas a la misma materia) derechos y obligaciones exigibles, si no media la actuación de las autoridades nacionales. No se trata sólo de un problema de distribución de recursos escasos y elección de prioridades sociales. Se trata también de dar cabida a las distintas opciones ideológicas que, dentro de cada Nación, se baten legítimamente en el campo democrático respecto del tema de lo justo social, y a las distintas soluciones técnicas que, aun dado el acuerdo ideológico, pueden exigir las necesidades sociales que surgen en cada momento. Dada la discrepancia y parcialidad, como caracteres esenciales de la actividad política —como remarcan Pereira (2010) y Waldron (2005)—, y el pluralismo de concepciones sobre la justicia distributiva (Rosenkrantz, 2002), el principio de alternancia democrática no es ajeno a estas disquisiciones.

Desde luego, el principio de subsidiariedad de la Constitución Política de 1980, por su propia naturaleza respeta plenamente estas limitaciones —pues no enfatiza ni prohíbe la acción social del Estado, sino que la da por supuesta—, entregando la responsabilidad de las políticas sociales al proceso político democrático. Pero es que aún en los Estados europeos que son modelo de constitucionalismo social, disposiciones tales como el principio de Estado social, o las normas constitucionales sobre derechos sociales prestacionales, son consideradas como disposiciones abiertas, incluso programáticas (Glendon, 1992). Las propias jurisdicciones constitucionales de esos países han estimado que esa normativa no elimina el amplio margen de competencias con que cuentan las autoridades político- representativas para llevar adelante sus programas de gobierno e interpretar las finalidades de políticas sociales presentes en las respectivas Cartas fundamentales. Así por ejemplo, la sentencia *Numerus Clausus*, del año 1972 (BVerfGE 33, 303) del Tribunal Constitucional Federal Alemán, estableció el famoso principio de que los derechos que dependen de la actividad prestacional del estado, aunque no se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran, sin embargo, bajo la “reserva de lo posible”, en el sentido de lo que el ciudadano puede exigir en forma razonable de la sociedad; cuestión cuya determinación corresponde al legislador, quien tiene que atender también a otros intereses sociales y tener en cuenta los requisitos del equilibrio económico. En un sentido similar, la Corte Constitucional Italiana (2000) estableció que la norma del art. 38 de su Constitución, referida al derecho a la seguridad social, “deja plena libertad al Estado para escoger las formas, medios y estructura que estime más apropiada y eficiente para lograr los objetivos constitucionales allí señalado”. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Portugal (2010) ha señalado que el derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 63, n.º. 1 de la Constitución portuguesa, “entendido como un todo”, es un derecho de naturaleza esencialmente económica y social por lo que, en comparación con los derechos y libertades clásicos, está sujeto a un margen de configuración legislativa más amplio. Es a los legisladores a quienes incumbe hacer las ponderaciones necesarias que

garanticen la sustentabilidad del sistema y una justa distribución de los recursos. En España, finalmente, este criterio jurisprudencial ha alcanzado incluso a los aspectos prestacionales del derecho a la educación, que, dada su ubicación en la Constitución Política española, está garantizado no sólo como derecho social, sino como derecho propiamente fundamental (Tribunal Constitucional español, 1985; Martínez Estay, 1997).

Estas limitaciones también han sido reconocidas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así sucede con la doctrina del “margen de apreciación”, consagrada, entre otros casos, en la sentencia *Stec and others v. The United Kingdom* (2005). Esta doctrina consiste en que, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, este Tribunal reconoce a los Estados un amplio margen de apreciación en cuestiones relativas a medidas generales de estrategia económica o social. Debido a su conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, sostiene esta doctrina, las autoridades nacionales se encuentran, en principio, mejor ubicadas que el juez internacional para apreciar aquello que resulta mejor al interés público en cuestiones sociales o económicas. Por ello, el TEDH generalmente respeta sus elecciones de políticas, a menos que éstas sean “manifiestamente faltas de fundamento razonable”. Por otro lado, el mismo tribunal ha reconocido en su conocida sentencia *Airey v. Ireland* (1979), que “la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica”.

Como puede verse, esta aproximación deferente de la jurisprudencia europea sobre estado social y derechos sociales con las decisiones de oportunidad o conveniencia de las autoridades nacionales en materia político-social parece estar casi completamente ausente de los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios efectuados por el Comité PIDESC y la Corte Interamericana. Sin una clara base en los textos internacionales que dicen aplicar, estos organismos internacionales tienden a interpretar a los derechos sociales consagrados en los tratados a su cargo como beneficios sociales con un contenido de políticas concretas, que además tienen exigibilidad jurídica directa. De esta manera, se limitan sensiblemente las competencias de los órganos democráticos nacionales para adoptar sus decisiones de políticas en este ámbito, de otro modo completamente legítimas.

De ahí que, volviendo al proceso constituyente chileno en curso, resulte muy cuestionable que aquellos desarrollos de la Corte y del Comité PIDESC puedan incorporarse como parte de ese “derecho internacional” que la Convención Constitucional chilena deberá respetar de forma obligatoria al momento de redactar la nueva Carta Fundamental. Considerando, además, que la letra del art. 135 de la Constitución Política chilena se refiere a los “tratados internacionales” — y no al material de desarrollo antes mencionado —, al menos en lo formal, no parece haber lugar para una interpretación que considere como parte de las reglas limitativas de la labor de la Convención Constitucional, no sólo la letra de los referidos convenios internacionales, sino aquellos desarrollos doctrinarios contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana o las Observaciones Generales del Comité PIDESC que impliquen la imposición más o menos disimulada, en nombre del derecho internacional de los derechos humanos, de un determinado modelo o perspectiva de desarrollo social.

Sin embargo, otros límites sustanciales al proceso constituyente chileno, también derivados del derecho internacional de los derechos humanos, sí podrían influir en la materia estudiada, aunque en otro sentido.

Los límites sustanciales al proceso constituyente en materia de derechos y libertades, y su relación con el modelo económico y social de una nueva Constitución

Recordemos que, además de la estrecha relación entre la disponibilidad de recursos y la posibilidad de implementar las políticas sociales, otro problema que afecta a los derechos sociales prestacionales es el que las decisiones que deben adoptarse a su respecto para hacerlos efectivos, están y deben estar indudablemente coloreadas por apreciaciones de oportunidad o conveniencia, que ningún juez podrá aquilatar adecuadamente. Si, como hemos visto, esta condicionante es respetada aún en los más prestigiosos estados de constitucionalismo social, ello quiere decir que, cualquiera sea el modelo socioeconómico que la futura Convención Constitucional desee consagrar en una nueva Constitución —sea un Estado social o un Estado subsidiario—, esa eventual nueva Constitución Política no podría impedir el libre juego de ideas y la alternancia democrática entre distintas visiones de lo político y lo justo social, tal como tampoco lo hace el actual principio de estado subsidiario de la Constitución Política de 1980. Lo anterior se refuerza con las protecciones del art. 135 relativas al carácter republicano y democrático que debe respetar la forma de gobierno establecida en la eventual nueva Carta fundamental, y la protección expresa de los derechos políticos que garantizan el principio de alternancia democrática¹⁴.

Pero, además, sabemos que ni aún con la excusa de establecer el mejor sistema económico social, la Convención Constitucional podría aprobar una Constitución Política que restrinja los derechos esenciales a la persona humana consagrados en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, entre los que destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, y, con la excepción del art. 26, la integridad del articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto reviste especial interés porque, aún sin una consagración expresa de un principio de subsidiariedad, la normativa internacional de derechos humanos garantiza de igual manera los derechos y principios relacionados con el Estado subsidiario hoy consagrado en la Constitución Política vigente, que garantizan la libertad y autonomía de la persona y los grupos intermedios de la sociedad, frente al Estado.

¹⁴ Así por ejemplo, el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; o el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Conclusiones

Estimamos, en consecuencia, que el principio de subsidiariedad actualmente vigente en la Constitución Política de 1980, si bien impide la actividad monopólica del Estado en materia de políticas sociales, no se opone a una mayor participación del Estado en este ámbito, incluso mediante políticas públicas con fuerte financiamiento estatal. Por otro lado, el derecho internacional de los derechos sociales ratificado por Chile y que se encuentra vigente tampoco establece un determinado entendimiento de los derechos sociales, que deba limitar jurídicamente la decisión que adopte la Convención Constitucional en relación al modelo sociopolítico que quiera consagrarse en una futura Carta fundamental. Por tanto, desde la perspectiva de lo establecido en el art. 135 de la Carta fundamental chilena, la Convención Constitucional mantiene plena libertad para mantener en la nueva Carta fundamental un modelo de Estado subsidiario, avanzar hacia un principio de Estado social o innovar en otro sentido, así como para establecer derechos sociales prestacionales y su contenido.

Sin embargo, del precitado art. 135 de la Carta fundamental sí pueden desprenderse límites sustanciales de otra naturaleza, que se relacionan con los derechos civiles y políticos, y los principios republicanos y democráticos. Ellos impiden a la Convención Constitucional aprobar una futura Carta fundamental que, consagrando un entendimiento específico de los derechos y políticas sociales, impida la alternancia democrática en favor de distintas visiones de lo justo social. Por otro lado, esas mismas normas previenen que, con la excusa de establecer un determinado modelo político o social, la nueva Constitución vulnere los valores básicos defendidos por el actual principio de subsidiariedad, que dicen relación con los derechos, libertades y autonomía de las personas y los grupos intermedios de la sociedad.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta.
- ATRIA, F. 2014. *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*. Santiago de Chile, Universidad de Chile.
- BERTELSEN, R. 1987. Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile. In: *Revista Chilena de Derecho*, **1**(1):49-62.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2019. Acuerdo por la Paz y la nueva Constitución". Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf. Acceso em: 08/02/2021
- CEA, J. 1988. *Tratado de la Constitución de 1980. Características Generales. Garantías Constitucionales*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- CEA, J. 1983. Garantías Constitucionales en el Estado Social de Derecho. *Revista Chilena de Derecho*, **10**(1):7-19.
- DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA. 2019. Protección del derecho a la vida e integridad física y psíquica frente a la denegación de cobertura de medicamentos. Disponible em: [http://decs.pjud.cl/apertura-coleccion-juridica-proteccion-del-derecho-a-la-vida-e-](http://decs.pjud.cl/apertura-coleccion-juridica-proteccion-del-derecho-a-la-vida-e)

[integridad-fisica-y-psi-quica-frente-a-la-denegacion-de-cobertura-de-medicamentos/](#). Acesso em: 08/02/2021

EL MOSTRADOR. 2020. "Coronavirus: los 10 países que más han gastado en enfrentar la pandemia y cómo se ubica Chile y el resto de América Latina", Santiago de Chile, 19 mai. Disponível em: <https://www.elmostrador.cl/dia/2020/05/19/coronavirus-los-10-paises-que-mas-han-gastado-en-enfrentar-la-pandemia-y-como-se-ubica-chile-y-el-resto-de-america-latina/>. Acesso em: 2 fev. 2021.

MÉNDEZ, L. 2020. "México, Chile y Costa Rica en el podio de la carrera por la vacuna en América Latina". FRANCE 24. Disponível em: <https://www.france24.com/es/am%C3%A9rica-latina/20201224-covid19hoy-vacunas-latinoamerica-covid19-chile>. Acesso em: 2 fev. 2021.

FERMANDOIS, A. 2001. *Derecho Constitucional Económico I: Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*. 2. ed. Santiago de Chile, Ediciones UC.

FERMANDOIS, A. 2014. El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In: J. GARCÍA (Org.). *¿Nueva constitución o reforma?: Nuestra propuesta, evolución constitucional*. Chile, Thomson Reuters, p. 213–242.

FIGUEROA, R. 2019. El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile. In: M. MORALES y L. CLÉRICO (eds.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, p. 449–484

GARCÍA, G.; CONTRERAS, P. 2014. *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago de Chile, Tribunal Constitucional de Chile.

GUZMAN, J. 1990. Discurso del Senador Jaime Guzmán. Disponível em: <https://bit.ly/3aEnODQ>. Acesso em: 08/02/2021

GLENDON, M. 1992. Rights in Twentieth-Century Constitutions. *The University of Chicago Law Review*. 59 (1): 519–538.

JORDÁN, T. 2020. Del Estado subsidiario a un modelo "en perspectiva social". In: T. JORDÁN; P. FIGUEROA (Org.). *In: 7 propuestas para la Nueva Constitución de Chile*. Santiago de Chile, Usach, p. 19–49.

MARTÍNEZ, J. 1997. *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*. Barcelona, Cedecs.

MEDINA C. 2005. Las Obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Org.). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo : 1979-2004*. 1. ed. San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 209–270.

NOGUEIRA, H. 2009. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios Constitucionales*, 7(2):143–205.

OTTO Y PARDO, I. 1989, *Derecho constitucional*. Barcelona, Ariel Derecho.

PEREIRA, A.C. 2016. *Lecciones de Teoría Constitucional y otros escritos*. 1a. ed. Santiago de Compostela, Andavira.

PEREIRA, A.C. 2010. *Política y Derecho*. Santiago de Chile, Abeledo Perrot.

POYANCO, R. 2017. Derechos sociales y políticas públicas: el principio de progresividad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XXIII: 327–347.

POYANCO, R. 2020. "¿Puede la futura "Convención" transformarse en una "Asamblea" Constituyente?". *El Mercurio Legal*, Santiago de Chile, 22 out. Disponível em: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2020/10/22/Puede-la-futura->

Convencion-transformarse-en-una-Asamblea-Constituyente.aspx. Acceso em: 5 fev. 2021. (link bajo suscripción de pago).

ROSENKRANTZ, C.F. La pobreza, la ley y la constitución. Disponible em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=yls_sel

Acesso em: 13/01/2014.

SALMÓN, E.; BREGAGLIO, R. 2014. Estándares Jurisprudenciales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano. In: L. BURGORGUE-LARSEN; A. MAULÉS; B. E. SÁNCHEZ (Org.). *Derechos Humanos y Políticas Públicas*. Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, p. 383-444.

SAN FRANCISCO, A. 1992. Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980. *Revista Chilena de Derecho*, **19**(3):527-548.

SCHICKENDANTZ, C. 2001. El principio de subsidiariedad en la Iglesia: Breve historia, discusiones recientes y campos de aplicación práctica. *Teología y vida*, **42**(3):280-291. doi:10.4067/S0049-34492001000300003.

SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 2018. Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República (Boletín N° 11.617-07). Disponible em:

<https://svconstitucional.senado.cl/assets/documentos/mensaje.pdf>. Acceso em: 09/02/2021

SILVA, A.; SILVA, M. 1997. *Tratado de derecho constitucional. Tomo IV. La constitucion de 1980. Bases de la institucionalidad, nacionalidad y ciudadanía, justicia electoral*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

SOJO, A. 2011. Condiciones para el acceso universal a la salud en América Latina: derechos sociales, protección social y restricciones financieras y políticas. *Ciênc. saúde coletiva*, **16**(6):2673-2685.

SOLARI, E. 1993. Recepción en Chile del Estado social de derecho. *Revista Chilena de Derecho*, **20**(2):333-344.

SOTO, E. 1986. Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiaridad. *Revista de Derecho Público*, **39/40**: 32-49. doi:10.5354/0719-5249.1986.43680.

TEIJO, C. 2010. La Tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en el Sistema Interamericano: Evolución y Tendencias. In: E. REY; P. CALVO, (Org.). *200 años de Iberoamérica (1810-2010) Congreso Internacional. Actas del XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*. Santiago de Compostela 15-18 de septiembre de 2010. Disponible em: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531629/document> . Acceso em: 08/02/2021. p. 2321-2336.

VIERA, C. 2014. Estado Social como fórmula en la Constitución chilena. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, **21**(2):453-482. doi:10.4067/S0718-97532014000200014.

VIVANCO, A. 2010. Justicia Constitucional, Libre Elección en Materia de Salud y Normativa sobre Isapres: un Comentario a la Reciente Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, **37**(1):141-162.

WALDRON, J. 2005. *Derecho y desacuerdos*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 07/01/09, caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, serie C 198.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31/08/2017, caso Lagos Del Campo vs. Perú, Serie C 340.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/02/2003, caso Cinco Pensionistas vs. Perú, Serie C 98.

Poyanco Bugueño | El Derecho Internacional de los derechos sociales, el proceso constituyente chileno, y la opción entre un modelo de Estado social o un Estado subsidiario

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23/08/2018, caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, Serie C 359.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 06/03/2019, caso Muelle Flores vs. Perú, Serie C 375.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24/08/10, caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, serie C 214.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 08/03/2018, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, serie C 349.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 05/02/2001, caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, serie C 73.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 27/03/1990, caso Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú (nº. 12.670).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 06/07/2005, Stec and others v. The United Kingdom, App. nos. 65731/01 y 65900/01.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 09/10/79, Airey v. Ireland, App. 6289/73

Tribunal Constitucional Federal Alemán, 1972, BVerfGE 33, 303 (sentencia "Numerus Clausus"), 1972.

Tribunal Constitucional de Italia, 02/03/00, Sentencia 36/2000

Tribunal Constitucional de Portugal, 01/06/10, Sentencia 3/2010

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol 229, de 1995

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol 352, de 2002

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol 1710, de 2010

Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia de los expedientes nros. 00050-2004-AI 00051-2004-AI 00004-2005-AI 00007-2005-AI 00009-2005-AI, de 2005

Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-313/14, de 2014.

Submetido: 09/02/2021

Aceito: 14/10/2022