

# ALGUNOS COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 976/2008<sup>1</sup>

TOMÁS JORDÁN DÍAZ\*

## 1. INTRODUCCIÓN

Hablar sobre derechos fundamentales sociales (DFS) es, desde su inicio, una provocación y una complejidad. Estamos hablando de una categoría de derechos que no deja indiferente a nadie, que aporrea a los tradicionalistas del derecho constitucional y que esperanza a quienes tratan de reconceptualizar los viejos esquemas. Lo anterior creo que es plenamente aplicable a cualquier comentario que se pueda hacer a la STC 976/2008, que resolvió declarar inconstitucional el art. 38 ter de la Ley de ISAPRES (Ley N° 18.933) por vulnerar el art. 19 N° 2 (discriminación arbitraria) y N° 9, en lo referente a la libertad de elección del sistema.

La visión clásica nos ha tratado de convencer que el estadio de constitucionalidad constitucional solo está vinculado a la limitación del poder y a la consagración de aquellos derechos del constitucionalismo liberal (derechos de libertad clásicos), donde el resto de las categorías quedan en un rango infraconstitucional por una aplicación arbitraria de una regla de exclusión. Solo es posible radicar en una Constitución aquello que la tradición constitucional considera que es parte de ella, impidiendo cualquier esfuerzo por permear este núcleo infranqueable. Lo anterior nos habla más bien de una matriz mental inamovible, que se sitúa en una posición autodefensiva (autotutela), donde todo aquello que no responda a dicha matriz queda automáticamente fuera de la órbita constitucional.

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Magíster en Ciencia Política, Universidad de Chile. Diploma y Magíster en Derecho Público, mención Derecho Constitucional, Universitat Autònoma de Barcelona. Profesor de Teoría Política y Derecho Constitucional Universidad Alberto Hurtado y de Teoría Constitucional, Universidad Andrés Bello.

<sup>1</sup> El siguiente comentario es una versión levemente modificada de la ponencia presentada en el coloquio "Diálogo sobre la sentencia del Tribunal Constitucional en relación a la llamada Ley de ISAPRES", realizado en la Universidad de Viña del Mar el día 24 de septiembre de 2008.

Paralelamente, nos enfrentamos a un segundo elemento de complejidad de los derechos sociales (DES), que incluso es anterior, y ello está relacionado con el carácter o no de derechos. Ello responde también a matrices mentales predeterminadas que, basándose en categorías kelsenianas, solo considera de derecho aquellas construcciones de enunciados normativos que contienen una sanción específica. Si un derecho no va aparejado de una sanción, dicha estructura no será derecho, sino un mandato al legislador, una norma programática u cualquier otra conceptualización (carencia de eficacia).

Además, está el problema sobre el rol del Estado. Las posturas tradicionalistas abogan por una neutralidad o inacción estatal, alterando dicha construcción teórica cualquier conceptualización que movilice al Estado de tal pétreo ubicación (de ahí deriva la crítica relativa a la carencia de auto-aplicabilidad de los DES).

Frente a esta posición clásica se configura una perspectiva que considera a los derechos sociales parte del estadio constitucional y que estima que los DFS son propiamente derechos y que estos derechos están constituidos por una esfera de libertad u otra de prestación, donde el rol del Estado no es rígido sino flexible. La acción u omisión estatal está condicionada al tipo de derecho de que se trata, y su grado o intensidad de participación variará según esta variable.

El orden constitucional no es un nivel estanco, pétreo, sino que es reflejo de una realidad histórica-socio-política, de modo que los derechos que se incorporan a un texto fundamental están relacionados principalmente al acuerdo social que opta, bajo la deliberación democrático-reflexiva del poder constituyente (originario o derivado), qué derechos se ordenarán en el texto constitucional, y cuál será el grado de tutela de ellos.

Así, las conceptualizaciones preconcebidas sobre lo constitucional y sus grados de tutela pierden su sustento, pues, no parten del supuesto anterior esencial referido a que la constitución es expresión de un proceso de deliberación, donde las diversas ideas sobre cómo organizar y limitar el poder y la consagración de derechos, radica en el sujeto político.

Lo anterior va estrechamente ligado a la conceptualización de lo que es derecho. El criterio anterior nos indica que la sanción o tutela de un derecho está en directa relación con una decisión política que decide qué derechos y de qué forma se sancionará su incumplimiento. Siguiendo este examen, la sanción es más bien un elemento externo al derecho, que puede o no estar, pero que no altera la estructura de la norma jurídica en su carácter de derecho. El sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto de la norma existe, quedando como elemento ajeno la forma e intensidad de su cumplimiento<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> En este sentido, FERRAJOLI expresa que los derechos fundamentales contienen garantías primarias, consistentes en las expectativas negativas o positivas a la que corresponden obligacio-

Finalmente, y en cuanto al rol del Estado, este también no es posible situarlo bajo conceptualizaciones matriciales preestablecidas. Todo derecho, de libertad o prestación requiere de la acción del Estado, la diferenciación está en el grado o intensidad de su intervención. Así, a modo ejemplar, la libertad de expresión requiere del Estado para dar cabida a los grupos minoritarios en el sistema de partidos (financiamiento público de la política y en un sentido más concreto el acceso gratuito a la propaganda televisiva), o el ejercicio de los derechos políticos exigen de una participación relevante del Estado en el proceso electoral (Servicio Electoral, lugares de votación, financiamiento de los vocales de mesa, intervención de las Fuerzas Armadas, etc.). Con relación a los derechos sociales, la intervención del Estado está directamente vinculada al tipo de derecho que se trate, pues será distinta si nos referimos a la libertad de enseñanza, el derecho a la seguridad social, derecho a la protección de la salud o el derecho a la educación.

Ahora bien, todo lo anterior sirve de ordenación conceptual para poder examinar la STC 976/2008 en una dimensión abierta, flexible, permitiendo que las conceptualizaciones jurídicas se adecuen a los cambios en pro de la tutela de los derechos.

Bajo esta lógica, y a la luz de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia en comento, expondré sobre dos tópicos de la sentencia, pudiendo afirmar las siguientes hipótesis:

- a. El TC reafirma, no consagra por primera vez, el carácter de derechos fundamentales de los derechos sociales, y especialmente el derecho a la salud, pero para ello por primera vez efectúa una acabada construcción jurídica-explicativa de dicha fundamentalidad, recogiendo los principales aspectos teóricos de la teoría moderna de los DDFE.
- b. El TC plantea un cambio en la lógica de mirar las relaciones privada-contractuales, en razón que incorpora en ellas una dimensión de derecho constitucional, consagrando la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, particularmente el efecto de irradiación de los derechos.

Así, el trabajo expondrá reflexiones en el mismo orden en que las hipótesis fueron planteadas precedentemente.

---

nes (de prestación) o prohibiciones (de lesión), y *garantías secundarias* a la obligación de reparar el o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, en el caso de una violación a la garantía primaria. El autor señala que en los casos en que estamos frente a derechos (garantía primaria) pero en ausencia de la garantía secundaria no estamos ante la ausencia de derecho, sino ante una laguna que debe ser colmada por la legislación. Ver: FERRAJOLI, Luigi, "Derechos Fundamentales", en: FERRAJOLI, Luigi *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 26 y 45-52.

## 2. LA REAFIRMACIÓN DE LOS DES COMO DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

En la doctrina chilena, y como lo he señalado por otras vías<sup>3</sup>, la discusión en torno a la fundamentalidad o no de los derechos sociales (DES) ha sido bastante escasa. Lo anterior se puede deber, a *priori* y en abstracto, a tres motivos: que no hay duda sobre la fundamentalidad de los DES; que solo algunos derechos revisten tal calidad, y no hay incertidumbres al respecto; o que en nuestro país no se ha iniciado la discusión (o es una discusión traslapada) en torno a este tema. Creo que esta última va en el camino correcto.

En la doctrina nacional encontramos que Guzmán Errázuriz se pronunció contrario a conceptualizar los derechos sociales como derechos propiamente tales, y por ende, a su carácter de fundamental (pues si no son derechos, menos serán derechos fundamentales). A la luz de sus comentaristas<sup>4</sup>, el autor, haciendo un análisis de la Declaración Universal de los Derechos Humanos califica a los DES como meras pretensiones o aspiraciones sociales, dependiente de las capacidad económica de las sociedades particulares y no puede exigirse su cumplimiento ante los tribunales de justicia.

Ahora bien, estimo que en la Constitución chilena (CPR) no hay diferencias entre categorías de derechos y todos revisten el carácter de derechos fundamentales, pudiendo hablar de derechos fundamentales sociales (DFS).

La ubicación geográfica de los derechos en el artículo 19 no permite establecer alguna distinción jerárquica entre derechos. La reserva de ley en la CPR no está dispuesta bajo criterios que permitan afirmar la distinción (a modo ejemplar: se deben regular por ley orgánica la libertad de enseñanza, partidos políticos, concesiones minera, por ley de quórum la pena de muerte, el derecho a la seguridad social, libertad de expresión, y por ley ordinaria, la libertad de conciencia o el derecho de propiedad). Todos los derechos, de conformidad al art. 19 N° 26, tienen contenido esencial. La tutela reforzada para algunos derechos se extiende a derechos sociales de libertad (libertad de elegir el sistema de salud, libertad de trabajo, libertad de enseñanza, medio ambiente) y todos los derechos constitucionales requieren para su reforma un quórum de 2/3. De este modo, podemos afirmar que en la CPR hay equivalencia absoluta entre derechos constitucionales y derechos fundamentales<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> JORDÁN DÍAZ, Tomás Pablo, "La posición y valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución chilena", en: *Estudios Constitucionales*, año 5, N° 2, 2007, pp. 194-202.

<sup>4</sup> ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo *et al.* (eds.), *Derecho político, apuntes de clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1995, p. 148.

<sup>5</sup> Para el detalle de esta hipótesis, ver: JORDÁN DÍAZ, "La posición y valor jurídico...".

De igual manera, la jurisprudencia ha reafirmado este carácter de fundamentales de todos los derechos. La jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones así lo ha dispuesto<sup>6</sup>.

Ahora bien, la STC 976/2008 no establece por primera vez el carácter de *ius* fundamental de los derechos sociales, sino que ella viene a reafirmar esta calidad. La sentencia en comento lo que hace es disponer, con mayor densidad jurídica, una construcción jurídico-explicativa de su fundamentalidad, desde las bases de la institucionalidad hasta los derechos en concreto, recogiendo algunos aspectos de la teoría moderna de los DDFE.

Hablamos de una reafirmación con base jurídico-explicativa de fundamentalidad, pues hay sentencias anteriores del TC que han planteado el carácter de fundamentales de los DES pero de una manera menos densa, pero que fijaron los bases conceptuales de la STC 976/2008.

La STC 410/2004 sobre derechos educacionales es relevante. El TC, en los considerandos jurídicos 2º y siguientes, examina el derecho a la educación (derecho que establece el rol del Estado en la educación) y la libertad de enseñanza (derecho en que se consagra la autonomía individual en materia educacional) confiriéndoles la calidad de “derechos esenciales” equivalentes. Expresa el TC en su considerando jurídico 6º: “Que, entre los derechos esenciales aludidos se hallan, precisamente, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, asegurados a todas las personas, naturales y jurídicas, en el artículo 19 N°s 10 y 11 de la Constitución, numerales que, por su importancia para resolver lo planteado en el requerimiento, resulta necesario transcribir a continuación:...”.

La importancia de esta STC es que construye una armazón de tutela de los DDFE que será el antecedente de la matriz que fija en la sentencia sobre la ley de ISAPRE.

El TC considera a ambos derechos fundados en las bases del sistema institucional que la constituyen:

- a) La consagración del bien común como finalidad del Estado, especialmente la realización de la persona humana<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> SCAA de Valdivia 215/2004 (derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación); SCAA de Santiago N° 4743/2003 (derecho al honor); SCAA de Santiago N° 3421/2002 (negociación colectiva); SCAA de Valparaíso N° 251/2001 (derecho a la igualdad ante la ley), entre otras.

<sup>7</sup> C.j. 3º: “Que es base del sistema institucional, con la relevancia explicada, aquella contemplada en el artículo 1º inciso cuarto de la Constitución, es decir, que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías” que ella establece”.

- b) El deber del Estado con relación a la integración armónica de todos los sectores de la nación<sup>8</sup>.
- c) La garantía de una participación igualitaria en la vida nacional<sup>9</sup>.
- d) Además, señaló que de conformidad al inciso 2° del art. 5°, la soberanía tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo deber del Estado de respetarlos y promoverlos (c.j. 5°)<sup>10</sup>.

Por otro lado, la STC 977/2008 (enero de 2008), sobre seguridad social (c.j. 12°) brevemente establece que las deudas de cotizaciones de seguridad social tienen por objeto “sostener un sistema que cubre contingencias sociales de los trabajadores, llamada seguridad social, que la Carta Fundamental asegura como un derecho constitucional, en el numeral 18 de su artículo 19 y respecto del cual, garantiza que la acción del Estado debe permitir el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas”<sup>11</sup>.

Ahora bien, la STC 976/2008 profundiza los criterios de la STC 410/2004, y arma un razonamiento para la tutela de los DDDFF desde los fundamentos primarios del ordenamiento constitucional dispuesto en el art. 1 de la Constitución y su vinculación con los derechos del Capítulo 3. Lo que hace la sentencia es dotar a los DES de una armazón jurídico de tutela de mayor peso y fundamento constitucional.

Para ello, la ordenación jurisprudencial fija primeramente una matriz general de tutela de los DDDFF (c.j. 22° y siguientes). Ella está conformada por:

- a) La dignidad de la persona humana. Sobre ella se articula el ordenamiento constitucional chileno;

<sup>8</sup> C.j. 4°: “Que, igualmente, es base de las instituciones chilenas la prevista en el artículo 1° inciso quinto de la Carta Fundamental, según la cual “Es deber del Estado (...) promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar, con igualdad de oportunidades, en la vida nacional”.

<sup>9</sup> C. j. 3° y 4° antes transcritos.

<sup>10</sup> C.j. 5°: Que con idéntica jerarquía jurídica suprema y en perfecta armonía con lo expresado en los dos considerandos anteriores, el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental agrega que “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”.

<sup>11</sup> C.j. 12°: Que las deudas de cotizaciones de seguridad social tienen, en relación a las comunes, diferencias que esta Magistratura ha constatado y expuesto en varios fallos. (Así, por ejemplo, en las sentencias de 24 de abril de 2007, Rol N° 576 y de 5 de junio de 2007 Rol N° 519). Desde luego, la ley entiende que, cumplidas ciertas condiciones, el empleador que no entera las cotizaciones se apropia de dineros ajenos. En segundo lugar, estas deudas, a diferencia de otras, tienen por finalidad sostener un sistema que cubre contingencias sociales de los trabajadores, la llamada seguridad social, que la Carta Fundamental asegura como un derecho constitucional, en el numeral 18° de su artículo 19 y respecto del cual, garantiza que la acción del Estado debe permitir el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas;

- b) El bien común como fin del Estado.
- c) La obligación estatal de dar protección a toda la población, y asegurar la participación, con igualdad de oportunidades, en la vida nacional.

La dignidad, el bien común, la protección a la población y la garantía de participación igualitaria son comunes a todo derecho fundamental, de modo que estimo que la sentencia dispone como criterio de fundamentalidad de los derechos, el que todo el sistema de DDFF está instituido “desde” las bases de la institucionalidad.

Para el TC, tal es el argumento para establecer la idéntica posición y valor jurídico de los derechos sociales con el resto de los derechos constitucionales. Los constitutivos de la matriz se disponen como la médula basal y común a todos los derechos constitucionales, de modo que la tutela de un derecho social tiene como sustento el mismo modelo sistémico de derechos que cualquier derecho de libertad tradicional.

El ser humano está dotado de dignidad. Es un ser racional y autónomo, que merece un respeto irrestricto por el solo hecho de ser persona. Este respeto que se extiende internamente (autoconciencia) y externamente (reconoce a otros como distintos y merecedores de respeto), confiriéndole el TC el carácter de valor supremo del ordenamiento<sup>12</sup>.

Es esta dignidad la que activa los imperativos estatales de Bien común y la protección a la población y la garantía de participación igualitaria. La sentencia instituye los derechos fundamentales como parte de un sistema constitucional unitario, coherente, donde la tutela de los derechos está vinculada a la realización material de los sujetos (bien común), para lo cual el Estado es el obligado a remover los obstáculos que impidan una participación bajo parámetros igualitarios.

Podemos entender que para el TC el modelo constitucional estaría construido en la conciliación entre los valores de la libertad e igualdad, pues el Estado debe respetar las acciones individuales para el logro de tal realización, pero también debe proveer todos aquellos bienes y servicios necesarios en caso que las personas no puedan disponer por sí mismas de aquellos. Lo anterior se extiende a su obligación de regulación y fiscalización de aquellas actividades privadas que se vinculan directamente con determinados derechos fundamentales (en este caso el derecho a la protección a la salud), donde el Estado debe garantizar el efectivo goce del derecho constitucional<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> STC 797/2008 c.j. 21°, STC 825/2008 c.j. 24°, STC 829/2008 c.j. 24°.

<sup>13</sup> Señala la STC en su c.j. 39°: “Que, como consecuencia de lo afirmado, cabe concluir que las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos, el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19, Nº 9, de la

Por otro lado, la fundamentalidad de los derechos sociales viene dada por la confirmación que hace el TC de la supremacía constitucional. El c.j. 25°, dispone al examinar el art. 6 CPR: “Que, con sujeción al artículo 6°, inciso segundo, de la Constitución, todos los valores, principios y normas articulados en ella gozan de la supremacía que caracteriza a tal ordenamiento jurídico-político, rasgo del cual se sigue que ningún órgano estatal, persona, institución o grupo puede válidamente invocar otras disposiciones de ese texto, ni acudir a su contexto o espíritu para prescindir de tan importante obligación, reputarse eximido de acatarla o dejar de asumir los deberes inherentes a dicha supremacía”.

De esta forma, la sentencia fija que todos los enunciados normativos constitucionales son jerárquicamente superiores, con mayor fuerza normativa que el resto del ordenamiento jurídico y fuente de derecho de este<sup>14</sup>. Todo derecho constitucional es normativamente superior, por lo que la consagración de los DES en el texto supremo, debe tener igual criterio aplicativo que cualquier otro derecho consagrado. Tal imperativo que rige tanto para los poderes públicos como para los particulares.

### 3. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DES Y LA CONFLICTUALIDAD CON EL CONSTITUCIONALISMO TRADICIONAL

Bajo esta matriz general y principio de supremacía de la norma fundamental, el tribunal ha dado un reconocimiento a los DES como derechos naturales anteriores al Estado<sup>15</sup>, erróneamente les da un carácter único como derechos de prestación<sup>16</sup> (no extiende su configuración como dere-

---

Constitución, precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa, con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole”.

<sup>14</sup> En este sentido, ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª edición, Navarra, Thomson-Cívitas, 2006, pp. 55-67; DE OTTO, Ignacio, *Derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 14-17.

<sup>15</sup> C.j. 24°: “Que, en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, se articula el sistema constitucional chileno, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5°, inciso segundo, los órganos públicos y privados, en ejercicio de la competencia y facultades, respectivamente, que les han conferido la Constitución y la ley, no solo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos”.

<sup>16</sup> C.j. 26°: “Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica...”



chos de libertad y prestación), y les ha reconocido un contenido esencial<sup>17</sup>.

Igualmente, el TC reconoció que los DDFF tiene una dimensión objetiva, que no son meros derechos subjetivos. Los derechos fundamentales tienen cierto contenido normativo que obliga a que todos los poderes públicos a realizarlos, debiendo llevar a cabo acciones que permitan su pleno y efectivo cumplimiento (poderes públicos como garantes de los DDFF). Como segundo elemento, tenemos el efecto de irradiación de los derechos, lo cual conlleva que los DDFF fundamentales se ordenan como principios superiores del ordenamiento jurídico, informando a toda la organización jurídica y política<sup>18</sup>.

Considero que el problema se presenta al razonar en torno a quienes son los irradiados. Si nos situamos en un ordenamiento jurídico donde la teoría de los derechos fundamentales se dispone como una teoría en contra del Estado (doctrina clásica europea continental), es claro que la irradiación será con relación a todos los poderes públicos que por mandato de la Constitución deben tutelar los DDFF, y donde la horizontalidad solo se presenta de un modo indirecto.

Pero en el caso chileno y por expresa mención del artículo 6, inciso 2º, la irradiación de la CPR es directa. La supremacía constitucional no es solo un imperativo para los poderes públicos, sino que directamente vincula a “toda persona, institución o grupo”<sup>19</sup>. Todos los sujetos obligados por la norma están compelidos a respetar, en sus actuaciones particulares y en sus relaciones con el Estado, la normativa constitucional. Ello sitúa una construcción del ordenamiento jurídico de manera concéntrica, estando al centro de este esquema la CPR, pero cuyo contenido se expande a las diversas áreas o campos jurídicos, produciéndose relaciones multidimensionales entre el texto fundamental y los campos jurídicos específicos.

Así, en las relaciones entre particulares se hace necesario situarlas como relaciones de fundamentalidad. Ello dice relación con que en las actuaciones basadas en la autonomía de la voluntad, y por expreso mandato de la CPR, las partes deben respetar los DDFF y también del resto de los terceros directa o indirectamente afectados. Esto se expresa con mayor claridad en el ámbito de los derechos sociales, donde las relaciones están marcadas en un sistema mixto de libertad individual y un rol preponderante del Estado. Así, en las

<sup>17</sup> C.j. 30º: “Que si bien la doctrina y jurisprudencia comparadas han señalado que los derechos sociales requieren la concretización legal de su contenido, también han realizado que la Constitución establece, en relación con ellos, un núcleo esencial, indisponible por el legislador...”.

<sup>18</sup> BASTIDA FREIJEDO, Francisco *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 50-54.

<sup>19</sup> Expresa el art. 6º, inciso 2º: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

relaciones laborales, educacionales o de salud, entre otras, la CPR reconoce el derecho a elegir entre un sistema privado o un sistema público. Ambos tipos de relaciones son constitucionales y de derechos fundamentales.

La complejidad está dada principalmente en las relaciones de carácter privado, pues aquí se verá claramente cuál es la posición jurídica del sujeto que examina la relación. Un representante del constitucionalismo tradicional señalará que en las relaciones privadas no hay irradiación que cuente, y por ende, la libertad constitucional tiene como límite la facultad de elección, pero una vez elegido el sistema privado la relación se rige por criterios de derecho privado.

Lo anterior no es una posición correcta, ya que en toda relación de origen constitucional (como todos los casos mencionados) la relación tienen una doble dimensión: una privada y otra pública. El contenido de la relación privada está directamente vinculado a un derecho fundamental social, por lo que la regulación por medio de un contrato, es una normación privada de DDF. Es necesario distinguir entre el contenido material de la relación (derecho constitucional) y la forma o vía de cumplimiento de ese derecho (vía contractual). Al examinar una relación privada, sobre todo sobre DES, debemos vislumbrar la *ius* fundamental de esta, pues el contenido y desarrollo de la relación está afectada por dos ámbitos, el privado y el público, no pudiendo primar una sobre otra, sino que impone un deber de conciliación entre el respeto a la autonomía de la voluntad y el parámetro constitucional.

Creo que la STC recoge este sentido señalando en su c.j. 34° que el principal obligado a la tutela de los DDF es el Estado, pero que junto a él, tal obligación recae en los particulares. El TC erróneamente habla de subsidiariedad en el deber de respeto y promoción de los particulares, pues lleva a confusión con el principio de subsidiariedad estatal (Estado subsidiario, no la persona)<sup>20</sup>. Afirmo que la obligación, y fundados en el inciso 2° del art. 6, es una obligación igualitaria entre el Estado y el particular, no existiendo un deber primario del Estado y secundario del privado.

Bajo esta lógica, el TC desarrolla su teoría de la irradiación del derecho fundamental a la protección de la salud al contrato, indicando que las normas que regulan los contratos deben ser interpretadas y aplicadas masificando el disfrute real y pleno del 19 N° 9. Expresa el TC: “Que, como

<sup>20</sup> C.j. 34°: “Que, aplicando dicho criterio de hermenéutica constitucional y siendo la Carta Fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no solo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos”.

consecuencia de lo afirmado, cabe concluir que las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos, el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19, N° 9, de la Constitución, precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa, con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole<sup>21</sup>.

La sentencia sostiene que en las convenciones particulares no pueden alterarse el deber de respeto y amparo de los DDF<sup>22</sup>, pues el contrato de salud tiene un fundamento en la Constitución, erigiéndose y desenvolviéndose sobre una base cierta de jerarquía constitucional y de orden público<sup>23</sup>. Lo anterior lo sintetiza en el c.j. 56°, estableciendo “que el efecto de irradiación del texto, contexto y espíritu de la Constitución en el contrato celebrado entre la requirente y requerida en el caso concreto y singular *sub lite* significa que, tanto las normas legales como las administrativas o las estipulaciones contractuales, tienen que ser interpretadas y llevadas a la práctica en armonía con el reconocimiento y tutela del derecho a la protección de la salud, asegurado en aquella”<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> C.j. 39°.

<sup>22</sup> C.j. 40°: “Que el deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza. Sostener lo contrario implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia, interpretación que, a la luz de lo ya explicado, se torna constitucionalmente insostenible”.

<sup>23</sup> C.j. 44°: “Que, al tenor de lo que se ha demostrado, resulta nítido que el contrato de salud se erige y desenvuelve sobre una base cierta de jerarquía constitucional y de orden público, cualidades que presuponen su incorporación y vigencia en toda convención de esa especie”.

<sup>24</sup> La tesis contraria a lo sostenido en este trabajo se expresa en el c.j. 17° del voto disidente (Colombo, Bertelsen y Correa), que sostiene: Que, a mayor abundamiento, acoger el presente requerimiento implica alterar un contrato libremente pactado, modificando su valor o precio, el que ha sido establecido por una de las partes, en conformidad a la ley. La modificación del precio de un contrato implica, como lo ha declarado esta Magistratura, afectar el derecho de propiedad de los contratantes. Como tuvo oportunidad de establecer en el considerando 67° de la sentencia de fecha 10 de febrero de de 1995, (causa rol 207) “... la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar solo algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5°, 6° y 7°, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Esa confianza se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquellas con las cuales quien los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. La certeza jurídica ponderada en esa oportunidad por esta Magistratura naturalmente no solo se puede ver afectada cuando es el legislador quien altera las cláusulas de un contrato válidamente celebrado”.

Lo afirmado por el TC obliga a cambiar el eje de la estructura de las relaciones de DDFF. El modelo de derechos, como un modelo de defensa contra el Estado, debe dar paso a un modelo de defensa del derecho con un sujeto pasivo múltiple. El núcleo de la relación del sistema de derechos fundamentales no es el sujeto vulnerador, sino el sujeto protegido, de modo que el ordenamiento debe proteger independiente de quien sean el sujeto vulnerador (el Estado o un privado). El objeto es la tutela del derecho, cualquiera sea la forma y el titular de la vulneración. Se debe utilizar un criterio expansivo de tutela.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BASTIDA FREIJEDO, Francisco *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, 235 pp.
- FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales", en: FERRAJOLI, Luigi *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 19-56.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª edición, Navarra, Thomson-Cívitas, 2006.
- DE OTTO, Ignacio, *Derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 2001.
- JORDÁN DÍAZ, Tomás Pablo, "La posición y valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución chilena", en: *Revista Estudios Constitucionales*, año 5, N° 2 (2007), pp. 185-204.
- ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo *et al.* (eds.), *Derecho político. Apuntes de clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1995, 147 pp.