



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Programa de Doctorado en Derecho

**EL MÍNIMO VITAL COMO PRINCIPIO JURÍDICO DERIVADO DE LOS
DERECHOS A LA VIDA, IGUALDAD, LIBERTAD Y DIGNIDAD
HUMANA Y LOS PROBLEMAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN
CHILE**

Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho

Tesista

Rodrigo Monteiro Pessoa

Director

Dr. Francisco Soto Barrientos

Santiago, diciembre 2017

INTRODUCCIÓN

1 Preliminares

En la actualidad, el mínimo vital es un tema trascendente que encuentra sustento dogmático en diversos ordenamientos jurídicos europeos (e.g., Alemania, Portugal, España) y latinoamericanos (e.g., Brasil, Colombia). Sin embargo, la escasa y poco sistemática forma en que este tema ha sido abordado en aquellos ordenamientos ha llevado a una amplia gama de interpretaciones, que ha conducido a una tutela débil de este principio jurídico.

Desde que surgieron en la doctrina y la jurisprudencia de aquellos países las primeras manifestaciones sobre la existencia de un mínimo vital, muchas teorías intentaron explicar su origen, definición y consecuencias.

En este trabajo, se parte de la premisa de que el Estado Social y Democrático de Derecho, que tiene por una de sus principales características la alianza entre Estado y sociedad, persigue el bien común¹ y, como consecuencia, debe garantizar condiciones mínimas para la existencia digna de las personas.

¹ GARCÍA PELAYO, M. 1987. Las transformaciones del Estado contemporáneo, 2ª edición. Madrid, Alianza Editorial, p. 18.

Consecuentemente, un Estado Social y Democrático de Derecho requiere organizarse adecuadamente para auxiliar de manera efectiva a la sociedad en la persecución del bien común, en la promoción de los derechos fundamentales y una real tutela del mínimo vital.

La forma de Estado es fundamental en la garantía del mínimo vital. Tal y como lo establece De Vergottini, “por ‘forma de Estado’ se entiende el conjunto de elementos que caracterizan globalmente a un ordenamiento referido en particular a las finalidades planteadas como objetivos de acción de los órganos constitucionales. Empero caen dentro de su ámbito también los consiguientes criterios relativos a la disciplina del Estado-comunidad, al papel del individuo y de los grupos y los relativos al Estado-aparato y a sus modalidades de intervención.”²

En nuestra investigación, a diferencia de la doctrina clásica italiana³, que ve en la comparación constitucional una forma de cotejar la forma de Estado con la forma de gobierno, adoptaremos la teoría de Böckenförde, que vincula la teoría de los derechos fundamentales con la

² DE VERGOTTINI, G. 2004. Derecho constitucional comparado, traducción de Claudia Herrera. México (D.F), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 89 y 90.

³ Ver BISCARETTI DI RUFFIA, P. 1975. Introducción al Derecho Constitucional Comparado, las formas de Estado y las formas de gobierno. México, Fondo de Cultura Económica, pp. 13 a 40. DE VERGOTTINI, G. 1985. Derecho Constitucional Comparado, traducción e introducción por Pablo Lucas Verdú, 2ª edición. Madrid, Espasa-Calpe S.A., pp. 67 a 85.

forma de Estado.⁴ Para Böckenförde, además, el debate constitucional actual reconoce la existencia de varias teorías de derechos fundamentales, que descansan en distintas ideas de Estado, pero que pugnan con las demás, aunque existan definiciones explícitas en el texto constitucional, en un mismo ordenamiento jurídico.⁵

La construcción del Estado en Europa se da por la práctica recogida por el debate doctrinal, y esta es la razón por la cual es importante en nuestro trabajo la evolución de la forma de Estado, porque demostrará cómo este desarrollo está relacionado con la teoría de los derechos fundamentales, y permitió surgir una teoría sobre el mínimo vital.

El modelo Europeo, que post Segunda Guerra Mundial avanzó hacia un Estado Social y Democrático de Derecho, permitió una mayor participación del ente público en la vida social con miras a la persecución del bien común y a la tutela de los derechos fundamentales.⁶ Estos elementos de participación e intervención para cumplir las finalidades del ente estatal son características que identifican gran parte de los modelos de Estado europeo, y que igualmente se proyectan en modelos de Estado

⁴ BÖCKENFÖRDE, E. 1993. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Prólogo de Francisco J. Bastida. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Vallaverde Menéndez. Baden-Baden, Nomos, p. 45.

⁵ *Ibidem*, p. 67 y ss.

⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. 2007. La administración del Estado Social. Madrid, Marcial Pons, pp. 17 y ss.

latinoamericanos, como es el caso brasileño, que será objeto de análisis en nuestra investigación.

A pesar de esta falta de sistematización del conocimiento relativo al mínimo vital, lo que en ocasiones puede llevar a confundirlo con otras instituciones jurídicas, existe en la doctrina un acuerdo mayoritario acerca del deber del Estado de tutelar el mínimo para la existencia digna.⁷ Este rol del Estado, es una premisa básica para el desarrollo de este trabajo. Este punto de partida, tiene en cuenta que el ente público es responsable por auxiliar a las personas en la búsqueda de la realización de los planes de vida subjetivamente valorados.⁸

Esta premisa, no obstante, no siempre se aplica de manera eficaz, incluso en aquellos países donde se configura un Estado Social y Democrático de Derecho. Esto se visualizó fácilmente con la reciente crisis del viejo continente, donde los resultados devastadores en materia de desempleo, migración por necesidad, escasez, e impactos económicos brutales en la economía nacional de muchos países europeos fueron muy evidentes.

⁷ Ver DE LAZARI, R. 2016. Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma Constitucional em face da realidade, 2ª edição – revista e atualizada. Curitiba, Juruá Editora, p. 98 y ss.; FREITAS BISPO, V. 2014. Direito fundamental à alimentação adequada: a efetividade do direito ao mínimo existencial e a reserva do possível. Curitiba (Brasil), Juruá Editora, p. 112; FRÓES OLIVEIRA, F. 2013. Direitos sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, p. 205 y ss.; BITENCOURT NETO, E. 2010. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, p. 127 y ss.

⁸ Ver SEN, A. 2000a. Desarrollo y libertad. Buenos Aires, Editorial Planeta Argentina SAIC, Capítulos 3 y 4.

Los ejemplos de Italia y Grecia⁹, España¹⁰ y Portugal¹¹, en la crisis europea demuestran que la discusión sobre el mínimo vital es actual y necesaria. Las decisiones que debían tomarse en situación de crisis pusieron en jaque el papel del Estado en la economía y en la tutela de derechos fundamentales. Como resultado, se cuestiona la no intervención en materia económica y la inercia del Estado en la mantención del núcleo mínimo de obligaciones en la defensa de los derechos fundamentales en todas sus dimensiones, justificado por la crisis económica que golpeaba a Europa. El camino adoptado por la inercia del Estado fue contrario a la protección de las personas y a la defensa del mínimo para una vida digna, a pesar de la existencia de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Es menester tener en cuenta, en todo caso, que la discusión sobre el mínimo vital igualmente se incluye en la teoría liberal moderna que defiende la construcción de mínimos, lo que evidencia la presencia de esta preocupación en diversas ideologías¹², aunque con rasgos distintos.¹³ Es decir que, la discusión acerca del mínimo para la vida digna

⁹ Portal Deutsche Welle, [en línea] <<http://www.dw.com/es/crisis-econ%C3%B3mica-est%C3%A1-generando-ola-de-suicidios-en-italia-y-grecia/a-15932067>> [consulta: 28 abril 2016].

¹⁰ Diario Público, [en línea] <<http://www.publico.es/actualidad/alarma-social-oleada-intentos-suicidio.html>> [consulta: 28 abril 2016].

¹¹ PÚBLICO Comunicação Social SA [en línea] <<https://www.publico.pt/sociedade/noticia/tentativas-de-suicidio-aumentam-com-a-cri-se-1579762>> [consulta: 28 abril 2016].

¹² Analizaremos esta teoría liberal en el capítulo 3 de nuestra investigación, basado en John Rawls, Jeremy Waldron y Joseph Raz.

¹³ Ver también la cuestión distributiva en el liberalismo del siglo XX en FRÓES OLIVEIRA, F. 2013. *Op. Cit.*, p. 105 y ss.

no es parte únicamente de una ideología socialdemócrata. Aunque, y como será objeto de estudio, el Estado Social y Democrático de Derecho fue el responsable de la evolución de la interpretación de los derechos fundamentales, que cimentaron las bases del tutelaje del mínimo vital.

Lo que no es posible, ya que se habla de mínimos en diferentes ideologías, es comprender que los modelos de Estado y las diversas teorías que se concretizan en su interior, promocionen el bien común tan sólo en periodos de abundancia e imaginar su abandono en periodos de crisis, justificando la imposibilidad de mantención del contenido mínimo para la vida digna por problemas financieros.

La economía es cíclica. Todos los países van a pasar a lo largo de su historia por periodos de abundancia y gran producción e inversión y luego caerán en el descenso y la crisis en mayor o menor grado. Es algo inevitable, pero que sí puede ser superado en menor tiempo, dependiendo de la adopción correcta de las políticas anticíclicas.

En momentos así, el papel del Estado es aún más importante, para formar un equipo de trabajo responsable y capacitado que pueda identificar los principales problemas que han llevado a la crisis económica y luego puedan adoptar las medidas necesarias para que los impactos sean los menores posibles y para que el país pueda abandonar esta fase económica para volver a la marcha del crecimiento y el progreso.

La preocupación mayor en materia jurídica en estos periodos de crisis es que se genera un corte en materia de derechos fundamentales, especialmente en su contenido prestacional. Y las consecuencias pueden ser nefastas, ya que la crisis económica puede ampliarse como una crisis política y social frente a la desprotección de los derechos.¹⁴

Es exactamente aquí donde entra el eje de nuestra tesis. Cada derecho fundamental consagrado en el sistema jurídico tiene por sí mismo un núcleo esencial. No obstante, el hecho de que los derechos tengan un contenido mínimo que no debe ser violado so pena de que no se lo reconozca más, no ha sido suficiente para mantener los derechos mínimos a la sobrevivencia digna de las personas. Y esto ha ocurrido con independencia de los periodos de crisis.

La violación de los derechos mínimos a la sobrevivencia importan en la privación de la propia vida, y el derecho a la vida no es negociable, porque su transgresión es irremediable. Este razonamiento, en un marco de protección del derecho a la vida y la dignidad humana, en la promoción de la libertad real y de la igualdad material en un escenario solidario, da origen a nuestra investigación.

¹⁴ ALIJA FERNÁNDEZ, R. 2013. "La transversalidad de los derechos humanos en las políticas públicas y su eficacia en periodos de crisis" En: BONET PÉREZ, J. y SAURA ESTAPA, J. 2013. *El Derecho internacional de los derechos humanos en periodos de crisis: estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid, Marcial Pons, pp. 50 y 51.

Ergo, nuestro objetivo es establecer una construcción jurídico-dogmática sólida, dentro del marco constitucional, que permita identificar al Estado como principal deudor del mínimo vital, y delimitar su naturaleza jurídica y su contenido, en cotejo con los derechos fundamentales, que conforman su materialización.

A partir de ahí, exploraremos la posibilidad de adaptación de esta construcción jurídico-dogmática en la realidad del ordenamiento jurídico chileno, que posterior al quiebre de la democracia y con la actual constitución vigente, vuelve a buscar la evolución de su modelo de Estado, que es activo y está al servicio de la persona humana en la persecución del 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, además de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (artículo 1° de la Constitución de la República de Chile de 1980).

La trascendencia del estudio constitucional que se realizará, para identificar los elementos pertinentes a la construcción del mínimo vital en Chile, se refuerza considerando el reciente informe del Consejo Ciudadano de Observadores para una Nueva Constitución (Chile - Decreto N° 36 de 2015), que dio cuenta de los resultados de los Encuentros Locales Autoconvocados (ELAs), en que las personas que participaron del proceso expresaron, con respecto al derecho a la vida,

entre otras cosas, que el Estado debe garantizar una vida digna, estudiando posibles soluciones ante la inexistencia de las condiciones aseguradoras de un bien vivir.¹⁵

El informe demuestra la presencia de un consenso social con respecto al derecho a la vida, que debe abarcar el derecho a una vida digna y la capacidad de desarrollar un proyecto de vida que no solo sea la supervivencia, sino el derecho a vivir en un país que proteja y otorgue las facilidades para desarrollar una calidad de vida aceptable, junto a los contenidos mínimos para que esto ocurra, lo que comprende también asegurar la integridad física y psíquica, y vivir en un medio ambiente libre de contaminación.¹⁶

La relevancia de esto es demostrar que la percepción ciudadana con respecto al contenido constitucional en Chile incorpora las condiciones mínimas de vida digna, y que el Estado debe hacerse cargo de esto cuando no exista la posibilidad de que las personas consigan los estándares mínimos por sí solas. Esta percepción apunta a que la forma de Estado no es algo que se declara en un texto normativo, solamente. Por ende, adecuar la dogmática jurídica para la realidad chilena representa la posibilidad de materializar el mínimo vital en este

¹⁵ ENCUENTROS LOCALES AUTOCONVOCADOS – FUNDAMENTOS. Comité de Sistematización – www.sistematizacionconstitucional.cl – enero de 2017, pp. 25 y 26. [en línea]
<https://www.unaconstitucionparachile.cl/informe_final_comite_sistematizacion.zip
> [consulta: 27 febrero 2017].

¹⁶ *Ibídem.*

ordenamiento jurídico, y consiguientemente, concretar la protección social con respecto al derecho a la vida y la dignidad humana.

2 Problema Jurídico

En la parte preliminar de la introducción indicamos que existe un papel del Estado moderno, que debe promover de manera activa la solidaridad y, de la misma manera, promover e institucionalizar los derechos fundamentales (en todas sus dimensiones).

En este papel activo del Estado, la protección de los derechos fundamentales proporciona una conexión con la realidad, que es inevitable si se quiere que el texto fundamental tenga correspondencia con las pretensiones de la comunidad política.¹⁷

Así, una de las preocupaciones de todos en la vida en comunidad siempre ha sido la posibilidad de sobrevivencia, y basado en esto, comienza a diseñarse el Estado de Bienestar, que garantiza una esfera de protección social frente a las contingencias que podrían llevar las personas a una situación de penuria.¹⁸

Dentro del concepto de bienestar, que surge como respuesta a las irregularidades del sistema capitalista de producción¹⁹, mucho se habló de la necesidad de prever las peores situaciones que podrían dejar a

¹⁷ BÖCKENFÖRDE, E. 1993. *Op. Cit.*, p. 40.

¹⁸ ESPING-ANDERSEN, G. 1993. Los tres mundos del Estado del bienestar. Valencia, Alfons el Magnànim, p. 03.

¹⁹ *Ibídem*, p. 03.

alguien sin capacidad para generar recursos con fines de mantenerse a sí mismo y a su familia, y de esta forma, salir de la caridad privada para que el Estado asumiera esta responsabilidad frente a los más débiles.²⁰

Dentro del propio liberalismo revisionista de la segunda mitad del siglo XIX, las posturas ideológicas defendieron la presencia del ente estatal intervencionista, ya sea en el utilitarismo de John Stuart Mill o en el solidarismo del intervencionismo keynesiano.²¹ Y, obviamente, se intensificó con el liberalismo del siglo XX que abogó por una cuestión distributiva de bienestar más allá del utilitarismo.²²

Desde ahí se proyecta la existencia de mínimos de sobrevivencia, que son ampliamente cuestionadas²³, pero que jamás dejaron de ser un argumento sobre el papel del Estado moderno y sobre la interpretación de los derechos fundamentales en todas sus dimensiones.

El problema es que el mínimo vital, actualmente tratado de manera dispersa y poco sistemática, dificulta la debida tutela por parte del Estado. Las discusiones sobre el papel del Estado en la garantía de los mínimos para una vida digna, para todas las personas y no solamente para los más débiles, como fue planteado en los sistemas de seguridad social del Estado de Bienestar, son fundamentales, principalmente frente a los

²⁰ PIZZOLATO, F. 2004. *Il minimo vitale: profili costituzionali e processi attuativi*. Milano, Giuffrè Editore, p. X.

²¹ CORTÉS GONZÁLEZ, J. C. 2009. *Derecho de la protección social*, primera edición. Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social, Bogotá, Legis, p. 32.

²² FRÓES OLIVEIRA, F. 2013. *Op. Cit.*, p. 105 y ss.

²³ Ver por ejemplo NOZICK, R. 1974. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford y también LUHMANN, N. 2007. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, versión española e introducción de Fernando Vallespín, cuarta reimpresión. Madrid, Alianza Editorial.

complejos escenarios que surgen en periodos de crisis o por falta de presupuesto.

Estos momentos son los que, en general, centran la discusión doctrinaria sobre el papel del Estado. Empero, el Estado actual, configurado con miras a la solidaridad, necesaria para alcanzar el desarrollo, no puede negar la garantía de protección y prestación de ciertos derechos mínimos que configuran el mínimo vital para la existencia digna, sea cual sea el momento económico en que se encuentre. La necesidad de proteger la subsistencia, el derecho a la vida, la dignidad humana, la libertad y la igualdad en un contexto de solidaridad son fundamentales para cualquier persona en cualquier época y situación.

En estos contextos críticos, que en general llevan a los países a justificar la ausencia de prestaciones sociales, por ausencia de presupuesto, se condiciona la tutela de los derechos fundamentales a la capacidad económica, y esto no es ideal.

Cuando se trata del mínimo vital es menester conocer su definición, naturaleza jurídica y contenido, para asegurar el debido amparo del Estado en cualquier tiempo, ya sea como defensa (prisma negativo) o a través de prestaciones fácticas, en los casos y ordenamientos posibles (prisma positivo).

Aún restan dudas acerca de si el mínimo vital es un nuevo derecho autónomo, si es un derecho innominado derivado de otros derechos ya positivados en los textos constitucionales, o si es una interpretación

jurídica que surge de otros derechos constantes en las Cartas Políticas modernas, configurándose como un principio jurídico. Esta configuración tiene profundas implicaciones en la fuerza argumentativa del mínimo vital y en su materialización por el ordenamiento jurídico. La fortaleza o debilidad del mínimo vital depende esencialmente de esta labor.

En Chile, existe una pugna interpretativa con respecto al modelo de Estado presente en la Constitución de 1980. En concreto, las interpretaciones que pugnan en este sentido generan un conflicto sobre el verdadero rol del Estado en la sociedad. Se argumenta sobre la existencia de un Estado mínimo o de un Estado activo. En este sentido, se tienen algunos argumentos a favor de su participación activa en la tutela del bien común, principalmente, en el artículo 1° de la Constitución vigente, además del sistema de protección social establecido en este mismo documento²⁴ y en leyes especiales.²⁵ Por otra parte, igualmente existen manifestaciones positivas con respecto a la interpretación de los derechos fundamentales en el sistema chileno, principalmente en casos de demandas prestacionales contra el Estado.²⁶ Estos antecedentes permiten avanzar hacia una tesis de defensa de la tutela del mínimo vital por parte del Estado.

²⁴ Artículo 19, N° 9 y N° 18 de la Constitución Chilena de 1980.

²⁵ Principalmente, Decreto Ley N° 3.500 de 1980 en materia de pensiones, Ley N° 20.255 de 2008 en las prestaciones del pilar solidario como forma de asistencia social, y la Ley N° 18.469 en materia de salud, entre otras.

²⁶ Por ejemplo RONCONI, L. 2015. "Derechos sociales e igualdad: el rol de los tribunales de justicia". *En*: SQUELLA, A. y ARRIAGADA, M. (org.) *Sobre los Derechos Sociales*. Revista de Ciencias Sociales, Número Especial, Valparaíso (Chile), Universidad de Valparaíso.

Por las razones precedentes sostenemos que es fundamental sistematizar la doctrina en concordancia con los aspectos jurídico-dogmáticos, del sistema chileno, para sustentar de manera adecuada la tutela del mínimo vital.

3 Objetivos

El objetivo principal de esta investigación es demostrar que es posible reconocer en Chile la existencia del mínimo vital como principio jurídico, aunque de forma limitada y precaria, ya que para que el mínimo vital pueda ser debidamente protegido en este sistema jurídico, habrá la necesidad de cambiar la estructura de la Constitución, de forma a permitir una mejor tutela de los derechos fundamentales.

Objetivos específicos:

- i. Analizar la evolución de la forma de Estado europeo, desde su forma liberal al Estado Social y Democrático de Derecho, para conocer las características que posibilitaron su participación en la promoción del bien común y permitieron un cambio en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales que cimentaron la doctrina del mínimo vital.
- ii. Estudiar los problemas de la teoría de los derechos fundamentales que limitan la materialización de los derechos sociales, que en

muchas ocasiones componen el contenido del mínimo vital y conforman su prisma positivo (prestacional).

- iii. Examinar el surgimiento del deber de protección del Estado con respecto al mínimo vital y estructurar el mínimo vital a partir del derecho comparado, utilizando el sistema europeo y también el sistema brasileño como referente en Latinoamérica.
- iv. Identificar y sistematizar en Chile los problemas relacionados con la evolución del modelo de Estado y las consecuentes trabas en materia de protección de los derechos fundamentales para establecer una teoría de tutela del mínimo vital en el ordenamiento jurídico chileno.

4 Hipótesis

Esta tesis intentará probar que:

A través de la interpretación constitucional de los derechos a la vida, la dignidad humana, la libertad y la igualdad, y la configuración de un bloque de constitucionalidad que incluye el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es posible reconocer en Chile –aunque de forma limitada y precaria– la existencia del mínimo vital, pero su implementación completa (primas positivo y negativo) demandará cambios en la estructura de la Constitución, que permitan la

consagración de un modelo activo y solidario que irradie sus efectos para la efectiva tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.

5 Metodología

Esta tesis tiene como principal herramienta metodológica el enfoque dogmático y comparado, el que permitirá construir una sistematización actualizada con respecto a los derechos fundamentales y la forma de Estado, utilizando como soporte la doctrina y la jurisprudencia comparada para estructurar el mínimo vital como principio jurídico.

Para cumplir con el método dogmático, se analizará la doctrina especializada de forma crítica. Se estudiarán las normas del ordenamiento jurídico vigente relativas a la forma de Estado, los derechos fundamentales y sus dimensiones, y la construcción del concepto del mínimo vital como principio jurídico.

Con el método dogmático podremos identificar el paradigma constitucional sobre el modelo de Estado chileno, y estudiar las características de los derechos fundamentales, como forma de conocer el orden jurídico tal como es y hacerlo más inteligible.²⁷ Con esto, será

²⁷ CORRAL TALCIANI, H. 2008. *Cómo hacer una tesis en derecho. Curso de metodología de la investigación Jurídica*. Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, p. 58.

posible conocer la viabilidad de tutelar el mínimo vital en el ordenamiento jurídico chileno.

En cuanto al uso del método comparado, éste resulta pertinente, porque según Biscaretti “la investigación comparativa conduce con frecuencia a una mejor interpretación y valoración de las instituciones jurídicas del ordenamiento nacional, si se toma en cuenta que el cotejo sistemático con los ordenamientos extranjeros, especialmente si provienen de la misma cepa genealógica, podrá facilitar, en no pocas ocasiones, la identificación de principios que hasta entonces habían permanecido latentes y casi ocultos a los comentaristas analíticos del derecho positivo del propio Estado.”²⁸

En el mismo sentido, Jhering determina la importancia de la comparación basada en la utilidad y necesidad²⁹, lo que Zweigert y Kötz refuerzan con que el análisis comparativo permite adoptar una solución dada por un sistema extranjero a un problema, y no cabe rechazar la propuesta simplemente porque la solución viene de un sistema extranjero. Lo que sí hay que preguntarse es si el resultado fue positivo en el país de origen y si resultará viable la adopción de la misma solución en el país donde se propone la implantación.³⁰

²⁸ BISCARETTI DI RUFIA, P. 1975. *Op. Cit.*, p. 14.

²⁹ JHERING, R. 1995. *Geist des Römischen Rechts*, Parte I, Novena edición, pp. 8 y ss., citado por ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H. 2000. *Introducción al derecho comparado*. Traducción Arturo Aparicio Vázquez [México]: Oxford University Press, p. 18.

³⁰ ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H. 2000. *Op. Cit.*, p. 19.

En el cuerpo de esta tesis ha quedado de manifiesto la necesidad de una amplia y completa construcción teórica del mínimo vital, que permita identificar este principio en el ordenamiento jurídico chileno. Para estos efectos, el método comparado permitirá “fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanzas.”³¹ Tales objetos son las características de los derechos fundamentales y la incorporación del mínimo vital a través de la interpretación de los derechos a la vida, dignidad humana, libertad e igualdad en un contexto de solidaridad. Precisamente, teniendo en cuenta los objetivos del método comparativo, la tesis se situará en aquel que permita conocer mejor la estructura del mínimo vital en el derecho chileno, posibilitando su consagración.

Para esto, se seguirá el método de Collins³², se identificarán los aspectos de la forma de Estado y de los derechos fundamentales que necesitan una justificación más clara en el derecho chileno, para permitir la identificación del mínimo vital en este ordenamiento jurídico.

Se examinarán las doctrinas jurídicas y los instrumentos mediante los cuales uno o más sistemas jurídicos extranjeros abordan el mismo problema (o lo evitan). Se evaluarán los sistemas jurídicos extranjeros para decidir si su enfoque es superior tanto en técnica o resultado. Y se

³¹ RUIZ-TAGLE VIAL, P. 1990. “Análisis Comparado de la Función Judicial”. *En: Revista de Estudios Públicos*, N° 39. Santiago (Chile), p. 133.

³² COLLINS, H. 1991. “Method and Aims of Comparative Law”. *En: Oxford Journal of Legal Studies*, N° 11, p. 399.

analizará el sistema jurídico chileno, una vez más, para revelar los obstáculos conceptuales para el logro de resultados más satisfactorios.

Los modelos jurídicos que se analizarán y confrontarán con el sistema jurídico chileno, serán el europeo y el brasileño. La razón de elegir estos sistemas jurídicos reside en conocer el sistema europeo para la construcción del mínimo vital, que es fundamental para identificar el inicio de la discusión, el contexto en que se formó y el debate jurisprudencial y doctrinario que sigue intentando dar mejor forma al mínimo vital.

La discusión sobre el mínimo vital comenzó en Alemania, a través de un fallo del Tribunal Administrativo Federal alemán en que se discutió el papel de la materialización del Estado Social.³³ Posteriormente, la argumentación fue llevada al Tribunal Constitucional alemán³⁴ y se irradió por toda Europa, donde analizamos los casos de España³⁵ y Portugal.³⁶

³³ Alemania. Tribunal Administrativo Federal. [Internet] Sentencia núm. BVerfGE 1, 97 de 19 de diciembre de 1951 [consultado el 17 de mayo de 2016]. Disponible en: <http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintText&Name=bv001097>.

³⁴ Alemania. Tribunal Administrativo Federal. [Internet] Sentencia núm. BverfGE 78, 104 de 26 de abril de 1988 [consultado el 22 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://www.sozialrecht-heute.de/xhtml/articleviewrecht.jsf?currentTab=taxcases&docId=bverfg__1bv18486__26_04_1988.html.

³⁵ España. Tribunal Constitucional (Pleno). [Internet] Sentencia núm. 113/1989 de 22 de junio [consultado el 10 de mayo de 2016]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1989-17478.

³⁶ Portugal. Tribunal Constitucional (Pleno). [Internet] Sentencia núm. 509/02 de 19 de diciembre [consultado el 21 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>.

En Alemania está configurada la fórmula del Estado Social, sin embargo, no existe un amplio catálogo de derechos fundamentales en el texto de la Ley Fundamental de Bonn. De esta forma, fue posible verificar la proyección del Estado Social en la promoción e institucionalización de los derechos sociales que eran extraídos de los valores constitucionales³⁷, y con ello, surgió el mínimo vital de la interpretación constitucional de otros derechos fundamentales consagrados.

El caso de Portugal representa un Estado Democrático de Derecho³⁸ que contiene un amplio catálogo de derechos económicos, sociales y culturales³⁹, lo que permitió verificar la construcción del mínimo vital en un modelo en que el Estado Social no está configurado.

En España, hay una conjunción de los elementos observados en el caso Alemán y Portugués, es decir, hay un Estado Social y Democrático de Derecho reconocido⁴⁰ y un amplio catálogo de derechos sociales en su texto magno.⁴¹ Con esto, España tuvo todas las herramientas para establecer el mínimo vital en su ordenamiento jurídico y materializarlo a través de la actuación judicial.

³⁷ BITENCOURT NETO, E. 2010. *Op. Cit.*, p. 99 y 100.

³⁸ Constitución de la República Portuguesa. Aprobada y decretada por la Asamblea Constituyente el 2 de abril de 1976, Edición del texto revisada el 2005, Artículo 2º.

³⁹ Constitución de la República Portuguesa. Aprobada y decretada por la Asamblea Constituyente el 2 de abril de 1976, Edición del texto revisada el 2005, Artículos 58 y siguientes.

⁴⁰ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, Artículo 1.1.

⁴¹ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, Artículos 39 y siguientes.

En el segundo modelo estudiado recurrimos a la experiencia brasileña, porque tiene una fórmula social de Estado⁴², un amplio catálogo de derechos fundamentales (incluido un amplio catálogo de derechos sociales), herramientas que permiten la judicialización de los derechos de segunda dimensión⁴³ y comprende la más amplia discusión

⁴² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html >. Acesso em: 22 noviembre 2014, artículo 1°. La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: 1. la soberanía; 2. la ciudadanía; 3. la dignidad de la persona humana; 4. los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa; 5. el pluralismo político. Artículo 3°. Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil: 1. construir una sociedad libre, justa y solidaria; 2. garantizar el desarrollo nacional; 3. erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales; 4. promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación. Traducción nuestra del original en portugués.

⁴³ En este trabajo, utilizaremos la clasificación de derechos fundamentales de Karel Vasak, siendo: la primera dimensión la de derechos civiles y políticos (libertades negativas), la segunda dimensión la de derechos sociales y la tercera dimensión la de derechos de solidaridad. Ver VASAK, K. 1984. Las dimensiones internacionales de los derechos humanos, vol. I. Barcelona, Serbal-UNESCO, p. 15. Preferimos hablar en dimensiones de derechos fundamentales antes que generaciones, para evitar la idea de que una generación sólo tendrá espacio después que la generación anterior haya sido plenamente satisfecha, lo que es un grave error. El término “generación” deja la idea de tiempo, cronología, sucesión. Ingo Sarlet apunta que: “A pesar de las divergencias en la esfera terminológica, se verifica la creciente convergencia de opiniones en lo que concierne a la idea que norte a la concepción de las tres (o cuatro, si así se prefiere) dimensiones de los derechos fundamentales, en el sentido de que estos, teniendo reconocimiento formal en la primeras Constituciones escritas de los clásicos derechos de matriz liberal-burguesa, se encuentran en constante proceso de transformación, culminando con la recepción, en los catálogos constitucionales y en el campo del Derecho Internacional, de múltiples y diferenciadas posiciones jurídicas, cuyo contenido es tan variable cuanto las transformaciones ocurridas en la realidad social, política, cultural y económica a lo largo de los tiempos. Siendo así, la teoría dimensional de los derechos fundamentales no apunta, tan sólo, para el carácter cumulativo del proceso evolutivo y para la naturaleza complementar de todos los derechos fundamentales, pero afirma, más allá de esto, su unidad e indivisibilidad en el contexto del derecho constitucional interno y, de modo especial, en la esfera del moderno ‘Derecho Internacional de los Derechos Humanos’”. SARLET, I. W. 2007b. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, p. 55. Traducción nuestra del original en portugués. Los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes, y de carácter progresivo. Luego, dimensión se vinculada más al aspecto o faceta de algo (según

doctrinaria sobre el mínimo vital en Latinoamérica (con manifestaciones jurisprudenciales del mínimo vital). Por lo tanto, a los fines de este trabajo, es la doctrina más consistente en nuestro continente y comprende una argumentación teórica ampliamente influenciada por la europea.

El caso brasileño es importante, también, porque conjuntamente a la influencia que ha recibido de Portugal y España, que son fuentes comunes de influencia en el constitucionalismo latinoamericano, Brasil buscó fortalecer sus instituciones democráticas post dictadura militar, adoptando la experiencia constitucional europea en el diseño de la Constitución de 1988.⁴⁴

Este escenario, refuerza el derecho constitucional comparado latinoamericano, ya que permitirá verificar, cómo la adopción y adaptación de algunas instituciones europeas a la realidad jurídica de un país de América Latina impactaron en su ordenamiento jurídico.⁴⁵ Por ende, frente a las similitudes (v.g. históricas, étnicas, consuetudinarias)

la RAE), lo que es mucho más consistente en su utilización moderna. Los derechos civiles y políticos son una faceta de los derechos humanos, tal cual los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos de solidaridad o derechos de los pueblos, lo que nos permite imaginar una figura geométrica con muchas aristas, siendo éstas los derechos que comprenden cada dimensión, pero sin jerarquía, sin paralelismo o exclusión, siendo todo parte de un mismo objeto, por igual.

⁴⁴ CARPIZO, J. 2005. "Derecho constitucional latinoamericano y comparado". En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXXVIII, n° 114, septiembre-diciembre de 2005, p. 972 y ss.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 974.

de los países latinoamericanos⁴⁶, esta experiencia es trascendente para la consagración del mínimo vital en Chile.

Los países utilizados en esta comparación tienen una misma raíz jurídica. Son países pertenecientes a la tradición romano-germánica (*civil law*) y tienen influencias comunes en muchas áreas del derecho. Por lo tanto, es más evidente la cantidad de similitudes que de diferencias, lo que permitiría una mejor adaptación de las instituciones jurídicas, sumadas a los argumentos judiciales y los instrumentos internacionales utilizados para justificar el mínimo vital.

Tanto en el estudio comparado, como en el estudio del caso chileno, se analizarán algunos fallos judiciales relevantes para el resultado final de la investigación, sin que el método de análisis jurisprudencial se convierta en el método principal de la tesis. La importancia de los fallos está en reconocer la interpretación de los derechos fundamentales por los respectivos tribunales, para complementar al estudio dogmático.

⁴⁶ Ver CARPIZO, J. 2005. *Op. Cit.*

6 Originalidad de la tesis y su aporte al avance del conocimiento jurídico

Resumiendo todo lo que se ha dicho, la doctrina sobre el mínimo vital es reciente y poco sistemática. Los varios intentos de establecer un concepto del mínimo vital (e.g., Carmona Cuenca⁴⁷, Pizzolato⁴⁸, Lobo Torres⁴⁹, Sarlet⁵⁰, Canotilho⁵¹, Prieto Sanchís⁵², Jimena Quesada⁵³, entre otros) llevaron a definiciones diferentes, lo que ha dificultado establecer su naturaleza jurídica, debilitando su protección en los ordenamientos jurídicos que la adoptan.

⁴⁷ CARMONA CUENCA, E. 2012. "El Derecho a un Mínimo Vital con Especial Referencia a la Constitución Española de 1978". En: *Revista de Estudios Internacionales*, N° 172, Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile [en línea]

<<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/REI/article/viewFile/23587/29103>> [consulta: 15 octubre 2014] y CARMONA CUENCA, E. 2006. "Los Derechos Sociales de Prestación y el Derecho a un Mínimo Vital". En: *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas* (Ejemplar dedicado a: Los derechos sociales), N° 2 [en línea] <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_EST_05_carmona.pdf> [consulta: 15 octubre 2014].

⁴⁸ PIZZOLATO, Filippo. 2004. *Op. Cit.*

⁴⁹ LOBO TORRES, R. 1989. "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais", En: *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p. 20-49.

⁵⁰ SARLET, I. W. 2006. *Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, 4ª ed. revista e atualizada. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado.

⁵¹ GOMES CANOTILHO, J. J. 1989. "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales". En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 1, septiembre-diciembre 1988.

⁵² PRIETO SANCHÍS, L. 2000. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial". En: CARBONELL, M.; CRUZ PARCERO, J.A. y VÁZQUEZ, R. (Comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México, Universidad Autónoma Nacional de México.

⁵³ JIMENA QUESADA, L. 1997. *La Europa social y democrática de Derecho*. Madrid, Dykinson.

A la novedad y falta de sistematización del tema, se suma la ausencia de trabajos de investigación que lo aborden en Chile, lo que hace de este trabajo una tesis inédita en este país.

Más allá, el resultado de esta tesis viene a resolver un vacío con respecto al mínimo vital en el ordenamiento constitucional de Chile, ofreciendo las herramientas jurídicas necesarias para su adopción inmediata como fundamentación legal, incluso en los tribunales locales, aunque su aplicación solo podrá ser parcial, por los motivos que veremos más adelante.

7 Lo que no se hará en esta tesis

El objetivo de esta investigación es demostrar que es posible reconocer en Chile la existencia del mínimo vital como principio jurídico, y para ello se analizará su origen, y cómo la evolución de la forma de Estado y el consecuente desarrollo de los derechos fundamentales han permitido extraer del contenido de derechos ya consagrados en las cartas magnas los fundamentos que permiten la tutela del mínimo vital.

Por ende, nuestra labor se centra en determinar el origen, características y alcances del mínimo vital, lo que evita entrar en la discusión sobre la justificación moral que obliga al Estado a tutelar el mínimo vital. Este aspecto filosófico ya fue tratado por estudiosos de la doctrina, en general utilizando como soporte el enfoque de Rawls para

justificar el mínimo vital partir de su teoría de la justicia.⁵⁴ Reconociendo la relevancia del tema, su análisis excedería los objetivos de este trabajo.

⁵⁴ Ver por ejemplo DA SILVA CORDEIRO, K. 2016. *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania*. Porto Alegre, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação – Doutorado. 329 p.; además de FRÓES OLIVEIRA, F. 2013. *Op. Cit.*; y también SILVA BARBOSA, C. 2015. *A participação política como pressuposto de efetivação do mínimo existencial no Estado democrático brasileiro*. Salvador (Bahia), Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Doutorado em Direito Público. 210 p.

Tabla de Contenido

INTRODUCCIÓN	i
1 Preliminares	i
2 Problema Jurídico	x
3 Objetivos	xiv
4 Hipótesis	xv
5 Metodología.....	xvi
6 Originalidad de la tesis y su aporte al avance del conocimiento jurídico.....	xxiv
7 Lo que no se hará en esta tesis	xxv
CAPÍTULO I - LA RELACIÓN ENTRE LOS MODELOS DE ESTADO Y LA TUTELA E INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL NACIMIENTO DE LA INTERPRETACIÓN QUE PERMITIÓ LA MATERIALIZACIÓN DEL MÍNIMO VITAL	7
1.1 Introducción	7
1.2 La solidaridad es posible y necesaria en la estructura del Estado moderno	33
1.3 No hay modelo de Estado exento de crisis.....	36
1.3.1 Solidaridad: una utopía necesaria	43

1.3.2	La mantención del modelo social y democrático de derecho en periodos de crisis	50
1.4	Una herencia perjudicial en la división de los derechos fundamentales.....	55
1.5	El problema de la equiparación. ¿Por qué unificar sin uniformar las características de los derechos fundamentales?	60
1.5.1	Los derechos sociales no limitan los derechos civiles y políticos.....	64
1.5.2	Los derechos civiles y políticos y los derechos sociales demandan recursos financieros para su implementación	69
1.5.3	La judicialización de los derechos sociales	74
1.6	La subjetividad de los derechos fundamentales de segunda dimensión.....	86
1.7	Derechos fundamentales innominados: una posibilidad de sanear los déficits constitucionales en materia de derechos fundamentales.....	92
1.8	La dignidad humana como manantial axiológico de los derechos sociales y del mínimo vital.....	104

1.9	Conclusiones	116
CAPÍTULO II -LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DEL MÍNIMO VITAL Y SUS CARACTERÍSTICAS		
125		
2.1	Introducción	125
2.2	El Estado como sujeto activo en la protección del mínimo vital	
	127	
2.3	El concepto de mínimo vital y sus derivaciones.....	146
2.3.1	Mínimo vital y otros mínimos, separaciones conceptuales	
	146	
2.3.2	Mínimo vital y mínimo social, recordando la propuesta de Rawls	
	153	
2.3.3	Mínimo vital, núcleo esencial de los derechos sociales y <i>minimum core obligations</i>	157
2.3.4	El mínimo vital y el derecho a la renta garantizada ciudadana, renta mínima de inserción y renta básica universal.	166
2.3.5	El error en buscar un contenido universal para el mínimo vital	
	173	
2.4	La dimensión positiva del mínimo vital	181

2.5	La dimensión negativa del mínimo vital	185
2.6	El modelo europeo.....	190
2.7	El modelo brasileño	217
2.8	La inexistente referencia al mínimo vital en las constituciones y la inviabilidad de reconocerlo como un nuevo derecho autónomo ...	235
2.9	El mínimo vital como principio jurídico	247
2.9.1	El mínimo vital no es un valor.....	248
2.9.2	El mínimo vital no es una regla	250
2.9.3	El mínimo vital como principio	252
2.10	Mínimo vital y la reserva de lo posible	258
2.10.1	Base jurídica de la reserva de lo posible	262
2.11	Conclusiones	271
CAPÍTULO III - EL MÍNIMO VITAL Y LOS PROBLEMAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN ÓPTIMA EN CHILE.....		277
3.1	Introducción	277
3.2	Los problemas con el modelo de Estado en Chile.....	280

3.2.1	Breves consideraciones sobre la evolución del modelo de Estado chileno	282
3.2.2	La génesis de la Constitución de 1980 y la pugna interpretativa cuanto al modelo de Estado	292
3.3	La influencia de la pugna interpretativa del modelo de Estado chileno en la tutela de los derechos fundamentales.....	311
3.4	El impacto de la pugna interpretativa en la tutela de los derechos que sirven de base para el mínimo vital.....	330
3.4.1	La dignidad humana en Chile	335
3.4.2	De la igualdad formal a la igualdad material.....	340
3.4.3	El derecho a la vida y sus proyecciones.....	346
3.4.4	La tensión con el derecho de libertad.....	352
3.5	¿Mínimo vital y reserva de lo posible en Chile?.....	356
3.6	Indicios de la preocupación por mínimos en el sistema chileno: el sueldo mínimo y las pensiones mínimas en la seguridad social ..	361
3.7	La solidaridad en el sistema chileno	369
3.8	Conclusiones	375

4 CONCLUSIONES FINALES.....	381
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	394
1 Libros, artículos y otros textos consultados.....	394
2 Jurisprudencia consultada.....	421
3 Normativa y otros documentos internacionales.....	425

CAPÍTULO I - LA RELACIÓN ENTRE LOS MODELOS DE ESTADO Y LA TUTELA E INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL NACIMIENTO DE LA INTERPRETACIÓN QUE PERMITIÓ LA MATERIALIZACIÓN DEL MÍNIMO VITAL

1.1 Introducción

Este trabajo parte de la base de que es posible establecer el mínimo vital como un principio jurídico que debe ser tutelado por el Estado. Con este fin, la construcción del marco teórico necesario debe iniciarse por la evolución de la forma de Estado y su relación con los derechos fundamentales.

El problema que este capítulo pretende responder es cuál es la relación entre los modelos de Estado y la evolución e interpretación de los derechos fundamentales, y cuáles son las características ideales en la forma de Estado para una efectiva tutela del mínimo vital. Para esto, tomaremos dos modelos de Estado antagónicos: el Estado Liberal y el Estado Social, que permitirán visualizar las tensiones sobre la participación del Estado en la sociedad, para la persecución del bien común, y la forma en que se tutela los derechos fundamentales en cada contexto. Estos modelos antagónicos fueron elegidos porque, de la evolución del Estado Liberal al Estado Social, que afectó la forma en que se interpretan los derechos fundamentales, fue responsable por el surgimiento de la doctrina que sirve de base para la protección del mínimo vital.

Una segunda advertencia es que, si bien en nuestra tesis se quiere demostrar la posibilidad de extraer el mínimo vital de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, esta discusión será abordada en el Capítulo III.

El modo como el Estado se posiciona frente a la sociedad es de suma importancia para la forma como éste se manifestará con respecto a los derechos fundamentales, especialmente los derechos sociales, que son el punto sensible en materia de actuación estatal.

Un Estado Liberal será un mero espectador de la actividad de los privados, sostendrá una postura de no injerencia, y dejará que los particulares guíen sus propios caminos sin intervención. Esta perspectiva tiene una clara prevalencia económica, con la defensa del emprendimiento particular y de un rol estatal como mero fiscalizador.⁵⁵

El Estado Social determina que debe haber autonomía individual, empero la sociedad mayor (el Estado) debe actuar siempre que los particulares no sean capaces de resolver los asuntos que le caben. El Estado Social tiene adjudicado para sí los asuntos de mayor importancia y los que no pueden ser resueltos por los particulares, es decir, “el principio [Estado Social] exige que las sociedades no priven a los individuos y a las comunidades menores de su derecho a ejercer

⁵⁵ HAYEK, F. 1982. “Los principios de un orden social liberal”. En: *Estudios Públicos*, N° 6, Centro de Estudios Públicos, Santiago (Chile), pp. 182-194.

su autorresponsabilidad. La intervención sólo es apropiada como ayuda en orden a la autorrealización”.⁵⁶

Esto no quiere decir que el Estado Social observará a los particulares y quedará inerte mientras el mercado ofrece los bienes indispensables para una vida digna y el acceso a estos bienes dependerá siempre de la capacidad de las personas. Tampoco significará que el Estado Social se hará cargo de todas las necesidades (que desde una perspectiva económica son infinitas⁵⁷), dejando poco espacio para la autonomía individual y ampliando desmedidamente los servicios prestados por la máquina pública. El Estado provee lo que es indispensable a todos.

En estas primeras líneas se comienza a configurar la problemática que existe con respecto a la forma de Estado adoptada por cada país, que determinará su rol frente a la sociedad.

⁵⁶ VIEIRA ÁLVAREZ, C. 2013. Libre iniciativa económica y Estado Social, análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución Chilena, Santiago (Chile), Legalpublishing, p. 18.

⁵⁷ DWIVEDI, D. N. 2012. Microeconomics: for University of Delhi, as per the syllabus of B. Com. (Hons) course. New Delhi, Pearson Education, p. 04.

1.1.1. La evolución del estado: del estado liberal al estado social y su relación con los derechos fundamentales

El primer paso en el camino de delinear el mínimo vital como principio jurídico es comprender que la evolución del concepto de Estado ha permitido una mejor tutela de los derechos fundamentales (principalmente los derechos de segunda dimensión) y una interpretación más proactiva del rol del Estado frente a estos y otros derechos ya consagrados en los textos constitucionales (derechos de primera dimensión). Con este fin, nos centraremos en la evolución entre dos modelos de Estado antagónicos: el Estado Liberal y el Estado Social, lo que permitirá visualizar las tensiones sobre la participación del Estado en la sociedad, para la persecución del bien común, y la forma en que se tutela los derechos fundamentales en cada modelo.

El primer modelo es el del Estado Liberal, implantado inicialmente a través de las revoluciones ocurridas en Estados Unidos de América (1776) y Francia (1789)⁵⁸, las que surgieron como una reacción para liberarse del absolutismo y del miedo a la intervención de los monarcas en la vida privada. La ideología detrás de este modelo implica una estructura de Estado mínimo, que no debería intervenir en la esfera particular y que debería mantenerse al margen de todo lo que comprende el mercado y la economía. En esta concepción, se reconoce que

⁵⁸ ESCOBAR ROCA, G. 1999. "Derechos Fundamentales: una aproximación general", *En: Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá de Henares, 1998-1999, vol. 8, p. 127-156, p. 129.

el crecimiento debe generarse a partir de las capacidades y talentos individuales, lo que consagra el principio de la autonomía de la voluntad. Más aún, las actividades estatales comprenderían aquellas que no interesan a los particulares en su explotación. Frente al desinterés particular, el Estado podría posicionarse como entidad subsidiaria para desarrollar lo que no genera interés particular, a través de un régimen de monopolio. Dicho de otro modo, el mercado debería auto-regularse.

La ruptura con el modelo medieval⁵⁹ comenzó en el siglo XIV, cuando el humanismo posibilitó el proceso liberatorio del sujeto individual como eje de una civilización antropocéntrica.⁶⁰

La pérdida del temor de vivir en una situación pecaminosa por la acumulación de riquezas⁶¹, dio inicio a la era del patrimonio como proyección externa del individuo, lo que va a determinar quién es él en la sociedad. “El que *tiene* más es más, y la propiedad ya no afecta sólo a las cosas, sino que penetra en el individuo y se funde y confunde con su libertad.”⁶²

⁵⁹ Absolutista, con la concentración de los poderes en las manos del rey, la primacía de la *consuetudo* y la territorialización del derecho. En GROSSI, P. 2008. Europa y el Derecho, traducción castellana de Luigi Giuliani. Barcelona, Crítica, pp. 19-61.

⁶⁰ GROSSI, P. 2008. *Op. Cit.*, pp. 76 y 77.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, p. 101 (la cursiva es del original).

Estas revoluciones vinieron acompañadas del constitucionalismo moderno que instrumentalizó la protección del individuo frente a las intervenciones despóticas y el arbitrio del poder.⁶³

En esta primera etapa del constitucionalismo, los derechos individuales se imponían como previos a la idea de Estado. Por ende, la estructura inicial de los derechos fue pensada para defender al individuo en desmedro de las injerencias del Estado.⁶⁴

Los derechos fundamentales que conformaron el patrimonio ético-político irrenunciable en el Estado Liberal, fuertemente influenciado por la doctrina jusnaturalista, comprendieron principalmente las libertades negativas (la libertad religiosa, la expresión libre del pensamiento, la libre circulación, la libertad de reunión, etc.).⁶⁵

⁶³ GROSSI, P. 2008. *Op. Cit.*, p. 101.

⁶⁴ CARBONELL, M. 2008. "Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: esbozo de algunos problemas". *En: Estudios constitucionales*, v. 6, n. 2, p. 43-71 [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100003&lng=es&nrm=iso> [consulta: 21 septiembre 2017].

⁶⁵ GROSSI, P. 2008. *Op. Cit.*, p. 101.

El Estado Liberal, que tiene como principales características la libertad individual⁶⁶, la igualdad formal⁶⁷, la división de poderes⁶⁸, la separación Estado/Religión⁶⁹ y la separación Estado/Sociedad⁷⁰ no consideraba ningún tipo

⁶⁶ La búsqueda por la individualidad y la liberación de la dependencia cultural, religiosa, económica y jurídica. GROSSI, P. 2007. *Op. Cit.*, p. 68. Un concepto que se consagra con la redacción de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. JARAMILLO ROJAS, C. A. 2013. "Libertad negativa y libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana: un análisis desde la perspectiva de John Stuart Mill y Thomas Hobbes". *En: Revista Precedente* Vol. 3, Julio-Diciembre, Cali, Colombia, p. 78.

⁶⁷ Que representa el fin de los privilegios y estamentos. Una igualdad de condiciones para que la división social pueda ser determinada por la riqueza y no por las posiciones sociales. Esto se refleja, por ejemplo, en el voto censitario que determinó el derecho al voto para la parte de la población que tenía ciertas características económicas, sociales y educacionales. La igualdad formal considera que todos son iguales desde su nacimiento, por ende, no necesitan que el Estado conceda un trato diferenciado a nadie. CEA EGAÑA, J. L. 2012. *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, segunda edición actualizada. Santiago (Chile), Ediciones UC, p. 130.

⁶⁸ Consagrada en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución." La separación de poderes es fundamental para evitar la concentración de poderes en manos de un gobernante y así regresar al rechazado Estado absolutista. Ver DÍAZ, E. 1988. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid, Ed. Taurus, p. 47; GARCÍA-PELAYO, M. 1987. *Op. Cit.*, p. 21; Ver MONTESQUIEU, C. 2000. *Del espíritu de las leyes*, Introducción de E. Tierno Galván, Traducción de M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Editorial Tecnos; PÉREZ SÁNCHEZ, M. C. 2004. *Crisis del Principio de Generalidad y del Formalismo Jurídico*: J.J. Rousseau, I. Kant y la Perspectiva Teórica del Institucionalismo Jurídico en Maurice Hauriou. Memoria Presentada para optar al Grado de Doctor en Derecho. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, p. 132; LOEWENSTEIN, K. 1976. *Teoría de la Constitución*, 2ª edición. Barcelona, Ariel, p. 56.

⁶⁹ La laicidad está conectada al liberalismo y la democracia, separando lo religioso de lo político. Prevalece los derechos humanos a través de la tolerancia religiosa, la libertad de creencias, la libertad de conciencia y la existencia de una sociedad plural. BLANCARTE, R. 2008. "Laicidad y laicismo en América Latina" *En: Estudios Sociológicos*, Vol. 26, No. 76 (Jan. - Apr., 2008), El Colegio de México Editorial, p. 140. Ver también CASANOVA, J. y SANCHIS, M. 1999. *España: De la Iglesia estatal a la separación de Iglesia y Estado*. Historia Social, nº 35, Valencia, Fundación Instituto de Historia Social.

⁷⁰ El liberalismo supone una separación del Estado y la sociedad, ya que en esta concepción hay una prioridad ontológica de la sociedad sobre el ente público. OJEDA MARÍN, A. 1990. *El contenido económico de las Constituciones modernas*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, p. 21 y GUIMARÃES, J. 2003. *Marxismo y democracia: un nuevo campo analítico-normativo para el siglo XXI*. *En: BORÓN, A. Filosofía política contemporánea: Controversias sobre civilización, imperio y ciudadanía*, Buenos Aires, CLACSO, p. 209. *El Estado no debería intervenir en la sociedad, hay una clara separación de lo privado y lo público*. GUIMARÃES, J. 2003. *Op Cit.*, p. 22.

de intervención en favor de los más necesitados⁷¹, ya que cualquier tipo de injerencia podría representar el regreso del Estado despótico.

A partir de estas características, es posible relacionar la tutela de los derechos fundamentales (en adelante también DD.FF.) que conformaron el patrimonio ético-político irrenunciable, con la forma de Estado Liberal (no interventor). Esto es así, porque no es posible hablar de DD.FF. sin una referencia al contexto en que surgieron, los ideales que pretendían incorporar, las dificultades para su implementación y sus transformaciones.⁷²

La influencia de la corriente ética y filosófica humanista con énfasis en la capacidad de las personas, en su agencia, individual y colectiva, destacó el lugar extraordinario del ser humano en la naturaleza, lo que favoreció la consagración de los derechos de primera dimensión, es decir, los derechos que fueron pensados para apartar al Estado de la vida privada⁷³. Este proceso se consolidó por medio de dos declaraciones históricamente relevantes: la Declaración de los Derechos de Virginia, en Estados Unidos de América, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia.

⁷¹ Ver por ejemplo SMITH, A. 2004. La teoría de los sentimientos morales, edición de Carlos Rodríguez Braun. Madrid, Alianza Editorial, 600 pp. AVELÃS NUNES, A. J. 2005. "A filosofia social de Adam Smith". *En: Prim @ facie: Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas*, v. 4, n. 6, p. 23. MALTHUS, T. 1996. *Princípios de economia política e considerações sobre sua aplicação prática: Ensaio sobre a população*. Traduções de Regis de Castro Andrade, Dinah de Abreu Azevedo e Antonio Alves Cury. São Paulo: Nova Cultural, p. 9.

⁷² ESCOBAR ROCA, G. 2005. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Madrid, Trama Editorial, p. 03.

⁷³ *Ibidem*, p. 05.

La Declaración de los Derechos de Virginia (DDV) del 12 de junio de 1776, considerada la primera declaración moderna de derechos fundamentales de la historia, fundó el derecho al gozo de la vida, al gozo de la libertad, a los medios para adquirir y poseer propiedades, el derecho a la felicidad y el derecho a la seguridad. Esta declaración inspiró a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la posterior Carta de Derechos de los Estados Unidos de América.

Por su parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC), aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789, consagró los ideales revolucionarios de la libertad, la igualdad y los derechos humanos.⁷⁴

En este escenario, centrado en la defensa de las libertades negativas, la intervención estatal en favor de la persecución del bien común y de la garantía de condiciones mínimas de vida digna para las personas estaba alejada de la realidad. Prevalecía la autonomía individual, y la consideración de que todos estaban en igualdad de condiciones para adquirir los bienes básicos y las oportunidades en la vida social.

⁷⁴ ALVEAR TELLEZ, J. 2015. "La crítica conservadora al discurso de los derechos humanos de la "Declaración" francesa de 1789". *En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.45 [en línea]
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000200013&lng=es&nrm=iso> [consulta: 01 marzo 2016].

No obstante, la ausencia del ente estatal en la vida social no iba a durar mucho. Este modelo, con prevalencia de las libertades negativas y sin proyecciones positivas de actuación en favor de la sociedad entró en crisis, principalmente por factores como “la democratización de los sistemas políticos, la creciente densidad y poderío organizacional de la clase obrera, las crisis cíclicas del capitalismo y la revolución teórica que introduce en la ciencia económica la obra de John Maynard Keynes.”⁷⁵

La democratización de los sistemas políticos incluyó sectores antes excluidos de la participación política, trayendo nuevas demandas. La explotación laboral de la Revolución Industrial también generó presión de los trabajadores, partidos políticos y sindicatos para mejorar las condiciones de vida y trabajo. Finalmente, la crisis de 1929, en un contexto en que el socialismo ya se presentaba como una alternativa ideológica concreta para los estados, dio un fuerte golpe al Estado Liberal.⁷⁶

Los problemas económicos y culturales, y el surgimiento de nuevas formas de pensamiento, revelaron que la no injerencia del Estado Liberal era incompatible con las demandas sociales. De esta tensión se comenzó a plantear

⁷⁵ SARMIENTO, J. M. 1998. "Aproximaciones a la reestructuración del Estado ya los debates contemporáneos sobre política social, superación de la pobreza y lucha contra la exclusión." *En: Última década*, N° 9 (1998): 3, p. 02.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 03.

un nuevo modelo, que concluiría en la idea de Estado de Bienestar, cuyo referente económico es John Maynard Keynes.⁷⁷

Con este nuevo modelo interventor en la vida económico-social, el ente público tendría como principal función reducir las desigualdades lo que permitiría que el capitalismo, como modelo económico, no fuera apuntado como un modelo fracasado y colapsado.

Esto sería posible a través de políticas públicas que permitan el acceso a bienes esenciales a los menos favorecidos, de forma a permitir que los más pobres pudiesen gastar sus excedentes en bienes de consumo, haciendo, así, que la economía ganase impulso y pudiera cambiar el ciclo económico en caso de crisis.⁷⁸

Este modelo de Estado, conocido como Estado de Bienestar⁷⁹ representa un modelo de transición del Estado Liberal al Estado Social, que se dio post

⁷⁷ Keynes fue favorable a una intervención momentánea del Estado en periodos de crisis, y hasta que se estabilizara la economía. No abogó por el fin del sistema capitalista de producción, solamente quiso darle nuevos rasgos que permitiera la mayor participación de las personas con igualdad de oportunidades. Con respecto a la forma de comportamiento del Estado en la economía exigiendo la libertad mercantil en los periodos de expansión del ciclo económico y mayor intervención en los periodos de contracción ver KEYNES, J. M. 2005. Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero. Traducción de Eduardo Hornedo. Argentina, Fondo de Cultura Económica. Más específicamente el Libro VI – BREVES CONSIDERACIONES SUGERIDAS POR LA TEORÍA GENERAL, pp. 263 y ss.

⁷⁸ Para ver el impacto económico y social generado por la tutela de las relaciones laborales y la mantención de políticas públicas de protección social en Brasil, que posibilitó durante un largo periodo el gasto de excedentes en bienes de consumo impulsando la economía local, analizadas en indicadores macroeconómicos e indicadores sociales ver: MONTEIRO PESSOA, R. 2015. A proteção das relações trabalhistas face a automação: uma perspectiva para a concretização do desenvolvimento. NEA editora.

⁷⁹ Término utilizado por primera vez por William Temple (1888-1944), Arzobispo de York. También atribuible a los socialistas de cátedra que apoyaban a Otto Von Bismarck (1815-

Segunda Guerra Mundial en Europa, y surgió a partir de dos acontecimientos: “i) el reconocimiento de los Derechos Humanos a escala universal (Declaración de 1948) y ii) el desarrollo de los programas nacionales de protección social a partir del modelo Beveridge (1941-1944).”⁸⁰ El Estado de Bienestar, concretiza la protección asistencial mínima (solamente en caso de extrema necesidad) principalmente a través de la Seguridad Social.

El Estado de Bienestar no es lo mismo que Estado Social (como se ha dicho, representa una transición entre el Estado Liberal y el Estado Social), ya que éste último tiene mayor amplitud y representa una forma de Estado mucho más activa, que busca la constante promoción del bien común, la alianza con la sociedad en la persecución de los fines de cada persona y la promoción e institucionalización de todos los derechos fundamentales (principalmente los derechos de segunda dimensión)⁸¹. Por lo tanto, como afirma Luciano Parejo Alfonso, “aunque pueda y deba ser cierta la afirmación ‘todo Estado Social es un Estado de Bienestar, no lo es en modo alguno, la inversa, como es bien evidente.”⁸²

1898), y utilizaron el término Wohlfahrtsstaat. DE LA VILLA GIL, L. 2015. "¿Qué es eso del Estado de Bienestar y cómo se mide, histórica y económicamente?". En: *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 3, Julio 2015, p. 18 y 19.

⁸⁰ DE LA VILLA GIL, L. 2015. *Op. Cit.*, p. 15.

⁸¹ Volveremos a esto más adelante.

⁸² PAREJO ALFONSO, L. 1947. “Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional”. En: AA.VV. (Coord. Carlos Manuel Fernández Otheo), *Las estructuras del Estado del Bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*. Madrid, Escuela Libre Editorial, Editorial Civitas y Fundación ONCE, p. 794.

De los precursores de la idea de Estado Social hay que citar a Lorenz Von Stein, economista y sociólogo alemán, que sostuvo que la actuación del Estado para corregir los efectos disfuncionales de la sociedad competitiva es sobre todo un imperativo ético y una necesidad histórica.⁸³

Von Stein expuso el término Estado Social en el año 1850, en la obra "*Geschichte der Socialen Bewegung*". El autor conceptuó el Estado Social como expresión de la finalización de las revoluciones políticas, las cuales dieron paso a las revoluciones y reformas sociales.

Posteriormente, en la obra "*Rechtsstaat der Diktatur*" de 1929, Hermann Heller consideró al Estado Social de Derecho como una fórmula intermedia y salvadora entre el Estado Liberal y el Estado Fascista, que no renuncia a los postulados del Estado de Derecho vigente en el liberalismo, sino que a ese Estado de Derecho se le nutre de fundamentos económicos y sociales. Hermann Heller es el teórico más citado como autor de la fórmula del Estado Social de Derecho.⁸⁴ En su concepción, el ente estatal tiene una finalidad "cuya expresión es su función social, su acción social objetiva."⁸⁵

Podría decirse que el capitalismo, dentro del Estado Liberal, terminó por generar un nuevo feudalismo económico, donde el Estado formal de Derecho no

⁸³ GARCÍA-PELAYO, M. 1987. *Op. Cit.*, p. 15.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 16.

⁸⁵ HELLER, H. 2014. Teoría del Estado, ed. y pról. de Gerhart Niemeyer, 7ª reimpresión. México, Fondo de Cultura Económica, p. 257.

es otra cosa que un cómplice de tales irregularidades. Analizando la teoría de Hermann Heller, Monereo Pérez afirma que el autor alemán no propone el fin del Estado de Derecho, lo que quiere es más bien darle un contenido reparador, un contenido económico y social, en que sólo el Estado Social y Democrático de Derecho puede confrontar las irregularidades capitalistas y salvar los valores de la civilización.⁸⁶

Para comprender los problemas asociados al Estado Liberal, y la necesidad de correcciones a través del Estado Social, se requiere de una clara consciencia de que toda economía pasa por ciclos.⁸⁷ Por momentos alcanza el punto máximo de su fase de expansión, mientras que en otros declina y se contrae.⁸⁸

⁸⁶ MONEREO-PÉREZ, J. L. 2009. La defensa del Estado Social de Derecho, la teoría política de Hermann Heller. Barcelona, El Viejo Topo, p. 28.

⁸⁷ El primer esfuerzo para comprender los ciclos económicos se dio con Arthur Burns y Wesley Claire Mitchell. Los autores explican que: "los ciclos económicos son una forma de fluctuación que se encuentran en la actividad económica agregada de las naciones que organizan su trabajo principalmente en empresas: un ciclo consiste de expansiones que ocurren al mismo tiempo en múltiples actividades económicas, seguidas de recesiones, contracciones y recuperaciones igualmente generalizadas, que se entrelazan con la fase expansiva del siguiente ciclo; esta secuencia de cambios es recurrente pero no periódica; en duración, los ciclos económicos varían desde más de un año a diez o doce años; no son divisibles en ciclos más cortos de carácter similar, cuyas amplitudes se aproximen a la propia." En: BURNS, A. y MITCHELL, W. 1946. Mediación de los Ciclos Económicos. Nueva York, NBER, p. 3.

⁸⁸ Hay muchas teorías sobre los ciclos económicos, ver por ejemplo SCHUMPETER, J. 2002. Ciclos Económicos: Análisis teórico, histórico y estadístico del proceso capitalista, Zaragoza: Prensa Universitaria de Zaragoza. KITCHIN, J. 1923. "Cycles and Trends in Economic Factors". En: *Review of Economics and Statistics (The MIT Press)*, Vol. 5, N° 1, Enero de 1923, pp. 10–16. KONDRATIEV, N.D. 1992. Los ciclos largos de la coyuntura económica. Traducción y presentación de Luis Sandoval Ramírez. México, IIEc-UNAM. Y sobre los ciclos políticos económicos ver KALECKI, M. 1966. *Studies in the theory of business cycles*. Blackwell. KALECKI, M. 1943. "Political aspects of full employment". En: *The Political Quarterly*, Vol. 14, Issue 4, pages 322–330, October 1943.

Para que los países puedan administrar la economía en cada uno de estos ciclos, se hace necesario adoptar diferentes políticas anticíclicas según la fase del ciclo económico que se vive.⁸⁹ “Para evitar las oscilaciones violentas del ciclo económico se desarrolló en las economías de mercado modernas lo que se denomina política anticíclica o política macroeconómica. Esta política está dirigida a atenuar en lo posible las oscilaciones del ciclo con sus efectos perjudiciales.”⁹⁰ De esta forma podrá haber un justo equilibrio entre las necesidades sociales y las necesidades de mercado.

Tal estructura económica se denomina modelo económico mixto, que trata de compatibilizar los derechos de propiedad y libertad de empresa con la intervención estatal para corregir las irregularidades del mercado. Este modelo también es conocido como economía social de mercado y es responsable por la migración del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho⁹¹.

⁸⁹ “La política fiscal procíclica se caracteriza porque en periodos de auge, el gasto va en aumento y por lo tanto, no se genera ahorro; mientras que en las fases descendentes del ciclo el gobierno reduce el gasto y/o se endeuda. Por el contrario, la política fiscal anticíclica es entendida como aquella donde las autoridades fiscales pueden reducir los impuestos o incrementar el gasto durante los periodos desfavorables con el objeto de reducir la magnitud y la duración de la recesión.” KRUGMAN, P. y WELLS, R. 2007. Introducción a la Macroeconomía. Editorial Reverté S.A. Primera edición. *Apud* LÓPEZ GONZÁLEZ, M. et al. 2009. Alcances de la política fiscal contracíclica: el caso reciente de América Latina. Perfil de Coyuntura Económica No. 14, diciembre 2009, pp. 51-68 Universidad de Antioquia. [en línea] <<http://www.scielo.org.co/pdf/pece/n14/n14a2.pdf>> [consulta: 10 diciembre 2014].

⁹⁰ RESICO, M. 2014. Ciclos económicos y política macroeconómica. [en línea] <http://www.kas.de/upload/dokumente/2011/10/SOPLA_Einfuehrung_SoMa/parte2_2.pdf> [consulta: 09 diciembre 2014], p. 187.

⁹¹ GARCÍA CUADRADO, A.M. 2010. Derecho, Estado y Constitución: El estatuto científico y otros temas fundamentales de Derecho Constitucional. San Vicente (Alicante), Editorial Club Universitario, pp. 200 y 201.

Esto resulta más fácil a partir de modelos socialmente (pro)activos, que permitan la presencia del Estado en los momentos de crisis económica, con el fin de evitar que esta crisis se amplíe hacia una crisis social.

Carnelutti afirma que “el puente entre lo económico y lo ético está tendido por el Derecho, por lo cual si bien lo económico es importante en lo individual y social, siempre debe reconocer por encima a la ética como valor superior.”⁹² Luego, el Derecho es responsable por la formación del equilibrio que la economía –actuando sola– no sería capaz de encontrar. Y la manifestación mayor de este principio viene con el Estado Social y Democrático de Derecho.

En este punto es importante destacar que la evolución del modelo de Estado también va a reflejarse en los derechos fundamentales. En esta época, se comienza a hablar de nuevos derechos que consideraban la intervención del Estado en la protección de las personas: derechos activos y prestacionales. Surgen así los derechos sociales como derechos de segunda dimensión de derechos fundamentales.

Las primeras manifestaciones constitucionales que consagraron estos derechos son bastante citadas y conocidas: la Carta política mexicana de 1917, la Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado del 4 de

⁹² CARNELUTTI, F. 1955. Teoría General del Derecho. Traducción de Francisco J. Osset. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

enero de 1918, y la Constitución de la República de Weimar de 11 de agosto de 1919. Y, tiempos después, la Constitución Española de 1931.

Como se visualiza, el surgimiento de los derechos sociales como derechos constitucionales es previo al nacimiento del Estado Social. Sin embargo, estos derechos no pueden alcanzar la concretización sin una estructura estatal que lo posibilite. El Estado Social, vendrá como la alternativa para tutelar los derechos sociales a través del sistema constitucional de derechos fundamentales.⁹³ Este tema seguirá tratándose a lo largo de este capítulo.

La primera manifestación de la fórmula del Estado Social se da solamente con la Ley Fundamental de Bonn en 1949⁹⁴, que calificó la República Federal Alemana (*Bundesrepublik Deutschland*) como un Estado Democrático y Social de Derecho⁹⁵. El objetivo de esta manifestación fue, sobre todo, compatibilizar dos visiones que otrora eran consideradas antagónicas, por un lado el capitalismo como modo de producción, y por otro, la persecución del bienestar social general por parte del Estado.

Antes de 1949, la Constitución italiana de 1947 presentó indicios del pensamiento del Estado Social en su texto. En el artículo 1.1 asevera que Italia es una República democrática fundada en el trabajo. Y el artículo 2, dice que la

⁹³ BÖCKENFÖRDE, E. 1993. *Op. Cit.*, pp. 72 y ss.

⁹⁴ VIERA ÁLVAREZ, C. 2014. *Op. Cit.*

⁹⁵ VIDAL NETO, P. 1979. Estado de Direito: direitos individuais e direitos sociais, São Paulo, Editora LTr, p. 157-165.

República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.⁹⁶

Posteriormente, la Constitución portuguesa de 1976 se suma a los textos magnos que consagran la fórmula del Estado Social, específicamente en su artículo 2º, en que se establece que Portugal es un Estado de Derecho Democrático que tiene por objetivo la realización de la democracia económica, social y cultural, así como la profundización de la democracia participativa.⁹⁷ Y lo mismo ocurre con la Constitución Española de 1978, artículo 1.1, que indica que España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.⁹⁸

Así, el Estado Social surge como “el avance de la política sobre la economía, la presencia de acuerdos formales o informales entre el capital y el trabajo, y el despliegue de una fuerte malla de seguridad social a través de un vasto sistema de política social.”⁹⁹

⁹⁶ Constitución de la República Italiana. Boletín Oficial, 27 de diciembre de 1947, núm. 298, artículo 1.1 y 2.

⁹⁷ Constitución de la República Portuguesa. Aprobada y decretada por la Asamblea Constituyente el 2 de abril de 1976, Edición del texto revisada el 2005, artículo 2º.

⁹⁸ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, Artículo 1.1.

⁹⁹ SARMIENTO, J. M. 1998. *Op. Cit.*, p. 03.

Las características del Estado Social son casi antagónicas a las características del Estado Liberal que vimos previamente. Ellas determinan nuevas proyecciones de la libertad y la igualdad, que posteriormente condicionarían la comprensión del derecho a la vida y la dignidad humana desde una perspectiva proactiva. El objetivo del Estado Social y Democrático de Derecho es organizar democráticamente la sociedad con miras a una auténtica igualdad de oportunidades.¹⁰⁰ Sus características comprenden la libertad como acceso real de oportunidades¹⁰¹, la igualdad material¹⁰², la cooperación

¹⁰⁰ KAMMLER, J. En: ABENDROTH, W. y LENK, K. 1971. Introducción a la ciencia Política, "El estado social". España, Anagrama, p. 92.

¹⁰¹ La libertad se concretiza cuando todos tienen acceso a las oportunidades sociales. No hay restricción de la libertad en la actuación estatal, sino la ampliación de la libertad. La actuación del Estado en la promoción de los derechos sociales "ha igualado notablemente la libertad de los ciudadanos de aquellas comunidades políticas que han optado por incorporarlos a sus constituciones y a su legislación". GARCÍA MANRIQUE, R. 2013. La libertad de todos: una defensa de los derechos sociales. España, Ediciones de Intervención Cultural/El viejo topo, p. 293. En el mismo sentido, Amartya Sen comenta que la promoción de la libertad es lo que justifica la actuación del Estado. SEN, A. 2000b. *Desarrollo como libertad*, Traducción Laura Teixeira Motta. São Paulo, Companhia das Letras, pp. 55-57. También BÖCKENFÖRDE, E. 2000. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, p. 33.

¹⁰² La igualdad material no considera que todos están en las mismas condiciones de acceder a las oportunidades y bienes mínimos para una vida digna, sino que hay diferencias que deben ser consideradas por el Estado. Para Heller, Radbruch y Neumann, hay que mantener las garantías del Estado de Derecho y "complementarlo con una nueva lógica material de protección social hacia las clases desposeídas y la realización de una democracia social basada en una mayor homogeneidad social, entendida **como igualdad material, no uniformidad.**" MONEREO PÉREZ, J. L. 2009. *Op. Cit.*, p. 59. (el énfasis es nuestro). Es trascendente que el Estado pueda crear condiciones para que se pueda concretar los planes de vida que uno valora, considerando las desigualdades. El ente estatal debe potenciar las capacidades básicas de las personas. RAZ, J. 2001. *La ética en el ámbito público*. Barcelona, Gedisa Editorial, p. 29. Debe también tener en cuenta las situaciones de inferioridad real o de tradicional discriminación y buscar la equiparación ciudadana. CARMONA CUENCA, E. 1994. "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", En: *Revista de estudios políticos*, N° 84. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 280.

Estado/Sociedad¹⁰³, y el Estado Social como medio de institucionalización y desarrollo de los derechos sociales.¹⁰⁴

Con estas características y la presencia activa del Estado, la forma de protección de los derechos fundamentales y el énfasis en la institucionalización de los derechos sociales, se abrirá el camino para que en Europa surgiera la interpretación constitucional que posibilitaría materializar el mínimo vital (lo que veremos en el Capítulo 2 de la tesis).

Con la presencia del modelo de Estado Social, se observará que la intervención estatal en la economía puede abarcar desde la regulación de mercados hasta la producción de bienes y servicios por empresas estatales. Esta manifestación reafirma el sistema capitalista de producción, pero con la presencia del Estado para corregir las irregularidades sociales que el mercado es incapaz de abordar.

¹⁰³ A diferencia del Estado Liberal, el Estado Social se posiciona como un proveedor de servicios sociales y de garante del mínimo para la existencia digna. “El destino del Estado Social en la moderna sociedad pluralista, no debe ser otro, que, el potenciar al máximo la libertad y la igualdad, mediante su actuación en las diversas esferas de la vida pública.” KAMMLER, J. En: ABENDROTH, Wolfgang y LENK, Kurt. 1971. *Op. Cit.*, p. 76. Estado y sociedad son “dos sistemas fuertemente interrelacionados entre sí a través de relaciones complejas, con factores reguladores que están fuera de los respectivos sistemas y con un conjunto de subsistemas interseccionados.” GARCÍA-PELAYO, M. *Ob. Cit.*, p. 25.

¹⁰⁴ Si el Estado Social es un actor en la promoción y ampliación de la libertad y la igualdad; si es un eslabón conectado a la sociedad en la persecución de sus objetivos y en el aumento del bienestar general; entonces el Estado Social es un institucionalizador y desarrollador de los derechos sociales.

La promoción de los derechos de segunda dimensión para la concretización de la dignidad de la persona humana es uno de los principales puntos de diferencia del Estado Liberal y el Estado Social, ya que los derechos de segunda dimensión tienen como principal manifestación (pero no la única) las acciones positivas del ente estatal.

Tenemos, entonces, un nuevo modelo de Estado que ya no considera el Modelo Liberal como justo, ni tampoco admite que la sociedad sea víctima de sus imperfecciones. El Estado social:

“va a trabajar prestando asistencia a los más débiles y conformando la vida social. Lejos de inhibirse en la actividad económica, ahora participa activamente como un actor más y como autoridad que controla, planifica e incluso corrige los desequilibrios económicos. De lo dicho cabe extraer una conclusión: mientras que la concepción liberal supuso la separación formal entre Estado y sociedad, el Estado social de derecho va a terminar con esta separación, pues el Estado intervendrá como principal actor en la sociedad - y por consiguiente en la vida económica.”¹⁰⁵

Esta época de modificación del sistema capitalista llevó a que algunos autores afirmasen que el modelo de producción había sido reformado hasta quedar irreconocible.¹⁰⁶ Sin embargo, esto no fue así.

Eric Hobsbawm reconoce que el proceso que tuvieron los países hacia la adopción de esta forma mixta que comprendía una suerte de matrimonio entre liberalismo económico y socialdemocracia (o, en versión norteamericana, política rooseveltiana del *New Deal*)¹⁰⁷ fue responsable de los años dorados del capitalismo.¹⁰⁸

Ahora bien, el Estado Social no viene a sustituir los deberes de participación de las personas en el desarrollo comunitario. Tampoco debe tener

¹⁰⁵ VIERA ÁLVAREZ, C. 2014. *Op. Cit.*

¹⁰⁶ CROSLAND, A. 1956. *The Future of Socialism*. UK, Jonathan Cape Publisher, p. 517.

¹⁰⁷ HOBBSAWM, E. 1999. *Historia del Siglo XX*. Buenos Aires, Editora Crítica, p. 273.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 275.

rasgos extremadamente paternalistas que puedan frenar el impulso emprendedor y trabajador de las personas.

Los seres humanos somos impulsados por nuestros deseos y objetivos. Tenerlos y perseguirlos da sentido a la existencia humana.

La dignidad –que será abordada más adelante– también comprende la posibilidad de conquistar un modelo de vida valorado a través de sus propios méritos. Si la persona obtiene sin ningún esfuerzo el modelo de vida valorado, entonces este modelo dejaría de ser valorado. Por lo tanto, el Estado Social debería sopesar sus esfuerzos para tutelar el bienestar, al mismo tiempo que evita esta situación. Hay una gran diferencia entre **no poder** acceder a oportunidades para conquistar el modelo de vida que uno valora y tiene razones para valorar, y el **no querer** acceder a estas oportunidades para hacerlo.

El papel del Estado en materia de prestaciones positivas y ofrecimiento de políticas públicas para corregir las irregularidades del mercado deben estar presentes siempre y cuando una persona **no pueda** acceder a las oportunidades necesarias para su vida digna, y que tales condiciones sean vitales para su existencia, igualmente digna.¹⁰⁹

Por esta misma razón, y por determinadas actuaciones extremadamente paternalistas, no todo representó un mar de rosas en esta edad dorada. Los

¹⁰⁹ En este sentido GARCÍA-PELAYO, M. *Ob. Cit.*, pp. 44-45.

problemas de aumentos salariales, los conflictos empresariales para mantener el nivel de aumentos necesarios a la exigencia del mercado para garantizar el poder de compra, la consecuente inflación, y diversos otros factores, llevaron a un nuevo periodo de crisis.¹¹⁰

Obviamente, en periodos de crisis, el Estado se ve en una delicada situación: mantener el nivel de gastos que incluye los servicios esenciales y las prestaciones sociales ofrecidas a las personas, frente a un presupuesto acotado y estricto.

Por esto mismo, otros autores apuntan al fracaso en este intento de llenar las lagunas del Estado Liberal, lo que ocasionó la llamada ‘crisis de legitimidad’ del Estado Social.¹¹¹ Esta crisis de legitimidad fue responsable por el surgimiento del Estado Neoliberal, sin embargo, este tema no es objeto de análisis de esta tesis. Las crisis de legitimidad y sus fundamentos en el Estado Social, representan una materia igualmente compleja, que en pocas líneas jamás sería posible agotar.

Para nuestro objetivo, que es el surgimiento del mínimo vital a través de la interpretación de los derechos a la vida, la dignidad humana, la libertad, la

¹¹⁰ HOBBSAWM, E. 1999. *Op. Cit.*, pp. 288 y 289.

¹¹¹ Sobre la crisis de legitimidad del Estado Social ver LUHMANN, N. 1983. *Teoria politica nello Stato del Benessere*. Traduzione di Raffaella Sutter. Milano, Franco Angeli Editore. También MARTÍNEZ ESTAY, J. I. 2008. “Los derechos sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol N° 976 del Tribunal Constitucional”. *En: Nomos*, N° 2, Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar; BÖCKENFÖRDE, E. 2000. *Op. Cit.*, p. 37; y ROSANVALLON, P. 1981. *La crise de l’Etat-providence*. Paris, Editions du Seuil.

igualdad y la solidaridad, necesitamos comprender que existe una relación concreta entre la evolución del modelo de Estado y la tutela e interpretación de los derechos fundamentales.

Para Luigi Ferrajoli,

"mientras el estado de derecho liberal debe sólo no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también mejorarlas; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja. Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones naturales o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder, y hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones sociales de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etcétera. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador"¹¹²

Por ende, si la evolución del modelo de Estado permitió la consagración de nuevos derechos fundamentales y también su rol activo en la tutela de estos derechos en todas sus dimensiones, a pesar de los argumentos en su contra, estos avances deben protegerse y evitar un retroceso en la forma como el ente público tutela los derechos fundamentales.

Aunque en algunos casos la mala administración de modelos de Estado Social haya generado problemas en la economía de ciertos países, no es menos cierto que "sin una política de subsidios, sea a la vivienda, educación o salud, así

¹¹² FERRAJOLI, L. 2000. Derecho y razón, 5ª edición. Madrid, Trotta, p. 862.

como un sistema de seguridad social obligatorio, el funcionamiento del sistema económico sería inconcebible, ya que la desaparición de las matrices de un Estado social abandonaría a la realidad social a un escenario de conflicto explosivo y crisis de la convivencia.”¹¹³

Hoy en día, se enfrentan tiempos en que la participación del Estado se considera relevante y es socialmente demandada, por lo que resulta central proteger la fórmula que llevó tanto tiempo alcanzar, y evitar una regresión.

Los problemas financieros que en general son apuntados como una debilidad del modelo de Estado Social, están directamente relacionados con los ciclos económicos. El hecho de que existan momentos de crisis que exijan la contención del gasto público, no es contradictorio con el modelo social y democrático. Significa más bien que el Estado debe conocer su situación y actuar conforme la necesidad, flexibilizándose para alcanzar el mejor resultado posible conforme a sus fines, es decir, resguardando el núcleo de los derechos mínimos para una vida digna.

En esto coincidimos con Nogueira Alcalá, que “en la nueva perspectiva del Estado Social, se asume la necesidad de brindar a la población un mínimo básico de bienestar que se compromete a entregar el Estado a través de prestaciones

¹¹³ VIERA ÁLVAREZ, C. 2014. *Op. Cit.*

positivas de hacer respecto de las personas en salud, educación, condiciones laborales, seguridad social, sindicación, entre otras materias.”¹¹⁴

Una postura similar es la de Vieira, quien afirma que “la interpretación del contenido material del Estado social puede variar a lo largo del tiempo, pero siempre quedando un cierto *minimum*, en que los problemas de financiamiento de los derechos sociales no pueden significar el grado cero de vinculación jurídica de los derechos fundamentales sociales.”¹¹⁵

El Estado Social, como modelo flexible, permite la conjunción de las libertades individuales con la promoción e institucionalización de los derechos fundamentales; es decir, conforma una opción viable para los ideales liberales y sociales que garanticen siempre los derechos fundamentales.

Por otra parte, desde el punto de vista jurídico nacional e internacional, la no regresividad de los derechos fundamentales es algo indiscutible. Una vez conquistado el rol social del Estado, este tiene la obligación de no abandonar la tutela de derechos que haya iniciado previamente, regresando al Estado mínimo,

¹¹⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2009. “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”. En: *Estudios constitucionales*, 7(2), 143-205. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-52002009000200007> [consulta: 15 abril 2016].

¹¹⁵ VIERA ÁLVAREZ, C. 2014. *Op. Cit.*

y vulnerando de paso un principio universal que es el de la no regresividad de la tutela de los derechos humanos.¹¹⁶

Para sostener este punto de vista, demostraremos la necesidad de perseguir un escenario de solidaridad en el modelo de Estado frente a las críticas comunes al Estado Social y Democrático de Derecho, ya que este modelo conforma la configuración óptima para la tutela del mínimo vital. Posteriormente, considerando la vinculación de la evolución del Estado y la tutela e interpretación de los derechos fundamentales, demostraremos que la separación ideológica entre el liberalismo económico y el socialismo igualmente ha generado problemas con respecto a la interpretación y protección de los derechos sociales, los que siguen hasta el día de hoy.

1.2 La solidaridad es posible y necesaria en la estructura del Estado moderno

Uno de los principales problemas que enfrenta el Estado Social, es la tormenta de críticas proveniente de quienes abogan por mantener la libertad negativa que caracteriza el modelo liberal. Tales críticas comprenden: que el contenido social del Estado es abstracto (i.e., difícil de definir), que es difícil establecer los límites entre la solidaridad y la autonomía de la voluntad, que los gastos orientados a las necesidades básicas de las personas son excesivos, que

¹¹⁶ Ver COURTIS, C. 2006. Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires, Editores del Puerto SRL.

el concepto de necesidad básica es demasiado abierto (i.e., es complejo de comprender e identificar), que la “procura existencial” a la que el ente estatal pretende ayudar a concretar es también demasiado abstracta; por citar las principales.¹¹⁷

Böckenförde comenta en su obra Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia que la apelación a lo social en la fórmula del Estado Social es muy genérica, viva y abierta. Luego, no hay acuerdo sobre cómo estructurar el contenido social en la Constitución, ni existe acuerdo sobre qué elementos sociales estructurales debieran ser considerados en esta estructura.¹¹⁸

Con respecto a la relación del Estado Social y el mínimo vital, es decir, la tutela del mínimo necesario para tener una condición de vida digna, Pierre Rosanvallon explica que tampoco es posible determinar en qué consiste este mínimo.¹¹⁹ Este autor acierta en conectar el mínimo vital a la dinámica social, es decir, establecer que su contenido es variable en el tiempo y espacio¹²⁰, ya que veremos en el Capítulo 2 que es verdad que su contenido no puede ser universal, sin embargo esto no puede ser una excusa para no aplicarlo –como también ocurre con los derechos sociales.

¹¹⁷ Ver VIEIRA ÁLVAREZ, C. 2013. Libre iniciativa económica y Estado social: análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución chilena. Santiago (Chile), LegalPublishing, pp. 43 y ss.

¹¹⁸ BÖCKENFÖRDE, E. 2000. *Op. Cit.*, p. 37.

¹¹⁹ ROSANVALLON, P. 1981. *Op. Cit.*, p. 33 y 34.

¹²⁰ *Ibidem*.

Con respecto a Martínez Estay, su crítica se concentra en los aspectos económicos que el Estado Social demanda para concretizar los derechos de segunda dimensión según las demandas de la sociedad. Para este autor, las condiciones económicas necesarias para materializar los derechos económicos, sociales y culturales, terminan por frustrar o incluso generar pérdida de confianza en los individuos hacia un Estado que no cumple con lo prometido.¹²¹

De modo similar, Luhmann argumenta con respecto a los costos que produce el Estado de Bienestar, que este modelo “se suele caracterizar generalmente como un Estado que dota de extensas prestaciones sociales a determinadas capas de la población, y que estos efectos ha de hacer frente a nuevos costos a un ritmo cada vez más elevado. Es fácil predecir entonces que esta empresa tiene que fracasar como consecuencia de tener que satisfacer tales costos.”¹²²

El autor alemán va más allá y plantea que el sistema prestacional del Estado Social llevaría a la dependencia de los individuos de tales prestaciones, incluso reduciendo su participación en la vida social, que se daría tan sólo de forma marginal.¹²³

¹²¹ MARTÍNEZ ESTAY, J. I. 2008. *Op. Cit.*, p. 282 y 283.

¹²² LUHMANN, N. 2007. *Op. Cit.*, p. 47.

¹²³ *Ibidem*, p. 48.

Para Hayek, el Estado Social carece de significado preciso u objetivo definido.¹²⁴ Afirma que toda clase de Estado providencia que busca la justicia social, termina convirtiéndose en un distribuidor de rentas que no tiene otro camino que el socialismo, adoptando métodos coactivos y arbitrarios.¹²⁵

Hayek demuestra temor al gobierno que adopta políticas de bienestar, por ser un “peligro para la libertad”¹²⁶, y alude que “es inevitable que tal clase de administración de bienestar del pueblo se convierta en un aparato incontrolable y dotado de propia voluntad, frente al cual el individuo está desamparado”¹²⁷

¿Será que efectivamente el modelo liberal está exento de falencias, y solamente el modelo Social lleva al estado de crisis? ¿O será que la relación entre los modelos de Estado y las crisis económicas no son exactamente lo que plantean? Veamos esto con más detalle.

1.3 No hay modelo de Estado exento de crisis

Basado en los problemas planteados por las críticas del Estado Social, uno se puede preguntar si el modelo liberal que subsiste hoy día en países como los Estado Unidos de América, por ejemplo, es superior al de los países que

¹²⁴ HAYEK, F. 1998. Los fundamentos de la libertad. Madrid, Unión Editorial, p. 346-348.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 349.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 350.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 351.

aplican políticas de bienestar y privilegian la garantía de los derechos de segunda dimensión de los derechos fundamentales.

Markus Jäntti, afirma que de los norteamericanos que nacen entre el 20% más pobre de la población, el 42% permanece en este mismo quintil cuando alcanzan la edad adulta.¹²⁸ Jason De Parle complementa que el 65% de la población que nace en el quintil más pobre (20%), permanece toda la vida dentro de este quintil. Lo mismo para los considerados más privilegiados: si se nace entre el 20% más rico, existe una probabilidad muy elevada de permanecer en este quintil por toda su vida.¹²⁹

Los datos demuestran¹³⁰ que el modelo norteamericano de libertad de mercado, basado en el principio de que todos están en igualdad de condiciones para acceder a las oportunidades ofrecidas para alcanzar el modelo de vida subjetivamente valorado, no está libre de imperfecciones.

¹²⁸ JÄNTTI, M. 2009. "Mobility in the United States in comparative perspective." En: *Focus*, Vol. 26, No. 2, [en línea] <<https://www.irp.wisc.edu/publications/focus/pdfs/foc262g.pdf>> [consulta: 21 agosto 2017].

¹²⁹ RAMPINI, F. 2012. *Non ci possiamo più permettere uno Stato sociale: Falso!*. Roma-Bari, Idòla Laterza, p. 7.

¹³⁰ Otros informes en este sentido: BECKER, G. S. y TOMES, N. 1986. "Human Capital and the Rise and Fall of Families." En: *Journal of Labor Economics*, 4, No. 3; CHADWICK, L. N. y SOLON, G. 2002. "Intergenerational Income Mobility among Daughters." En: *American Economic Review*, 92, No. 1, pp. 335–344; HERTZ, T. 2005. "Rags, Riches, and Race: The Intergenerational Economic Mobility of Black and White Families in the United States." En: BOWLES, S.; GINTIS, H. y OSBORNE, M. (editores). *Unequal Chances: Family Background and Economic Success*. New York, Russell Sage Foundation, pp. 165–191; CORAK, M. 2006. "Do Poor Children Become Poor Adults? Lessons for Public Policy from a Cross Country Comparison of Generational Earnings Mobility." En: *Research on Economic Inequality* 13, No. 1, pp. 143–188.

Si fuera así, se observaría mayor movilidad social entre los quintiles. Pero los datos demuestran que en sociedades como la estadounidense, las personas tienden a permanecer en los mismos quintiles en que nacieron.

Hay otros problemas apuntados por Federico Rampini, con respecto a las prestaciones esenciales en la sociedad. Todo gira alrededor del concepto de acceso privado de los servicios que son considerados públicos. Esto deriva en altos precios de acceso y exclusión. Rampini llega a preguntar, “¿al final qué recibo a cambio de los impuestos americanos? Nada de salud, nada de escuela, nada de pensiones, nada de transporte público. Francamente, el pacto social americano no me parece tan ventajoso.”¹³¹ Rampini afirma que su vida en Norteamérica le dejó escéptico sobre la presunta virtud del liberalismo.¹³²

Con todo esto podemos verificar también que la nación norteamericana no estuvo exenta de crisis económicas a lo largo de su historia. Como ejemplo de las crisis sufridas por el país norteamericano, podemos ejemplificar la de 1764 que implicó la caída del PIB *per capita* al 50%; la mundialmente conocida crisis de la bolsa de valores de 1929 y la crisis del 2008 –iniciada el 2006- ocasionada por la burbuja inmobiliaria, que contagió el sistema financiero y luego se expandió a nivel internacional.

¹³¹ RAMPINI, F. 2012. *Op. Cit.*, p. 16.

¹³² *Ibidem*, p. 18.

La extrema libertad, que sería responsable por un mercado equilibrado y de competencia perfecta, no evitó que la crisis golpease al país norteamericano, así como la crisis también golpeó a otros países que adoptaron otros modelos de Estado, como es el Estado Social.

Como explicamos en el punto 1.1, todos los países entrarán tarde o temprano en periodos de crisis. Esto es una lógica económica que se desarrolla independiente de la voluntad de sus gobernantes. Incluso se dará en cualquier modelo de Estado. Lo que sí es necesario para poder salir de los momentos de crisis económica son las políticas anticíclicas, que utilizadas de forma eficiente, pueden disminuir el tiempo en que los países se quedarán dentro de esta fase.¹³³

La libertad de los mercados que existe en los países de modelo liberal permite ciertas respuestas para los periodos de crisis, empero responden a través de la lógica de la competencia con enormes sacrificios.¹³⁴

Sacrificar los derechos de las personas para que el país pueda recuperarse de una crisis económica es incompatible con una concepción moderna de los derechos fundamentales, que incluyen la participación activa del Estado en su efectiva protección. Dicho de otro modo, los derechos

¹³³ En este sentido ver AUERBACH, A. 2002. "Is there a role for discretionary fiscal policy?" En: NBER Working Paper, N° 9306; BARLEVY, G. 2004. "The cost of business cycles and the benefits of stabilization: a survey." En: NBER Working Paper, N° 10926; y BELLO, O. y JIMÉNEZ, J. P. 2008. "Política fiscal y ciclo en América Latina", documento presentado en el Taller regional sobre política macroeconómica y fluctuaciones cíclicas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago (Chile), 10 y 11 de abril.

¹³⁴ RAMPINI, F. 2012. *Op. Cit.*, p. 31.

fundamentales no son negociables, incluso como una forma de responder a períodos económicos difíciles, los que siempre se darán en la historia de cualquier nación y que deben recibir la atención del gobierno con políticas anticíclicas responsables y que garanticen la dignidad humana y la vida.

Reafirmamos lo dicho en el inicio de este capítulo, “el puente entre lo económico y lo ético está tendido por el Derecho, por lo cual si bien lo económico es importante en lo individual y social, siempre debe reconocer por encima a la ética como valor superior.”¹³⁵

Por otro lado, como ejemplo de modelo de Estado social podemos referirnos a Alemania. Este país ha logrado excelentes resultados con su modelo social. Alemania es el único país occidental con una economía de grandes proporciones que ha acumulado saldos comerciales positivos con China. Alemania está a la par con China y EE.UU. en su cuota del comercio mundial, lo que se da teniendo 1/4 de la población de Estados Unidos y 1/15 de la población de China.¹³⁶ “La extraordinaria competitividad de Alemania fue obtenida y preservada con niveles de redistribución que están entre los más altos del mundo; un movimiento sindical que es probablemente el más potente del mundo; un alto nivel de servicios sociales; y reglas severas a la tutela del medioambiente.”¹³⁷

¹³⁵ CARNELUTTI, F. 1955. *Op. Cit.*

¹³⁶ RAMPINI, F. 2012. *Op. Cit.*, p. 33.

¹³⁷ *Ibidem.* (traducción nuestra del original en italiano)

Además, el caso de Alemania no es un caso aislado. En Europa existen otras naciones muy fuertes con modelos de Estado social (e.g., Holanda, Austria, Suiza, Suecia, Dinamarca, Noruega y Finlandia), que comparten características comunes, tales como altos salarios, fuertes sindicatos, avanzada legislación de protección al medioambiente, excelencia en la escuela pública, y una sociedad más igualitaria en comparación con otras naciones del sur de Europa o con el modelo norteamericano.¹³⁸

Por esta misma razón, corroboramos la aseveración de Rampini: “observando estas naciones parece absurdo que cualquiera pueda proclamar ‘la muerte del modelo social europeo’.”¹³⁹

A diferencia del modelo norteamericano, donde no se ve la devolución de las prestaciones públicas a través de la recaudación de impuestos, en Europa, específicamente citando el caso alemán, las personas aceptan una alta carga tributaria a cambio de obtener acceso a una buena calidad de vida, con excelentes sistemas de servicios sociales, desde la escuela hasta la salud.¹⁴⁰

Uno de los problemas apuntados por la doctrina y que fueron tratados anteriormente con respecto al Estado Social, hace referencia al modo en que el ente público incrementa el nivel de gastos para atender a las necesidades

¹³⁸ RAMPINI, F. 2012. *Op. Cit.*, p. 34.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 35.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 38.

sociales. Esto está directamente relacionado con dos vertientes. Primero, la forma de incrementar el nivel de recaudación y, segundo, cómo se gestionan los recursos públicos.

Un gobierno corrupto que malversa los recursos del erario público no tendrá otro resultado que una gestión fallida. Sin embargo, este no es un problema del modelo de Estado, sino un problema de administración.

Por otro lado, la población debe tener consciencia de que su participación en la formación del dinero público es imprescindible para que pueda haber recursos que se puedan emplear en prestaciones sociales de calidad. En esta formación del erario público el punto de partida es la participación de las personas en el mercado, sea con su fuerza de trabajo, su inversión de capital o en su rol de consumidor. Este trabajo tiene en consideración que no es posible hablar de generar recursos sin que crezca la cantidad de capital en la sociedad.¹⁴¹

Además, las personas deben estar conscientes de la importancia de su contribución para la formación de los recursos públicos a través de la tributación. El ciudadano que evade la tributación, mal utiliza los servicios públicos, o no conserva los bienes públicos, son personas que contribuyen al fracaso del modelo prestacional. Nuevamente, esto no es un problema del modelo de Estado, sino un problema de consciencia de la población.

¹⁴¹ RESICO, M. 2010. Introducción a la Economía Social de Mercado. Buenos Aires, Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 115 y ss.

Ergo, al final, tenemos claro que ninguno de los dos modelos deja a los Estados libres de crisis económicas. Tarde o temprano, tales crisis llegarán y, obviamente, la forma como el Estado se ha preparado va a reducir el tiempo de crisis y permitirá mitigar su impacto.

Esta forma previsora de actuar, junto a un modelo de Estado social, garantizará que el ente estatal pueda superar las dificultades sin tener que sacrificar los derechos de las personas, contribuyendo a impedir que surja una crisis social junto a la crisis económica.

Entonces, criticar el modelo de Estado Social bajo los epítetos de modelo fracasado, indeseado o que genera la bancarrota de la sociedad, implica negar la existencia de ejemplos que demuestran lo contrario. En este punto, para mejorar la comprensión de la evolución del modelo del Estado liberal al Estado social es necesario abordar el concepto de solidaridad.

1.3.1 Solidaridad: una utopía necesaria

El Estado Social es la reconciliación entre el Estado y la sociedad. Representa un modelo en que el ente colectivo se adjudica la responsabilidad de corregir la exclusión del acceso a las oportunidades de desarrollo personal y el acceso a los bienes esenciales para una vida digna.

En el Estado Social, resta clara la ampliación de los derechos de libertad e igualdad, concretizados por la justicia social. Esta estructura, como ya hemos estudiamos, no representa la reducción de tales derechos, sino su ampliación de forma eficiente.

En el Estado Social, se fortalecen los derechos de libertad e igualdad, concretizados por la justicia social. De hecho, contra el argumento de que el Estado Social es una fórmula fallida, muchos estudios llevan a concluir que la presencia del Estado Social en la promoción del bienestar conduce a la reducción de la desigualdad. Esping-Andersen, por ejemplo, apunta que cuanto mayor sea el Estado social, mayor es el grado de igualdad en los ingresos disponibles y menores son los índices de pobreza.¹⁴² Goodin *et al* muestran que los regímenes socio-democráticos generan la minimización de la desigualdad.¹⁴³ Korpi y Palme concluyen en su estudio que cuando muchos beneficios están dirigidos a los pobres y a los más necesitados, se genera igualdad a través de las transferencias públicas, y que todo esto es una cuestión de prioridad, cuyo resultado es la reducción de la pobreza y la promoción de la igualdad.¹⁴⁴

¹⁴² ESPING-ANDERSEN, G. 2004. "Social welfare policy, comparisons". *En: International Encyclopedia of the Social and Behavioural Sciences*, ed. Neil J. Smelser and Paul B. Bates, Amsterdam, Elsevier.

¹⁴³ GOODIN, R.; HEADEY, B.; MUFFELS, R. y DIRVEN, H. 1999. *The Real Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge, Cambridge University Press.

¹⁴⁴ KORPI, W. y PALME, J. 1998. "The Paradox of redistribution and the strategy of equality: Welfare state institutions, inequality and poverty in the Western countries". *En: American Sociological Review*, 63 (5): 661-87.

Aunque es difícil medir el impacto de la presencia del Estado Social en cada una de las áreas en que actúa, esto no impide que las aproximaciones citadas lleguen a concluir que la presencia de este modelo impacta significativamente en el aumento de bienestar y la reducción de la desigualdad.¹⁴⁵

Como veremos en el próximo capítulo, durante el curso de la historia los teóricos se dieron cuenta de que el ente estatal debiera hacerse cargo de las personas en situación de penuria. Que debiera ofrecer posibilidades de acceder a un estilo de vida digna teniendo en cuenta su situación real, sus dificultades para acceder a los bienes en el mercado, y auxiliarlas a través de la garantía de los derechos de segunda dimensión y de su promoción por medio de las prestaciones fácticas para su efectiva concretización.

En este contexto, la caridad privada no representó una respuesta adecuada al problema. La caridad debe dar paso al deber público, que comprende el derecho a la sobrevivencia, a la alimentación, a la protección mínima, a la salud.¹⁴⁶

En esta transición, aparece el principio de la solidaridad para cimentar el necesario compromiso de las personas con la formación de las condiciones que permiten al Estado garantizar la dignidad humana y tutelar sus derechos, los que

¹⁴⁵ ARTS, W. y GELISSEN, J. 2012. "Models of the Welfare State". *En: The Oxford Handbook of the Welfare State*, ed. Francis G. Castles et. al, Oxford, Oxford University Press, p. 583.

¹⁴⁶ RODOTÀ, S. 2014. *Solidarietà un'utopia necessaria*. Roma-Bari, Editri Laterza, p. 16.

no pueden estar subordinados a la benevolencia de los demás, es decir, confinados en su dependencia.¹⁴⁷

Es menester que el Estado pueda participar, equilibrando la posibilidad de acceder a los bienes materiales y las oportunidades de vida. Impedir que las personas se queden al margen de las oportunidades para concretar el plan de vida que subjetivamente valora.

Tal equilibrio debe venir de forma responsable, es decir que, al mismo tiempo que se garantizan sus derechos, se potencien las competencias personales que le permitan lograr sus objetivos valorados. El Estado social no debe caracterizarse por ser paternalista. Como dijimos antes, el Estado social no puede suprimir la autonomía de la voluntad, debe ofrecer herramientas para que, luego, la persona pueda buscar con sus propias competencias los objetivos y bienes que quiere tener acceso.

Sin solidaridad en el Estado, lo que existe es la cadena de la dependencia de la caridad privada, y esta cadena es en la mayor parte de los casos perpetua, porque en tal situación jamás habría condiciones para que la persona pueda potenciarse y cambiar su destino.

¹⁴⁷ RODOTÀ, S. 2014. *Op. Cit.*, p. 17.

De este modo la vinculación de la solidaridad con la dignidad humana se ve de forma mucho más evidente. El sacrificio de la solidaridad se convierte inmediatamente en violación de la dignidad.¹⁴⁸

Para garantizar la dignidad el Estado debe promover la solidaridad, como responsabilidad de gestión suya, y no de particulares. La sociedad puede ayudar al Estado, como muchas veces ocurre con el tercer sector, pero jamás el Estado podrá transferir su responsabilidad de solidaridad a los particulares.

El hecho de que se pueda, a través de la fórmula Estado Social, identificar la responsabilidad del ente público en preservar la dignidad humana nos lleva a reconocer que él también está obligado a garantizar condiciones mínimas de existencia digna, que se concretizan por la solidaridad en la preservación de la dignidad humana, la vida, la libertad y la igualdad.

Es lo que se observa, por ejemplo, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que determina la indivisibilidad de los derechos e institucionaliza la solidaridad como parte de su rol de derechos fundamentales¹⁴⁹, por lo que el artículo 34 reconoce el derecho a “una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes.”¹⁵⁰

¹⁴⁸ RODOTÀ, S. 2014. *Op. Cit.*, p. 37.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 73.

¹⁵⁰ Carta Europea de Derechos Fundamentales [en línea]
<http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf> [consulta: 30 septiembre 2016].

La solidaridad significa, entonces, actuar en favor de la dignidad y de la igualdad, como forma de promover la libertad ¹⁵¹, como resultado final. Este es el objetivo principal del Estado Social y Democrático de Derecho, que permite la proyección de los derechos fundamentales en la conformación de este escenario solidario que promueve la libertad, la vida, la igualdad y la dignidad humana.

Para esto, el Estado, debe identificar las personas en situaciones de exclusión para buscar la solución a través de políticas públicas, que les auxilien a salir de su marginalización social, promover la dignidad con la garantía de niveles mínimos de vida digna. Como resultado, las personas ampliarán sus capacidades y también sus competencias, lo que les permitirá en lo sucesivo acceder a los bienes y planes de vida que valoran. Dicho de otro modo, la ampliación de oportunidades es la plena libertad.

Obviamente que para actuar de esta forma el Estado deberá tener recursos. Nadie está imaginando que no existen costos para los derechos. Para ello, la solidaridad es un principio basal necesario para generar los recursos que serán utilizados para canalizar el esfuerzo social en una distribución adecuada, que permita al Estado social concretar los fines para los cuales fue creado.

Observar las continuas vulneraciones a los derechos fundamentales realizadas por modelos de Estado que no interfieren para lograr la mayor

¹⁵¹ RODOTÀ, S. 2014. *Op. Cit.*, p.99.

inclusión posible en su proceso de desarrollo es contraria a la evolución del concepto de estado que dio espacio al Estado Social y Democrático de Derecho y demostró que el estado puede jugar un rol más activo en la concretización del bien común.

La inclusión social no es una cuestión de mérito, no estamos todos en el mismo pie de igualdad, existen muchas circunstancias que dificultan la lucha personal en la sociedad (e.g., discapacidades, acceso a educación, problemas de salud, discriminación étnica), y el Estado Social reconoce estas dificultades y quiere contribuir para que estos obstáculos no sean una traba eterna que genere exclusión social.

Ahora bien, el Estado Social no busca otorgar privilegios para las personas que se encuentran en las situaciones de exclusión anteriormente comentadas. La concesión de privilegios era la situación temida por la burguesía en la época de la monarquía absolutista y que contribuyó a generar el Estado liberal. Privilegio es conceder una prestación pública a quienes no tienen ninguna dificultad para perseguir sus planes de vida. No es privilegio auxiliar a los que no pueden hacerlo por motivos ajenos a su voluntad.

Es trascendente generar la consciencia de que todos somos parte del mismo cuerpo social, y tenemos una responsabilidad con él, reconociendo que a través de nuestro esfuerzo el ente estatal puede generar acciones positivas para

auxiliar a los demás. Este es el concepto de la solidaridad en el modelo de Estado social.

1.3.2 La mantención del modelo social y democrático de derecho en periodos de crisis

Es menester aún hacer algunas breves consideraciones con respecto al papel del Estado Social en periodos de crisis, principalmente en relación con la mantención de la tutela de los derechos fundamentales.

Si la evolución del modelo de Estado ha permitido una nueva perspectiva en materia de derechos fundamentales, y el ente público surgió como garante del mínimo vital a través de esta perspectiva (lo que se abordará más ampliamente en el próximo capítulo), es determinante poder sostener que esta garantía no estará presente solamente en periodos de abundancia.

En el apartado anterior comentamos sobre el importante papel de la solidaridad, que va a permitir al Estado auxiliar a las personas bajo su tutela en la persecución de los objetivos de vida que subjetivamente valoran, y en la preservación de un mínimo necesario para la existencia digna.

Además, comentamos también que las principales críticas al modelo social y democrático de derecho en el Estado se refieren más bien a las dificultades

económicas que este modelo puede sufrir debido al amplio umbral financiero necesario para atender las demandas prestacionales.

Comprobamos en aquellas líneas que no hay modelos exentos de crisis, y que tanto los modelos liberales o sociales de Estado pasarán por momentos de crisis y tendrán que adoptar políticas anticíclicas y garantías de derechos para superarlos con el menor costo económico y social posible. Las crisis financieras no justifican la desprotección en materias de derechos fundamentales.

La resolución S-10/1 del Consejo de Derechos Humanos, en su párrafo 5 “exhorta a los Estados a que tengan presente que las crisis económicas y financieras mundiales no disminuyen la responsabilidad de las autoridades nacionales y la comunidad internacional en la realización de los derechos humanos y los exhorta a que presten asistencia, en particular, a los más vulnerables a ese respecto, y en ese contexto insta a la comunidad internacional a que apoye los esfuerzos nacionales para, entre otras cosas, establecer y conservar las redes que aseguran la protección de los segmentos más vulnerables de su sociedad.”¹⁵²

La crisis económica obliga a los Estados a redistribuir el gasto público, lo que resulta una verdadera prueba de exigibilidad de los derechos

¹⁵² Resolución S-10/1 del Consejo de Derechos Humanos [en línea] <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/SpecialSession/Session10/S-10-1_sp.doc> [consulta: 14 agosto 2017].

fundamentales.¹⁵³ Cualquier freno en la garantía de estos derechos, con especial énfasis en los derechos económicos sociales y culturales (DESC), será posible únicamente con la prueba por parte del Estado de que está aprovechando el máximo de recursos posibles en esta labor.

Este criterio viene definido en la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se afirma que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.”¹⁵⁴

Más que la carga de la prueba, hay otros criterios que los países deben observar siempre que pretendan adoptar medidas restrictivas en materia de garantía de los derechos fundamentales de rasgo prestacional en periodos de crisis. Primero, que cualquier política restrictiva sea temporal, y cubra tan sólo el periodo de crisis. Segundo, que la política restrictiva no sea discriminatoria y abarque todas las medidas posibles, incluidas las medidas fiscales, para apoyar las transferencias sociales con el fin de mitigar las desigualdades, que pueden

¹⁵³ SAURA ESTAPA, J. 2013. “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”. En: BONET PÉREZ, J. y SAURA ESTAPA, J. 2013. *El derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis: estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid, Marcial Pons, p. 67.

¹⁵⁴ Observación general n° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Párrafo 10. [en línea] <<https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-3-indole-obligaciones-estados-partes>> [consulta: 14 agosto 2017].

crecer en tiempos de crisis, y para garantizar que el derecho de los individuos y los grupos marginados no sean afectados de manera desproporcionada. Tercero, que la política identifique el contenido básico mínimo de los derechos, o un piso de protección social, tal como fue desarrollado por la OIT y asegure la protección de este contenido básico en todo momento.¹⁵⁵

En esta misma línea, Christian Courtis define los criterios a ser observados por los Estados en la adopción de políticas que importen un freno o retroceso en la garantía de los DESC. Para Courtis, habrá que demostrar el carácter imperioso de la medida; que existe un interés estatal calificado; y la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión.¹⁵⁶

Ergo, junto a Jordi Bonet Pérez, podemos concluir que la crisis económica grave no puede a priori permitir la derogación o suspensión de los DESC, y en la hipótesis de que esto fuera posible, la afectación deberá ser siempre puntual, temporal y muy particular.¹⁵⁷

¹⁵⁵ En PILLAY, A. G. 2012. Carta al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en línea] <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/LetterCESCRtoSP16.05.12.pdf>> [consulta: 14 agosto 2017].

¹⁵⁶ COURTIS, C. 2009. El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos. México, Fontamara, p. 86.

¹⁵⁷ BONET PÉREZ, J. 2013. Aproximación al tratamiento jurídico de las crisis de naturaleza económica en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. En: BONET PÉREZ, J. y SAURA ESTAPA, J. 2013. *El derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis: estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid, Marcial Pons, p. 185.

De ser así, en los periodos de crisis la mejor solución para evitar que la crisis económica se transforme igualmente en una crisis social, es buscar la mayor efectividad y tutela de los derechos fundamentales en su totalidad, incluyendo los derechos prestacionales. Y para que esto sea una realidad, se hace primordial una buena gestión interna de los recursos disponibles, priorizando lo que es esencial para la vida digna, aparte de contar, igualmente, con la comunidad internacional para superar el momento de dificultad, sin menoscabar los DD.FF.

En la práctica, estudios europeos demuestran que los países no están adoptando políticas públicas que preservan la garantía de los DD.FF. en periodos de crisis.¹⁵⁸ En este caso, hay una clara violación del contenido constitucional y del cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por los países europeos frente a las crisis económicas.

En este escenario, el mínimo vital se configura como un argumento jurídico con mayor fuerza axiológica para mantener la protección del mínimo para una vida digna. Este principio jurídico establecerá criterios que van a permitir un mejor análisis de las políticas públicas restrictivas de derechos fundamentales.

El criterio de preferencia presente en el contenido del mínimo vital, que será desarrollado en el Capítulo 2 de nuestra investigación, ofrecerá las

¹⁵⁸ ALIJA FERNÁNDEZ, R. 2013. *Op. Cit.*, pp. 50 y 51.

herramientas necesarias para reforzar lo que la doctrina ya viene tratando sobre la efectiva tutela de los DD.FF. frente a las crisis.

1.4 Una herencia perjudicial en la división de los derechos fundamentales

Cuando iniciamos este capítulo propusimos que el eje central sería conectar la evolución del modelo de Estado con la tutela e interpretación de los derechos fundamentales, y en esta labor, verificamos que en la evolución estudiada es relevante el surgimiento de los derechos sociales, lo que es incluso anterior al surgimiento del Estado Social, pero que encuentra en éste, la configuración propicia para su efectiva protección bajo el sistema de garantías constitucionales.

Al abordar la temática de los derechos sociales, que es trascendente para la configuración del mínimo vital, otros temas inevitables surgirán, y uno de ellos es el menoscabo hacia los derechos sociales, que muchas veces no son tratados por la doctrina como reales derechos.

Este menoscabo, también perjudicará la judicialización de los derechos de segunda dimensión y esto afectará el prisma positivo del mínimo vital, como explicaremos en el capítulo siguiente.

No son pocos los trabajos que se dedican a estudiar los derechos fundamentales e intentar una aproximación teórica entre los derechos civiles y políticos

(derechos liberales) y los derechos económicos, sociales y culturales (o simplemente derechos sociales).¹⁵⁹

Diferente de lo que algunas corrientes pueden pensar,¹⁶⁰ los derechos sociales son derechos, como el propio nombre aclara, y esto les confiere un naturaleza diferente de cualquier otra propuesta distinta. Es decir, no son programas de gobierno, aspiraciones, sueños de una utopía social u objetos inalcanzables por razones económicas.

Una de las problemáticas que se puede observar con respecto al estudio de los derechos sociales es que, por herencia histórica, existe una separación de los derechos fundamentales en dos categorías, con la consecuente primacía de

¹⁵⁹ Ver ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2014. Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Editorial Trotta. También ARANGO, R. 2005. El concepto de derechos sociales fundamentales, Bogotá, Legis Editores. Y FRÓES OLIVEIRA, F. 2013. *Op. Cit.* Para citar algunos.

¹⁶⁰ Pedro Salazar Ugarte nos presenta tres objeciones en materia de derechos sociales que se presentan como justificaciones surgidas por los teóricos que indagan sobre la equiparación de los derechos sociales con otros derechos (como los civiles y políticos, la más común comparación), su garantía y su justiciabilidad. La **primera objeción** es la del italiano Ricardo Guastini, que afirmó que los derechos sociales son meros “derechos de papel” que carecen de verdaderas garantías jurídicas. Estos derechos serían nada más que pretensiones o expectativas, sin contenido preciso, ni dirigidos contra nadie en concreto. Complementa Guastini diciendo que el defecto estructural de los derechos sociales está en su imposibilidad de exigencia judicial. La **segunda objeción** tiene estrecha relación con la primera. Los derechos sociales sería nada más que acciones estatales positivas indeterminadas. Luego, las pretensiones o expectativas de los derechos civiles y políticos pueden ser fácilmente satisfechas, mientras que las de los derechos sociales son de engorrosa realización. Por último, la **tercera objeción**, señala la necesidad de abundantes recursos económicos para la satisfacción de los derechos sociales, lo que resulta en la configuración de derechos para los civiles y políticos, por su fácil realización y la característica de fórmulas retóricas contenidas en la constitución como producto de un momento político determinado, con difícil realización universal y concreta para los derechos sociales. En: SALAZAR UGARTE, P. 2008. La democracia constitucional, una radiografía teórica, Instituto de Investigación Jurídica, México, Fondo de Cultura Económica, p. 152 y 153.

la protección de los derechos de primera dimensión, en desmedro de los derechos de segunda dimensión.

En un inicio, vimos que existe una correlación de los derechos fundamentales con la forma de Estado (Böckenförde). En el caso del Estado Liberal, los derechos fundamentales apuntaron hacia la primacía del individuo por sobre el ente público, es decir, los derechos fundamentales eran utilizados únicamente como derechos de defensa contra el Estado. El iusnaturalismo sirvió para demostrar que los derechos fundamentales inherentes a todas las personas eran anteriores al Estado, y esto permitió defender que no era el ente estatal quien otorgaba los derechos, sino que ellos son anteriores a la propia noción de Estado. Consecuentemente, los primeros derechos fundamentales del modelo Liberal de Estado, eran las libertades negativas.

Posteriormente, con la crisis del Estado Liberal y la evolución al Estado Social, surgieron los derechos de segunda dimensión de los derechos fundamentales (derechos económicos, sociales y culturales) y también se asignaron nuevas proyecciones a los derechos de primera dimensión (e.g., la libertad como acceso a oportunidades, la igualdad material, la perspectiva activa en la protección de la vida y la dignidad humanas).

La tutela de los derechos sociales no bastó con su constitucionalización, que se dio inicialmente con las cartas políticas de México de 1917 y Weimar de

1919. Fue necesaria avanzar en la estructura del Estado social para que estos derechos tuviesen efectivamente una tutela por parte del ente público.

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en 1948, de la Organización de las Naciones Unidas, los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, están presentes en un único documento. Esta declaración fue considerada por la Comisión como un ideal común, que los Estados pretenderían alcanzar, sin embargo, no contaba con un estatus jurídico de obligatorio cumplimiento.¹⁶¹

En este periodo, las relaciones Este-Oeste ya estaban comenzando a deteriorarse y las acciones de las Naciones Unidas se vieron frustradas por los conflictos políticos entre estados socialistas y capitalistas.¹⁶²

Con relación a los derechos, cada bloque priorizó ciertas categorías por sobre la otra. El bloque capitalista puso énfasis en los derechos de primera dimensión, mientras que el bloque socialista lo hizo con los derechos de segunda dimensión de derechos fundamentales. Eso se dio porque el bloque capitalista creía que los derechos sociales eran más metas políticas que judiciales.¹⁶³ Por esto mismo, en la práctica, los derechos liberales recibieron las herramientas

¹⁶¹ SUÁREZ SEBASTIÁN, M. 2009. "Aspectos fundamentales de los DESC". En: GONZÁLEZ MONGUÍ, P. (coordinador), *Derechos económicos, sociales y culturales*, Bogotá, Editorial Kimpres, p. 66.

¹⁶² IHRIP (2000). "Círculo de Derechos", Módulo 2 [en línea] <<http://www.iie.org/~media/Files/Programs/IHRIP/Circle%20of%20Rights%20Spanish/combined%201.pdf?la=en>> [consulta 03 marzo 2016].

¹⁶³ *Ibidem*.

precisas para su funcionamiento y judicialización, mientras que los derechos sociales no.

Esta diferencia se hizo clara con la promulgación por parte de la Asamblea de las Naciones Unidas de dos pactos de derechos distintos y coetáneos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos con fecha 16 de diciembre de 1966.

La redacción de los Pactos se dio en un contexto de conflicto entre dos ideologías irreconciliables en medio de la Guerra Fría¹⁶⁴, y resultaron de un complejo proceso de discusión en la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo inicio podría remontarse a la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Solamente con el fin de la Guerra Fría, después de la caída del Muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989, se unificó nuevamente todos los derechos fundamentales en un único documento, lo que ocurrió con la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. Esta reunificación apuntó a comprender los derechos fundamentales en su totalidad como de mismo grado de importancia,

¹⁶⁴ BARRENA, G. 2012. "El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". *En: Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos*, fascículo 3, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, p. 26.

lo que no significa que sean iguales en estructura. No obstante, la herencia de la división de derechos sería un fantasma que perseguiría muchas discusiones modernas sobre la categoría y exigibilidad de los derechos fundamentales.

1.5 El problema de la equiparación. ¿Por qué unificar sin uniformar las características de los derechos fundamentales?

En este apartado, vamos a delinear las características de las categorías de derechos fundamentales, explicando algunas teorías que primero intentaron separar los derechos liberales de los derechos sociales, y después analizando las teorías que intentaron uniformarlos.

En el establecimiento del marco teórico necesario a la configuración del mínimo vital se demostrará la importancia de los conceptos referentes a la teoría de los derechos sociales para la concretización de este principio jurídico.¹⁶⁵

Con la exposición sobre la historia de separación de los derechos fundamentales se ha demostrado que existe un cierto privilegio de los derechos civiles y políticos frente a los derechos económicos, sociales y culturales, por el contexto liberal en que estaban insertos. Los derechos fundamentales nacen de

¹⁶⁵ Para una tesis completa sobre el tema ver ARRIAGADA CACERES, M. 2013. Derechos Liberales y Derechos Sociales. Imposibilidad y Paradoja de una Equiparación. Una mirada desde la teoría analítica del derecho. Tesis Doctoral. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 369p.

un cierto individualismo de las personas, un componente que Escobar Roca considera como esencial en cualquier teoría de los derechos.¹⁶⁶ Complementa el autor, que no es posible hablar de DD.FF. sin una referencia al contexto en que surgieron, los ideales que pretendían incorporar, las dificultades para su implementación o sus transformaciones, principalmente en el último siglo.¹⁶⁷

Ergo, las constituciones –inicialmente– se estructuraron con un amplio espectro de protección a los derechos liberales, y escasas condiciones para la judicialización de los derechos sociales. Estas diferencias están “basadas sobre una visión totalmente sesgada y ‘naturalista’ del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa.”¹⁶⁸

El argumento comúnmente utilizado para distinguir los DCP de los DESC establece que los derechos de primera dimensión son derechos subjetivos que reflejan una obligación de abstención por parte del Estado de interferir en la esfera individual (libertad) de la persona¹⁶⁹; y en cambio, que los derechos

¹⁶⁶ ESCOBAR ROCA, G. 2005. Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos. Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Madrid, Trama Editorial, p. 04.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 03.

¹⁶⁸ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2014. *Op. Cit.*, p. 23.

¹⁶⁹ Ver por ejemplo ALEXY, R, 2014, Teoría de los derechos fundamentales, 2ª edición, traducción y estudio de Carlos Bernal Pulido. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 200-201.

sociales son derechos subjetivos que reflejan una obligación prestacional por parte del Estado.¹⁷⁰

Abramovich y Courtis, también señalan esta argumentación¹⁷¹ y terminan por demostrar que en verdad existen obligaciones positivas y negativas en cada una de estas categorías de derechos, lo que efectivamente es cierto y así veremos más adelante.¹⁷²

La diferenciación de estas dos categorías por el criterio señalado, terminó por menoscabar los derechos sociales frente a los derechos liberales, porque al considerar los derechos civiles y políticos como derechos de no interferencia, se determinó que ellos no necesitaban de recursos del Estado para que fueran debidamente tutelados. Al contrario, los derechos sociales, como derechos prestacionales, dependían totalmente de la disponibilidad de recursos económicos, lo que llevó a su no reconocimiento como verdaderos derechos (lo veremos con mayor detalle más adelante).¹⁷³ Esto representó una forma de blindar los derechos liberales en la estructura también liberal de Estado.

¹⁷⁰ En este caso ver BOBBIO, N, 2009. Teoría general de la política, Traducción de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid, Editorial Trotta, pp. 543-544, y PECES-BARBA, G. 1999. Curso de derechos fundamentales, Teoría General. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, pp. 155 y 160 y ss.

¹⁷¹ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2014. *Op. Cit.*, p.21.

¹⁷² *Ibidem*, pp. 24 y 25.

¹⁷³ Ver ARRIAGADA CACERES, M. 2013. Derechos Liberales y Derechos Sociales. Imposibilidad y Paradoja de una Equiparación. Una mirada desde la teoría analítica del derecho. Tesis Doctoral. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 369p. Específicamente, el apartado 3.2.

Para fortalecer este análisis de la separación de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, es necesario complementar lo anteriormente dicho con otros tres argumentos que sostienen esta diferenciación como forma de menoscabar los DESC frente a los DCP. El primer de ellos afirma que los derechos de primera dimensión, basados en los derechos de libertad, se verían limitados con la ampliación de los derechos sociales. El segundo argumento, afirma que los derechos civiles y políticos, por ser compuestos de libertades y exigir la abstención del Estado, son derechos efectivos, ya que no demandan ningún recurso estatal para su aplicación, mientras que los derechos sociales son derechos que exigen prestaciones positivas del Estado, por lo tanto dependen de recursos financieros para su implementación, lo que les acerca más a metas políticas que a derechos propiamente dichos. El tercer argumento, afirma que los derechos sociales no son derechos porque no son exigibles judicialmente, mientras que los DCP cuentan con amplio espectro de exigibilidad judicial (herramientas procesales). Veamos cada uno de estos argumentos críticamente.

1.5.1 Los derechos sociales no limitan los derechos civiles y políticos

Como citamos, el primer argumento que busca cimentar la diferenciación de los DCP y los DESC, afirma que los derechos sociales implican una limitación de la autonomía individual, por lo tanto, restringirían la libertad de las personas por demandar una actuación fáctica del Estado. Esta forma de comprender los DESC determina que las exigencias de la justicia social, que toman el nombre de derechos sociales, generan un conflicto con los derechos de libertad. Esto porque la igualdad material, que es buscada por la tutela de los derechos sociales, sacrificaría la propia libertad, una vez que cada persona tendría que contribuir para concretar esta igualdad material.¹⁷⁴

Sin embargo, la libertad no puede ser comprendida como libertad sin más. Los derechos deben ser ejercidos dentro de un contexto que comprende todos los demás derechos del ordenamiento jurídico.

La libertad, como los demás derechos no es un valor absoluto, sin restricciones. Ella es ejercida a partir de un contexto social. La libertad existe en relación a algo y no aisladamente (es comparativa). En esta línea, Kant ya afirmaba que en la presencia del Estado la libertad de cada uno está limitada por el derecho, para que esté de acuerdo con la libertad de todos los demás.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Ver BÖCKENFÖRDE, E. 2000. *Op. Cit.*, p. 130-131; y también BOBBIO, N, 1993. El positivismo jurídico, traducido por Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid, Editorial Debate, p. 91.

¹⁷⁵ BRAVO, E. et al. 2004. *Moralidad y Eficacia*. Estudios sobre Kant y Hegel. Cali: Editorial Universidad del Valle, p. 131.

De ahí nace la afirmación de que la libertad no es irrestricta, sino coexistente y comunitaria, flexibilizándose de acuerdo al ejercicio de cada uno, para que nadie deje de ser libre en contraste con la absoluta libertad del otro. Las situaciones cotidianas requerirán siempre que alguien amplíe o renuncie a su derecho de actuar, pensar, hacer y disfrutar, para la pacificación de las relaciones intersubjetivas.

Las acciones de los hombres serán siempre direccionadas por sus sentimientos y convicciones, y de esta manera toda energía utilizada para tener éxito en algo vendrá motivada por su individualidad. Para controlar esta motivación, afirma John Stuart Mill que “la única finalidad que justifica la interferencia de los hombres, individual y colectivamente, es la libertad de acción de los demás, es la autoprotección.”¹⁷⁶

Los derechos inherentes al ser humano evolucionaron junto a la sociedad y el Estado. Desde luego, el Estado es el encargado de la fijación de los límites de la libertad, puesto que “la sociedad libre se ha enfrentado a este problema confiriendo al Estado el monopolio de la coacción, e intentando limitar ese poder estatal a los casos que sea necesario ejercer, e impidiendo que dicha coacción la ejerzan personas privadas.”¹⁷⁷

¹⁷⁶ MILL, J. S. 1991. Sobre a liberdade. 2ª edição, Traducción Alberto da Rocha Barros. Rio de Janeiro, Editora Vozes, p. 53.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 46.

La libertad sólo encontrará un desarrollo social amplio si busca el acceso de oportunidades para todas las personas. Cuando la libertad posibilita el acceso de oportunidades para concretar los planes de vida que cada uno valora, y permite acceder a los bienes básicos para una vida digna, las personas serán efectivamente libres. La igualdad generada por este espectro de la libertad resultará en la materialización de la justicia. La capacidad de generar opciones dentro del universo en que se vive es la eficiente promoción del desarrollo liberador.¹⁷⁸

Desde la perspectiva de Amartya Sen, la libertad se encuentra en la delimitación de oportunidades disponibles para los sujetos. Hay que examinar en qué grado las personas tienen la oportunidad de obtener los resultados que valoran y que tienen razones para valorar. En la práctica esto se da por el acceso a las libertades políticas, que son las oportunidades que tienen las personas para determinar quién debe gobernar, supervisar y criticar a las autoridades, la libertad de expresión política, la libertad de elegir entre diversos partidos políticos, etc.; la generación de las facilidades económicas, que se determinan en las oportunidades que los individuos tienen para utilizar los recursos económicos con el fin de consumo, producción y cambio, enfocando en la distribución de los

¹⁷⁸ Para Amartya Sen, “el desarrollo exige la eliminación de las principales fuentes de privación de libertad: la pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas y las privaciones sociales sistemáticas, el abandono en que pueden encontrarse los servicios públicos y la intolerancia o el exceso de intervención de los Estados represivos.” SEN, A. 2000. *Op. Cit.*, pp. 19 y 20.

ingresos; la generación de las oportunidades sociales, que son las disposiciones que la sociedad establece en las áreas de educación, salud, etc., las cuales influyen en la libertad sustantiva del individuo para vivir mejor; otorgando las garantías de transparencia, que se refieren a las necesidades de sinceridad que las personas pueden esperar: libertad para hacer frente los unos a los otros bajo garantías de sinceridad y transparencia; y contando con una red de seguridad protectora, previniendo que una población afectada se reduzca a la miseria extrema y, en algunos casos, protegiéndolos del desamparo, el hambre y la muerte.¹⁷⁹

La libertad se ejerce junto a la justicia y la igualdad. Es necesario tener condiciones para poder ejercer la libertad. Debe ser libertad de todos y no de algunos. Alexy afirma que la “libertad *jurídica* para hacer u omitir algo, sin la libertad *fáctica* (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor.”¹⁸⁰ Este autor se basa en von Stein que cita: “la libertad sólo es real cuando se tienen las condiciones de la misma, los bienes materiales y espirituales, en cuanto presupuestos de la autodeterminación.”¹⁸¹ En este mismo sentido, Holmes y Susteain afirman: “la libertad no tiene mucho valor

¹⁷⁹ SEN, A. 2000. *Op. Cit.*, pp. 54-60.

¹⁸⁰ ALEXY, R. 2014. *Op. Cit.*, p. 447. Los énfasis son del autor.

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 447.

si quienes en apariencia la poseen carecen de recursos para hacer efectivos sus derechos.”¹⁸²

Böckenförde señala que “si la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización.”¹⁸³

Todo esto viene a desmentir la argumentación de que los derechos sociales son una negación de la libertad. La verdad es que tales derechos representan una manera de redimensionar y ampliar el alcance de la libertad.¹⁸⁴

Luego, estamos de acuerdo con Bobbio, cuando determina que el conflicto aparente de la libertad con los derechos sociales se puede evitar desde la perspectiva de que para cada tipo de libertad hay un tipo de igualdad paralela (libertad negativa/igualdad jurídica; libertad política/igualdad política; libertad positiva/igualdad de oportunidades).¹⁸⁵

¹⁸² HOLMES, S. y SUSTEIN, C. 2011. El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos, 1ª edición. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, p. 38.

¹⁸³ BÖCKENFÖRDE, E. 1993. *Op. Cit.*, p. 74.

¹⁸⁴ PEREZ LUÑO, A. 2009. “Los derechos sociales y su significación actual”. En: ZAPATERO, V. y GARRIDO, M. (eds.). *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*. Alcalá de Henares (Madrid), Universidad de Alcalá, pp. 42-43.

¹⁸⁵ BOBBIO, N. 2009. *Op. Cit.*, pp. 528-529.

La libertad que ha evolucionado en concepto, de acuerdo con la vinculación de la teoría de los derechos fundamentales y la forma de Estado, debe considerar el rol activo del ente público en la promoción del bien común. Por esta razón, la libertad viene aliada a la igualdad y la justicia, como una forma de ampliar su goce, y no limitar la libertad individual.

1.5.2 Los derechos civiles y políticos y los derechos sociales demandan recursos financieros para su implementación

El segundo argumento que busca separar los DCP y los DESC en dos categorías distintas se basa en que los primeros no demandan recursos del Estado para su implementación, mientras que los segundos sí. Por ende, los DESC serían metas políticas y los DCP derechos fundamentales propiamente tales.¹⁸⁶

Según esta visión estructural de los derechos fundamentales, con tan sólo abstenerse de hacer cualquier cosa que pueda configurar una intervención del Estado en la esfera individual de las personas, ya estaría cumplida la obligación negativa que exige los derechos civiles y políticos. En este contexto, se plantea una obligación del Estado de mantenerse alejado de la autonomía privada. Por

¹⁸⁶ Es una teoría sostenida por Hayek, por ejemplo. HAYEK, F. 1979. "Derecho, legislación y libertad", En: *El espejismo de la justicia social*, Madrid, vol. 2, capítulo 9.

otra parte, para que se pueda tutelar cualquier derecho social, es menester una acción del Estado, se exige una prestación positiva. Por lo tanto, esta categoría de derechos siempre demanda recursos para su realización.

Como hemos dicho anteriormente, para Abramovich y Courtis, esta distinción es falsa. Los derechos civiles y políticos requieren recursos para su real goce, del mismo modo que los derechos sociales. Cuando decimos real, invocamos la amplitud del concepto de goce, lo que no quiere decir totalidad. Ergo, real goce en nuestra concepción comprende el goce más amplio posible (basado en un criterio de eficiencia).

Tomemos algunos derechos civiles y políticos como ejemplo. El derecho de reunión, para ser tutelado a través de una visión estricta de los derechos civiles y políticos, bastaría con que el Estado no interviniera en cualquier intento para reunirse con los demás. No obstante, en ocasiones, para que una reunión sobre la opinión política de un grupo pueda darse sin manifestaciones de violencia, será necesario el apoyo policial, que ofrezca protección al grupo reunido para expresarse. El soporte policial en este caso demanda recursos del Estado, que es el responsable por mantener la fuerza policial. Esto significa que para proteger el derecho de reunión, en este caso hipotético, habrá el empleo de recursos públicos.

Podemos plantear la misma lógica para el derecho a elegir y ser elegido. Para cualquier tipo de elecciones el Estado debe e.g., contar con un Tribunal Electoral, utilizar recursos propios para realizar las elecciones (personas, material, logística, etc.) y organizar el sistema de partidos políticos. Es decir, el Estado no debe tan sólo observar cómo las personas se candidatean y esperar pasivamente que el derecho de ser elegido se garantice por su no interferencia.¹⁸⁷

Veamos el caso del derecho de asociación. Las personas pueden querer asociarse para el fin lícito que sea, pero para esto necesitan que el Estado proporcione la estructura institucional que reconozca las asociaciones particulares. Cuando hay un órgano responsable por fiscalizar el cumplimiento de los requisitos para la creación de una empresa privada, el ente estatal emplea recursos para v.g., poder instalarlo y para contratar funcionarios públicos. Nuevamente, se demuestra la necesidad de emplear recursos financieros para garantizar el ejercicio de un derecho de primera dimensión.

Otro importante ejemplo es planteado por Cass Sustein y Stephen Holmes, con respecto al derecho de propiedad, que en general es visto como una libertad negativa absoluta. Los autores muestran que en 1995 un incendio en Nueva York podría haber llevado a los propietarios de inmuebles de Westhampton a pérdidas considerables si no fuera por el uso de las fuerzas locales, estatales y federales

¹⁸⁷ Ver por ejemplo PRIETO SANCHÍS, L. 1998. Ley, principios, derechos. Madrid, Dykinson, pp. 74-76.

para controlar el incendio. El uso de las fuerzas públicas llevó a que la destrucción de las propiedades fuera mínima.¹⁸⁸ En este ejemplo, se clarifica que hasta para asegurar el derecho de propiedad es necesario utilizar recursos públicos.

En el análisis inverso, –derechos sociales que demandan obligaciones negativas por parte del Estado– podemos ejemplificar que el derecho a la salud exige que el Estado no actúe de tal forma que perjudique la salud de las personas; que el derecho a la educación exige que el ente estatal se abstenga de actuar de forma que empeore el sistema de educación en vigor; que el derecho al medio ambiente sano exige que el Estado no contamine o destruya el medio ambiente.^{189 190}

En síntesis, el Estado debe emplear recursos propios para tutelar ambas dimensiones de derechos fundamentales, y ambas dimensiones exigen la abstención del Estado en algún momento. El surgimiento de los derechos de primera dimensión, en su contexto liberal, condujo a la tendencia de reconocerlos como derechos de no injerencia, o libertades negativas¹⁹¹, mientras que los derechos de segunda dimensión, por esencia, piden obligaciones de hacer. Pero,

¹⁸⁸ HOLMES, S. y SUSTEIN, C. 2011. *Op. Cit.*, p. 31.

¹⁸⁹ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2014. *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁹⁰ No concuerda con esta posición Rodolfo Arango, que comprende que las omisiones siempre se configuran como vulneraciones de libertad e igualdad. El ejemplo utilizado por el autor es extremo y no puede reflejar la totalidad de las posibles omisiones con respecto a los derechos sociales. Ver ARANGO, R. 2005. *Op. Cit.*, p. 112.

¹⁹¹ Los derechos fundamentales surgen históricamente como derechos a la libertad o a la defensa en contra del poder estatal monárquico y luego en con del poder constitucional de la República, a favor de la libertad de individuos o grupos de individuos. ARANGO, R. 2005. *Op. Cit.*, p. 35.

no significa que estas características sean exclusivas de una o de otra dimensión de los derechos fundamentales. En esta perspectiva, “las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales.”¹⁹²

Ambas categorías consisten en obligaciones positivas y negativas del Estado. Mínimamente, las obligaciones fácticas comprenderán obligaciones de carácter normativo.¹⁹³ La actividad normativa del Estado también demanda recursos, por ende, estas categorías no se diferencian por este criterio.

Lo que difiere una de la otra es la **prevalencia** de una obligación de abstención (predominante en los DCP, pero no exclusiva) o la **prevalencia** de una obligación de prestación fáctica (predominante en los DESC, pero no exclusiva).

¹⁹² ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2014. *Op. Cit.*, p. 25. Los autores citan a Contreras Peláez, que afirma: “no existen, en resumen, obligaciones ‘negativas’ puras (o mejor dicho, derechos que comporten exclusivamente obligaciones negativas), pero sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derecho.”

¹⁹³ PRIETO SANCHÍS, L. 1998. *Op. Cit.*, pp. 74-76.

1.5.3 La judicialización de los derechos sociales

El tercer criterio de diferenciación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales que buscamos desmitificar con este apartado es el que trata de la negativa de justiciabilidad de los DESC.

Como hemos argumentado a lo largo de este Capítulo, la estructura de los DCP como derechos fundamentales en las constituciones comprende el acceso a herramientas procesales para que se pueda reclamar frente al Poder Judicial la aplicación inmediata de su contenido, mientras que los DESC carecen (en general) de tales herramientas.

Abramovich y Courtis citan como obstáculos a la judicialización de los derechos sociales, la dificultad en determinar cuál debiera ser la conducta debida por los poderes públicos frente al contenido abstracto de los DESC; la existencia de una autorestricción del Poder Judicial frente a las cuestiones políticas y técnicas; la ausencia de mecanismos procesales adecuados; y la escasa tradición de control judicial en materia de derechos sociales.¹⁹⁴

En cuanto al primer problema (determinación de la conducta debida), se plantea que hay demasiada abstracción en el contenido normativo de los DESC.

¹⁹⁴ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2014. *Op. Cit.*, pp. 122 a 132.

Es decir, no existe claridad en cuanto a lo que es debido a las personas que se sienten afectadas en sus derechos de segunda dimensión.

Böckenförde discute la diferencia entre los derechos de libertad y los derechos sociales desde esta perspectiva. Para él, los derechos de libertad están dados de forma natural y previa, mientras que los derechos sociales fundamentales son tan generales que no es posible deducir una pretensión jurídica concreta por vía de la interpretación.¹⁹⁵

Para Böckenförde, los derechos sociales “se reducen así a cometidos constitucionales (*Verfassungsaufträge*). Vinculan al legislador y al Poder Ejecutivo sólo objetivamente, como normas de principio, pero no fundamentan ninguna pretensión reclamable directamente ante los tribunales fuera de la defensa ante una inactividad abusiva en extremo.”¹⁹⁶

En un ordenamiento constitucional democrático, basado en el principio de la articulación de poderes, la tarea de determinar el contenido de la norma corresponde (según Böckenförde) en primer lugar al legislador –legitimado democráticamente de manera directa– y posteriormente a la Administración, “y no pueden resolverse por la vía de una interpretación del enunciado constitucional que formula el derecho fundamental social.”¹⁹⁷

¹⁹⁵ BÖCKENFÖRDE, E. 1993. *Op. Cit.*, p. 65.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 65 y 66.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 77.

Esta posición pone a los derechos sociales en la categoría de metas o aspiraciones políticas, y no en la categoría de derechos fundamentales¹⁹⁸, por lo que debe ser rechazada.

Hoy día, este es un argumento que ya no se puede admitir. Casi todos los derechos tienen alguna indeterminación en su contenido. ¿Qué significa propiedad? ¿Cuál es el tipo de expresión protegida por la censura previa? ¿Qué significa reglamentación razonable? ¿Cuál es el alcance de la expresión igualdad?¹⁹⁹ Es de competencia del Poder Judicial establecer el alcance y sentido de los derechos, no siendo una excusa posible abstraerse de juzgar por el hecho de enfrentar un derecho con mayor o menor grado de abstracción.

Existen herramientas a disposición del magistrado para poder emitir una sentencia en las demandas sobre los DESC: e.g., la jurisprudencia, la comparación, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuya tarea principal es especificar el contenido de los derechos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)²⁰⁰, por lo que no es una excusa plausible argüir sobre el grado de abstracción del derecho demandado.

¹⁹⁸ BÖCKENFÖRDE, E. 1993. *Op. Cit.*, p. 77.

¹⁹⁹ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2014. *Op. Cit.*, p. 122.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 123.

El segundo problema es la autorestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas. Quiere decir que el Poder Judicial prefiere no inmiscuirse en las materias que considera propias de las políticas públicas²⁰¹, porque están condicionadas a recursos presupuestarios cuya utilización compete al Poder Ejecutivo.

Por tratarse de una medida discrecional, el Poder Judicial solamente deberá inmiscuirse cuando exista la violación de algunos criterios para asignar una obligación estatal prestacional. Entre ellos, la vulneración de un derecho social.

Exigir de la Administración una actuación fáctica deberá tener en cuenta la afectación del derecho invocado, la urgencia de la prestación y la subsidiariedad. La afectación del derecho invocado se analizará en el caso concreto. La urgencia de la prestación será importante para la ponderación entre el mínimo vital y la reserva de lo posible, que estudiaremos en el próximo capítulo. Sin embargo, se adelanta que una vez que la abstención estatal de actuar en favor del derecho invocado resulte en una lesión de tal gravedad que pueda llegar a ser irreversible (o que de hecho llegue a ser irreversible), estará plenamente justificada la intervención judicial. La subsidiariedad considera el principio de la

²⁰¹ Por política pública debemos comprender que "se refiere tanto a los objetivos como a los medios necesarios para alcanzarlos. El enunciado de una política, en consecuencia, es una proposición que relaciona unos determinados medios con unos ciertos o probables fines." Ver ÁLVAREZ, Á. 1992. "Análisis de políticas públicas". *En: Serie Temas de Coyuntura en Gestión Pública*, No. 6. Centro de Documentación y Análisis de Información del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Caracas, Venezuela, p. 15.

autonomía, y por esta razón, el Estado deberá comprobar si el demandante no tiene ninguna posibilidad de hacerse cargo de la prestación fáctica exigida. No se puede imponer un derecho social incondicionado, porque violaría esta autonomía. Según Rodolfo Arango:

“un derecho incondicionado a acciones positivas fácticas del Estado a favor del individuo no puede concebirse (...) porque tal derecho sería irreconciliable con la autonomía reconocida a la persona humana. La incondicionalidad de la ayuda estatal se torna en la dependencia total del individuo frente al Estado. Es por ello que los derechos sociales fundamentales, en una constitución democrática, sólo pueden ser derechos condicionados.”²⁰²

En esta misma línea está Alexy. El autor señala que todo derecho a una acción del Estado es un derecho prestacional, y que la “expresión ‘derecho prestacional’ se vincula a la concepción de un derecho a algo que el titular del derecho, en este caso de que dispusiera de medios financieros suficientes y encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtener también de personas privadas.”²⁰³

Por lo tanto, el ente estatal debe garantizar los derechos sociales (también y preponderantemente) a través de prestaciones fácticas²⁰⁴, cuando esto demande una intervención en las decisiones políticas, pero siempre que exista

²⁰² ARANGO, R. 2005. *Op. Cit.*, p. 136.

²⁰³ ALEXY, R. 2014. *Op. Cit.*, p. 391.

²⁰⁴ Se hace hincapié en el caso de las prestaciones fácticas para no confundir el lector en que estamos defendiendo que los derechos sociales en su totalidad solamente deben estar garantizados de forma subsidiaria, lo que no corresponde a nuestra opinión. Las prestaciones fácticas sí deben ser condicionadas, no los derechos fundamentales, sea de qué dimensión se habla.

una efectiva vulneración del derecho solicitado, que se caracterice por la urgencia en la prestación, y que la persona no pueda obtenerla por medios propios o por ausencia de oferta.

Estos requisitos, ayudarán a establecer los criterios para justificar la actuación del Poder Judicial, determinando si los recursos están debidamente empleados. El magistrado no puede adjudicarse las atribuciones del administrador público. Pero, cuando se identifica la mala utilización de los recursos disponibles, y esto vulnera los derechos de las personas, poniendo en riesgo su propia sobrevivencia, dejará de ser una cuestión de discrecionalidad pública y pasará a ser una problemática jurídica. En estos casos, el Poder Judicial deberá eliminar su autorestricción y actuar por la protección de los derechos y la preservación de los valores constitucionales en su totalidad.

El tercer problema trata de la ausencia de mecanismos procesales adecuados. En este punto nos sumamos nuevamente a Abramovich y Courtis, “las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos.”²⁰⁵

Algunos sistemas jurídicos preservan la tradición de garantía de las libertades individuales y son reacios a incorporar nuevos instrumentos

²⁰⁵ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2014. *Op. Cit.*, p. 129.

procesales, que permitan a las personas acceder al Poder Judicial con demandas que tienen por objeto la vulneración de un derecho de segunda dimensión.

A título de ejemplo tenemos el caso chileno, que comprende la acción de amparo, amparo económico y la acción de protección. Son recursos que protegen prioritariamente los derechos de primera dimensión de los derechos fundamentales.²⁰⁶

La acción de amparo, también conocida como *habeas corpus*, se encuentra en el artículo 21 de la Constitución Política de 1980. Se trata de un “recurso destinado a tutelar la libertad personal y la seguridad individual de toda persona natural que esté o se halle amenazada de ser arrestada, detenida o presa, o que sufra, o pueda sufrir, cualquiera otra privación, perturbación o amenaza de esa libertad o seguridad con infracción de lo asegurado en la Constitución y las leyes.”²⁰⁷

El amparo económico es una acción prevista en la Ley N° 18.971 de 1990, cuyo objetivo es proteger a las personas contra violaciones a la “libertad para desarrollar cualquier actividad económica, en ligamen con el sector privado, y

²⁰⁶ Trataremos la perspectiva de los derechos sociales en Chile con mayor profundidad en el capítulo 4.

²⁰⁷ CEA EGAÑA, J. 2012. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, segunda edición actualizada, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 300.

que se respete el régimen empresarial, subsidiario y sin discriminaciones, trazado por el Código Político al Estado como empresario.”²⁰⁸

La acción de protección está prevista en el artículo 20 de la Constitución Política de 1980, y protege solamente los derechos que constan en su rol taxativo. Luego, cualquier derecho no contemplado en el catálogo expreso no podrá ser objeto de tutela judicial. La mayoría de los derechos protegidos por esta acción son libertades negativas.

Esta estructura es muy reducida y contempla especial protección a los derechos de primera dimensión y escasa atención a los de segunda dimensión. Esta estructura fue adoptada por muchas constituciones, pero no es la única posible.

El caso brasileño demuestra mayor amplitud de recursos judiciales para las demandas sobre derechos sociales, y comprende el *mandado de segurança*²⁰⁹, que es una acción de protección, pero sin restricción a un rol taxativo de derechos (incluye la posibilidad de judicializar todos los derechos

²⁰⁸ CEA EGAÑA, J. 2012. *Op. Cit.*, p. 536.

²⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html >. Acesso em: 22 noviembre 2017, artículo 5º, inciso LXIX – se concederá el *mandado de segurança* para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por habeas corpus o habeas data, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder sea una autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de las atribuciones del Poder Público (traducción nuestra del original en portugués).

fundamentales); el *mandado de injunção*²¹⁰, que trata de un mecanismo procesal posible en casos de omisión del Poder Legislativo para reglamentar un derecho constante en el ordenamiento jurídico, haciendo imposible su efectivo goce; y la *ação civil pública*²¹¹, que legitima el Ministerio Público a actuar en representación de la colectividad como agente activo en las demandas referentes al medio ambiente y al derecho de consumo.

Además de las posibilidades internas para judicializar las vulneraciones de los derechos sociales, existen otras posibilidades de recurrir a instituciones cuasi-legales o a tribunales internacionales para requerir la reparación por un derecho social vulnerado.

Daniel Brinks comenta que en un reciente análisis –hecho por Langford– se revisó más de dos mil casos relacionados con los derechos económicos y sociales de veintinueve jurisdicciones nacionales e internacionales. Se percibió que cada vez más los derechos constitucionales están apoyando las demandas

²¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html >. Acesso em: 22 noviembre 2017, artículo 5º, inciso LXXI –será concedido el *mandado de injunção* siempre que la falta de una norma haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y a la ciudadanía (traducción nuestra del original en portugués).

²¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html >. Acesso em: 22 noviembre 2017, artículo 129, inciso III, que designa la *ação civil pública* como función del Ministerio Público. Está regulada en la ley N° 7.347, de 24 de Julio de 1985.

sobre bienes y servicios relacionados con los derechos económicos y sociales, a menudo, pero no siempre, a través de los tribunales o de otras instituciones cuasi-legales. Los tribunales están tomando un papel cada vez más importante en decidir el grado en que los intereses aparentemente no negociables, incorporados en las constituciones, deben ser considerados y protegidos en la formulación de políticas.²¹²

Aunque existan críticos que tienden a apuntar que la actuación judicial en la aplicación de los DESC es ilegítima, porque involucra a los jueces en ejecuciones judiciales que podrían ser enormemente costosas²¹³, también es cierto que la aplicación de los derechos civiles y políticos demanda costos presupuestarios de enorme monto,²¹⁴ como vimos en este mismo Capítulo.

Las preocupaciones relativas a la separación de poderes no deben ser consideradas en abstracto: la legitimidad de la intervención judicial se relaciona con la capacidad de respuesta de las otras ramas del gobierno, que en muchos casos es considerada muy baja. Por esta razón, la judicialización de los derechos sociales puede traer en alguna medida la dignidad a las personas que siguen viviendo en condiciones de extrema pobreza y privaciones.²¹⁵

²¹² BRINKS, D. 2010. *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge University Press, p. 02.

²¹³ *Ibidem*, p. 34.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que los Estados tienen la obligación de ofrecer recursos judiciales y otros recursos efectivos para romper los obstáculos de judicialización de los DESC.²¹⁶ Por lo tanto, el ordenamiento jurídico que no proporcione una estructura en favor de la garantía de los derechos sociales, se encuentra en déficit jurisdiccional, lo que genera la obligación de un cambio estructural, que posibilite el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en su totalidad.

Por último, la escasa tradición de control judicial en materia de derechos económicos, sociales y culturales, es apuntada como el cuarto problema para la eficiente judicialización de los derechos de segunda dimensión.

El Poder Judicial demuestra total deferencia a los demás Poderes cuando se encuentra frente al manejo de políticas públicas y del presupuesto público. El respeto entre los dominios tradicionales de los órganos de gobierno –la separación de poderes– puede ser un obstáculo para los DESC.²¹⁷

Abramovich y Courtis comentan que “pese a la existencia de normas de jerarquía constitucional que consagran estos derechos, concepciones conservadoras acerca del papel institucional del poder judicial y de la separación

²¹⁶ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2014. *Op. Cit.*, p. 180.

²¹⁷ BRINKS, D. 2010. *Op. Cit.*, p. xi.

de poderes han provocado una escasa práctica de exigencia judicial de estos derechos, y un menosprecio de las normas que los instituyen.”²¹⁸

La mentalidad judicial en este sentido complementa los argumentos anteriores con respecto a no inmiscuirse en los asuntos políticos. Sin embargo, decidir sobre la vulneración de un derecho fundamental, que tiene expresa positivación constitucional, no es una actividad ajena a la competencia de los tribunales.

Una vez que se verifique la vulneración de un derecho fundamental, el Poder Judicial (provocado por el demandante) deberá ofrecer la debida tutela, que garantice la preservación del orden constitucional en la garantía de los derechos. Esta actividad no genera una invasión de competencias, ya que el Poder Judicial es el responsable por mantener la legalidad y la seguridad jurídicas en su actuación.

En síntesis: en primer lugar, los derechos sociales necesitan de la actuación judicial, legislativa y de la doctrina para encontrar su contenido y límites, del mismo modo que los derechos civiles y políticos; segundo, cuando el juez actúa contra la vulneración de un derecho social en su prisma prestacional no está entrando en el campo político, está analizando la protección que el ordenamiento jurídico concede a las personas en el caso de una posible

²¹⁸ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2014. *Op. Cit.*, p. 131.

vulneración que, además, depende de una serie de criterios, como la urgencia de la prestación, la afectación del derecho invocado y la subsidiariedad; tercero, aunque existan dificultades por el escaso número de recursos procesales en algunos ordenamientos jurídicos, es posible buscar alternativas en los tribunales internacionales, así como exigir el cambio de la estructura procesal para que se pueda acceder al Poder Judicial y reclamar por las vulneraciones a los derechos sociales; en cuarto lugar, los magistrados deben incorporar la postura de que la protección a los DESC no implica una violación de la separación de poderes, ya que no estamos hablando de la usurpación de las funciones políticas del Estado, sino de una actuación judicial en su esencia.

1.6 La subjetividad de los derechos fundamentales de segunda dimensión

Analizados los criterios anteriores, se puede concluir que los derechos sociales –como derechos fundamentales– están dotados de subjetividad, que es una característica esencial para la tutela de cualquier derecho, ya que sin la fuerza obligatoria, los derechos estarían más cerca del ámbito moral que del jurídico.

La primera característica de un derecho subjetivo es la existencia de una norma jurídica válida.²¹⁹ Daniel Brinks, señala que el proceso de judicialización

²¹⁹ ARANGO, R. 2005. *Op. Cit.*, p. 10.

de los derechos sociales se basa en la existencia de derechos formales, cuyo concepto comprende declaraciones escritas en las que una afirmación normativa, que recoge la expectativa de las personas sobre algo que debe ser tutelado, se ha incorporado en el marco legal del Estado.²²⁰

Para Brinks, los derechos formales surgen desde cuando un tratado internacional está firmado o ratificado, cuando una disposición constitucional o la legislación nacional le adopta, o cuando un tribunal emite una decisión judicial.²²¹

La segunda característica de los derechos subjetivos es la obligación jurídica que se deriva de la norma material válida. Para Arango, “no existe un derecho subjetivo sin una obligación jurídica correlativa que obligue a otro (‘obligado’) a hacer o dejar de hacer algo (objeto del derecho).”²²²

En este punto, lo más relevante es exponer que las obligaciones que el Estado pueda tener con relación a los derechos de segunda dimensión no necesitan estar expresamente consagradas en el texto constitucional.²²³ Es posible hablar de obligaciones jurídicas directas, como por ejemplo el art. 5º, inciso LXXIV de la Constitución Brasileña: el Estado ofrecerá asistencia judicial integral y gratuita a los que comprueben insuficiencia de recursos. O como prevé la misma Carta Política en el artículo 203: la asistencia social será prestada a

²²⁰ BRINKS, Daniel. 2010. *Op. Cit.*, p. 07.

²²¹ *Ibidem*.

²²² ARANGO, R. 2005. *Op. Cit.*, p. 12.

²²³ *Ibidem*, p. 13.

quien de ella necesite, independientemente de cotizaciones para el sistema de seguridad social, y tiene por objetivos (inciso V): la garantía de un sueldo mínimo de beneficio mensual a la persona discapacitada o al adulto mayor que compruebe no poseer medios para la propia mantención, por sí mismo o por su familia, según lo dispone la ley.

Por otro lado, es posible hablar de obligaciones jurídicas indirectas, que surgen por la interpretación, es decir, “una obligación que puede ser justificada por medio de una norma.”²²⁴ Este es el caso del artículo 19, N° 1 de la Constitución de la República de Chile de 1980: la constitución asegura a todas las personas, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. Sin embargo, no asegura el derecho a la alimentación. Si a través de la interpretación constitucional se comprendiera que la alimentación es necesaria para la vida, y que el Estado tiene un rol activo en la promoción de los derechos fundamentales, podríamos concluir que existe la obligación jurídica indirecta de prestar la alimentación al que de ella necesite.²²⁵

La tercera característica es la posición jurídica, que puede ser comprendida como “la situación que ocupa un individuo dentro de un orden

²²⁴ ARANGO, R. 2005. *Op. Cit.*, p. 13.

²²⁵ Rodolfo Arango da un ejemplo con el derecho a la salud, utilizando la Ley Fundamental de Alemania. ARANGO, R. 2005. *Op. Cit.*, p. 14.

normativo, que debe ser reconocida y protegida *prima facie* porque dicha posición puede ser justificada con buenas razones que hablan a favor del individuo.”²²⁶

Robert Alexy establece la estructura del “derecho a algo” de forma triádica (**a** tiene frente a **b** un derecho a **G**)²²⁷, de la cual se infiere que **a** está en una posición jurídica de solicitar **G** de **b**. Luego, si un sujeto (a) tiene derecho a algo a partir de una norma válida, y existe otro sujeto (b) obligado a concederle este algo, el sujeto (a) se encuentra en una situación (posición jurídica) que le permite exigir este algo del obligado.

Bajo el concepto de posición jurídica hay dos puntos relevantes a ser observados, que esta posición pueda ser fundamentada con razones válidas y suficientes, y que el no reconocimiento injustificado del derecho perteneciente al sujeto ocasione un daño inminente a él.²²⁸

Los derechos subjetivos tienen razones de exigencia justificadas y generan un daño en caso de incumplimiento. Una vez identificado el sujeto de derecho, delimitada la obligación, estando el sujeto en la posición de exigir el derecho vulnerado de su deudor debido a una concreta afectación (cuya urgencia puede llevar a la irreversibilidad del daño al derecho vulnerado), y estando el acreedor en una situación tal que no puede por ningún medio obtener el objeto

²²⁶ ARANGO, R. 2005. *Op. Cit.*, p. 19.

²²⁷ ALEXY, R. 2014. *Op. Cit.*, p. 163 y ss.

²²⁸ ARANGO, R. 2005. *Op. Cit.*, p. 20.

demandado, está cerrado el ciclo para la concesión de una prestación fáctica del Estado en materia de derechos sociales.

En esta clasificación de derecho subjetivo, Alexy lo subdivide en dos subcategorías: los derechos subjetivos de prestación fáctica y los derechos subjetivos de prestación normativa.²²⁹ No ocuparemos muchas líneas para aclarar sus diferencias ya que el autor citado ya lo ha desarrollado con maestría. Definiremos las subcategorías como forma de ampliar la comprensión de los derechos a una prestación fáctica, porque son imprescindibles para nuestro trabajo.

Para Alexy, los derechos a acciones positivas normativas “son derechos a actos estatales de creación de normas.”²³⁰ Mientras que los derechos a acciones positivas fácticas comprenden una acción positiva del Estado en el cumplimiento de alguna obligación derivada de un derecho. En este caso, Alexy habla explícitamente del mínimo vital.²³¹ Arango los llama derechos de prestación, y los define como “derechos a la acción positiva de Estado (a un hacer estatal), la cual asegura la participación del ciudadano en prestaciones normativas (...) o en prestaciones fácticas (...)”²³² y también propone como ejemplo el mínimo vital.

²²⁹ ALEXY, R. 2014. *Op. Cit.*, p. 171.

²³⁰ *Ibídem.*

²³¹ *Ibídem.*

²³² ARANGO, R. 2005. *Op. Cit.*, p. 35.

Ya veremos que el mínimo vital no comprende solamente un derecho subjetivo de prestación fáctica, y por esta razón no podemos clasificarlo en esta fórmula, aunque ella es importante para el contenido del mínimo vital; que en determinadas situaciones permitirá solicitar la prestación del Estado cuando a alguien le falte algún derecho social asegurado por un dado ordenamiento jurídico que es indispensable para la vida digna.

En el caso del mínimo vital, que estudiaremos en el Capítulo 2 de nuestra tesis, veremos que su contenido comprenderá muchos derechos fundamentales, y que el mínimo para la vida digna puede ser utilizado tanto como una defensa contra el actuar del Estado (cuando vulnere el contenido mínimo establecido para aquella sociedad), como también puede permitir la solicitud de una prestación fáctica debida por el ente público, cuando sea necesario para que la persona afectada tenga garantizado su mínimo vital.

Estos casos, en que exista la posibilidad de exigir una prestación fáctica del Estado para garantizar el mínimo vital, deberá: ser posible judicializar el derecho prestacional pedido, que el Estado esté obligado a garantizar su contenido (rol activo del Estado que vinculará la teoría de los derechos fundamentales en aquel ordenamiento jurídico), que el solicitante compruebe que no tiene la posibilidad de acceder a la prestación por sí mismo y, por último, que el solicitante demuestre la urgencia para la prestación positiva del ente estatal.

Todos estos aspectos son importantes para que se pueda comprender la configuración y exigibilidad del contenido del mínimo vital frente al Estado, que está obligado a asegurarlo. El contenido del mínimo vital corresponderá a una serie de derechos que orbitan alrededor de los derechos a la vida, la dignidad humana, la libertad y la igualdad, comprendidos sistemáticamente, y materializados por un Estado activo que tenga como principio la solidaridad.

Para esto, habrá que considerar que los derechos fundamentales, en su totalidad, son derechos, y por tanto, dotados de subjetividad, que permite su exigibilidad judicial a partir de una norma válida. Además, hay que comprender también, que el ordenamiento jurídico interno, los tratados internacionales ratificados por los países y/o las normas, principios y valores expresados en el texto constitucional, que pueden generar otros derechos implícitos o innominados, son normas jurídicas válidas. Dada la importancia de los derechos implícitos o innominados, en el siguiente apartado se discutirá este importante tema.

1.7 Derechos fundamentales innominados: una posibilidad de sanear los déficits constitucionales en materia de derechos fundamentales

El contenido del mínimo vital depende en gran medida de los derechos necesarios para proteger activamente (a través de la solidaridad) sus bases

jurídicas, que son los derechos a la vida, la dignidad humana, la libertad y la igualdad. Muchos de estos derechos corresponden a derechos sociales que en ocasiones no están positivados de forma expresa en las constituciones.

Por esta razón, este apartado buscará responder si solamente los derechos expresamente incluidos en el catálogo constitucional de derechos fundamentales pueden ser reconocidos y judicializados, o si es posible tutelar otros derechos no expresados, es decir, derechos innominados o implícitos.

Existen muchos ordenamientos con escasos derechos fundamentales en su catálogo constitucional, lo que constituiría un obstáculo para su judicialización. No obstante, la teoría de los derechos implícitos o innominados permite ampliar la tutela de estos derechos frente al Estado, siendo importante para la defensa del mínimo vital.

Nuestra tesis corrobora la posibilidad de incorporar al catálogo de derechos fundamentales los derechos que derivan de los valores y principios constitucionales, los que derivan de otros derechos expresamente incluidos, o los que derivan de los tratados internacionales ratificados, siendo este conjunto de posibilidades, necesarias para el pleno goce de los derechos fundamentales.²³³

Prueba de esto, es el reconocimiento amplio de los derechos innominados que se puede encontrar en algunas constituciones latinoamericanas, como es el

²³³ Ver FERNANDO FROES

caso de la Carta Política de 1991 de Colombia, que dispone en su artículo 94: “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, **no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.**”²³⁴

La Constitución peruana de 1993, en su artículo 3° dice que: “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo **no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre,** o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”²³⁵

También la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en el artículo 22 apunta de forma similar que: “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos **no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos.** La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.”²³⁶

²³⁴ El énfasis es nuestro.

²³⁵ El énfasis es nuestro.

²³⁶ El énfasis es nuestro.

La Constitución uruguaya de 1997, en la sección II - Derechos, Deberes y Garantías, capítulo III, artículo 72, recoge la cláusula de derechos innominados diciendo: “la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.”

La Constitución de Bolivia de 2007, en el título I - Derechos fundamentales y garantías, capítulo primero, disposiciones generales, artículo 13, numeral 2 establece: “los derechos que proclama esta Constitución **no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.**”²³⁷

Paraguay, en el título de los derechos, de los deberes y de las garantías, capítulo II, artículo 45 de su Carta Magna cimienta que: “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución **no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella.**”²³⁸

El artículo 5º, § 2º de la Constitución Federal de Brasil de 1988 señala que: “los derechos y garantías expresados en esta Constitución **no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales** en que la República Federativa de Brasil sea parte.”²³⁹

²³⁷ El énfasis es nuestro.

²³⁸ El énfasis es nuestro.

²³⁹ El énfasis es nuestro.

Otros ejemplos a citar son las constituciones de Honduras, en el título III, de las declaraciones, derechos y garantías, capítulo I de las Declaraciones, artículo 63; Nicaragua, en el título IV derechos, deberes y garantías del pueblo Nicaragüense, capítulo I derechos individuales, artículo 46; Costa Rica, en el título V, Derechos y garantías sociales, capítulo único, artículo 74; y la Constitución Argentina de 1994, artículo 33.

Hay pocas Constituciones americanas que no contienen una cláusula de derechos implícitos, de las cuales citamos a Cuba, Chile, México y Panamá. Sin embargo, para estos países hay otra opción. La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece normas de interpretación que impiden las "limitaciones a derechos internos de los estados parte, impide excluir derechos inherentes a la persona o derivados de la democracia, y prohíbe excluir o limitar el efecto que surge de los instrumentos internacionales allí mencionados."^{240 241}

²⁴⁰ BIDART CAMPOS, G. 2002. "Los derechos no enumerados en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional", p. 107. En: MÉNDEZ SILVA, R. *Derecho internacional de los derechos humanos: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, serie doctrina jurídica, núm. 98, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México.

²⁴¹ Art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En esta misma línea está el PIDESC, artículo 5°, apartado 2²⁴² y el PIDCP, artículo 5°, apartado 2.²⁴³ También la Convención sobre Derechos del Niño, artículo 41²⁴⁴ y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 23.²⁴⁵

De los países que no tienen expresamente en sus constituciones los derechos implícitos, solamente Cuba no es miembro de la Convención Americana de Derechos Humanos (Chile la ratificó en 08/10/90, México en 03/02/81 y Panamá en 05/08/78).²⁴⁶ La Convención de los derechos del Niño está ratificada por todos estos países citados (Chile, la ratificó en 13 de agosto de 1990, Cuba en 21 de agosto de 1991, México en 21 de septiembre de 1990, y Panamá en 12 de diciembre de 1990).²⁴⁷ Y la Convención sobre la Eliminación

²⁴² No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

²⁴³ No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

²⁴⁴ Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

²⁴⁵ Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar de: a) La legislación de un Estado Parte; o b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.

²⁴⁶ Información General del Tratado - Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos [en línea] <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm> [consulta : 01 julio 2016].

²⁴⁷ Convention on the Rights of the Child [en línea] <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en&clang=_en> [consulta: 01 julio 2016].

de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer está firmada por todos estos países, pero ratificado por dos de ellos (Chile lo firmó en 10 de diciembre de 1999, pero no lo ratificó, Cuba igualmente lo firmó en 17 de marzo de 2000, sin ratificación, México lo ratificó en 15 de marzo de 2002, y Panamá lo ratificó en 9 de mayo de 2001).²⁴⁸

Entendemos, junto a Bidart Campos, que "cualquier Estado que es parte de un tratado que contiene una cláusula sobre derechos implícitos, pero que carece de ella en su Constitución, tiene que integrar su plexo con derechos no enumerados en medida equivalente a la de la referida cláusula internacional, que lo obliga por virtud del tratado que el Estado en cuestión tiene ratificado internacionalmente."²⁴⁹

Si es así, resta ahora estructurar la dogmática que permite reconocer los derechos innominados, implícitos o inherentes. Para esto, recurrimos a Guastini, que apunta dos posibilidades de extraer un derecho innominado del texto constitucional: (1) a veces se infiere un derecho implícito de otro derecho, expresamente conferido, que lo presupone; u (2) otras veces se infiere un

²⁴⁸ Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women [en línea]

<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8-b&chapter=4&lang=en> [consulta: 01 julio 2016].

²⁴⁹ BIDART CAMPOS, G. 2002. *Op. Cit.*, p. 108.

derecho implícito de un principio expreso (o también, como puede suceder, de un principio igualmente implícito).²⁵⁰

En el caso N° 1, los derechos implícitos se deducen de otro derecho explícitamente positivado y protegido en el texto normativo. El derecho implícito es la condición necesaria para el goce del derecho explícito, y, por ende, hay protección para ambos.

En las palabras de Guastini, “en general: dada una norma N1 que confiere el derecho D1, y supuesto que una ulterior norma N2 atributiva del derecho D2 sea condición necesaria para la eficacia de N1, se concluye la existencia en el sistema jurídico de la norma no expresa N2.”²⁵¹

De forma hipotética, podríamos pensar en un ordenamiento que no consagra el derecho a la salud, pero sí el derecho a la vida. A partir del momento que se comprende que el derecho a la salud es condición de goce del derecho a la vida, podemos comprender que en este ordenamiento jurídico hay la consagración del derecho a la salud por presuposición de la consagración del derecho a la vida.

²⁵⁰ GUASTINI, R. 2011. Derechos implícitos, Traducción de Alí Lozada Prado, Observatorio DOXA, Universidad de Alicante [en línea] <<http://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/comentario-riccardo-guastini.pdf>> [consulta: 30 junio 2016].

²⁵¹ *Ibidem*.

El caso N° 2 habla de la extracción de un derecho implícito a partir de un principio expreso. “Se trata de un modo (entre otros) de ‘concretizar’ un principio, es decir, de extraer de ellos normas relativamente circunstanciadas –‘reglas’ como se suele decir, recordando el léxico de los juristas anglo-americanos–, sin las cuales el principio no sería susceptible de aplicación jurisdiccional.”²⁵²

Los principios en el ordenamiento jurídico expresan valores, y dentro de estos valores se puede reconocer muchos derechos que no son nombrados. Bidart Campos señala que “si la Constitución cita valores apelando a esta denominación, nos sugiere pensar que implícitamente reconoce otros que no nombra; y si ni siquiera habla de valores, también nos invita a descubrirlos mediante un hilván con los fines y objetivos que surgen del modelo y del programa político que esa Constitución propugna.”²⁵³

De la misma forma, si un país incluye otros derechos que son incorporados a partir de la ratificación de tratados internacionales a su ordenamiento jurídico interno, los principios presentes en este tratado serán considerados compatibles con la Constitución y, por ende, serán principios reconocidos, y no formalmente creados. Estos principios permitirán el reconocimiento de otros derechos

²⁵² GUASTINI, R. 2011. *Op. Cit.*

²⁵³ BIDART CAMPOS, G. 2002. *Op. Cit.*, p. 105.

innominados, y deberán ser tutelados de la misma forma como se tutelan los derechos fundamentales expresos en el texto magno.²⁵⁴

Para finalizar, podemos concluir que si existe esta correspondencia entre los valores, no solamente los derechos fundamentales expresamente constantes en los textos constitucionales pueden ser objeto de demandas judiciales. Los derechos innominados, que se extraen de otros derechos reconocidos o de los valores que establecen la Constitución y los tratados internacionales ratificados, igualmente pueden ser objeto de demandas judiciales, una vez reconocida su vulneración.

Este es un punto de quiebre con la tradición jurídica que clama por los derechos escritos. “Acostumbrados como estamos a que los textos constitucionales contengan un *bill* de derechos, nos cuesta imaginar que el articulado sólo se ocupe de la organización del poder.”²⁵⁵

Al abordar este tema de derechos innominados, se hace necesaria una advertencia. No estamos de acuerdo con que el mínimo vital sea un derecho nuevo, implícito en el ordenamiento jurídico. Las razones de esto las veremos detalladamente en el próximo Capítulo. Se adelanta que, este trabajo considera

²⁵⁴ Germán Bidart Campos apunta en la misma dirección: “desde nuestra personal perspectiva, cuando una Constitución hace alguna referencia a tratados internacionales de derechos humanos nos permite respaldar la idea de que esos derechos que constan en normas que se hallan fuera de la Constitución deben meritarse como derechos implícitos en el hospedaje de esa Constitución.” BIDART CAMPOS, G. 2002. *Op. Cit.*, p. 106.

²⁵⁵ BIDART CAMPOS, G. 2002. *Op. Cit.*, p. 103.

que el mínimo vital se configura como un principio jurídico extraído de una interpretación constitucional de los derechos a la vida, la dignidad, la libertad y la igualdad, que necesita de un rol activo del Estado para tutelarlos a través de la solidaridad. Existen buenas razones para la adopción del mínimo vital como un principio jurídico derivado de estos derechos ya consagrados, lo que estudiaremos en el Capítulo siguiente.

Sin embargo, se refuerza que todo lo afirmado sobre los derechos innominados o implícitos tiene un uso práctico que es útil en la configuración del mínimo vital, pues permitirá identificar ciertos derechos implícitos, que pueden ser parte de su contenido y, consecuentemente, pueden ser exigidos si hay un incumplimiento por parte del Estado.

Por ejemplo, el derecho a la alimentación. Está positivado en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por muchos países, y en algunos casos, la Constitución local no positiva el derecho a la alimentación, como es el caso chileno.

Es innegable que la alimentación es condición necesaria para la sobrevivencia y está conectada a la vida y la dignidad. Dado que en el caso chileno existe la ratificación del PIDESC, entonces el Estado chileno reconoce que los valores expresados en este Pacto están en armonía con los valores expresados en la Carta Política de 1980. Luego, se puede decir que el derecho a la alimentación es un derecho fundamental implícito en el ordenamiento jurídico

chileno y, siguiendo la lógica que será expuesta en el Capítulo 2, podría ser un derecho cuyo contenido sería parte del mínimo vital.

Por esta razón, la teoría de los derechos implícitos es trascendente para la construcción del mínimo vital, aun cuando no se considere el mínimo vital como un derecho autónomo implícito o innominado.

Por último, y para justificar la tutela de todos los derechos fundamentales, hablaremos sobre la dignidad humana, que también sirve de base para la materialización del mínimo vital, en conjunto con los derechos a la vida, la libertad y la igualdad.

En este Capítulo hablamos sobre las interpretaciones proactivas de los derechos fundamentales a la libertad y la igualdad. También planteamos la necesidad de defender la solidaridad como forma de materializar las finalidades del Estado Social. Ahora hablaremos sobre la dignidad humana, y en el próximo capítulo mostraremos cómo el derecho a la vida -en conexión con la dignidad humana- evolucionó en el modelo europeo hacia una perspectiva proactiva y solidaria, es decir, la promoción de las condiciones necesarias para la vida digna, y de este modo daremos por cubiertas las bases necesarias para configurar el mínimo vital.

1.8 La dignidad humana como manantial axiológico de los derechos sociales y del mínimo vital

El concepto de dignidad humana ganó fuerza después de la Segunda Guerra Mundial. A partir de este periodo, las Constituciones comenzaron a reconocer expresamente la protección de la dignidad en el sentido de comprender que el ser humano es la finalidad principal de la actividad estatal, y por ende, se vedó la “cosificación” de las personas.^{256 257}

El hecho de considerar el ser humano como eje de la actuación estatal se alinea con la evolución del Estado Liberal al Estado Social, y a la reaproximación entre el Estado y la sociedad en la persecución del bien común, de forma de justificar la injerencia estatal para corregir las irregularidades generadas por el libre mercado, y posibilitar a todos a acceder a las oportunidades de vida subjetivamente valoradas y a los bienes mínimos necesarios para una vida digna.

La dignidad humana no es fácil de conceptualizar, ni tampoco es sencillo de establecer sus límites y características. Sin embargo, su estrecha relación con los derechos fundamentales es innegable. Conor Gearty afirma que “después de

²⁵⁶ SARLET, I. 2004. A eficácia dos direitos fundamentais, 4ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 63.

²⁵⁷ En sentido contrario, abogando por el sentido actual de la dignidad humana partiendo desde el medioevo y la visión antropocéntrica del mundo, MARÍN CASTÁN, M. 2007. “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales. En: Revista de Bioética y Derecho, n. 9, [en línea] <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7833/9734>> [consulta: 06 diciembre 2016] y PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. 2003. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, 2ª ed. Madrid, Dykinson, p. 21.

todo, parece haber una especie de parentesco plausible entre los derechos humanos y la dignidad humana: es imposible estar en contra de cualquiera de ellos o explicar en cualquier sentido específico satisfactorio lo que significan.”²⁵⁸

Para comprender la dignidad humana dentro de una perspectiva jurídica, es fundamental reconocer que sus raíces están en las bases filosóficas ²⁵⁹, y de ellas tenemos que buscar su significado para luego adecuarlo al uso jurídico.

Podemos decir que la noción de dignidad viene atribuida al Cristianismo. No es que otras religiones no hayan desarrollado esta noción, pero el Antiguo y el Nuevo Testamento, al atribuir al hombre la imagen y semejanza de Dios, le ha concedido un valor intrínseco que lo diferencia de todas las demás criaturas.²⁶⁰

Peces-Barba resume los atributos que hacen del hombre la criatura diferenciada en el plan divino: la “razón, la capacidad de decidir y de elegir, la obtención del conocimiento y la construcción de conceptos generales, son los

²⁵⁸ GEARTY, C. 2004. Principles of human rights adjudication. Oxford, Oxford University Press, pp. 84-85. Traducción nuestra del original en inglés.

²⁵⁹ AFONSO DA SILVA, J. 1998. “A dignidade da Pessoa humana como valor supremo da democracia. En: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, pp. 125-145.

²⁶⁰ Ver SARLET, I. 2010. Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 8ª ed. revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 32. También STARCK, C. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã, tradução de Rita Dostal Zanini, En: SARLET, I. (org). 2009. Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional, 2ª ed. revisada e ampliada. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 202. Y BODIN DE MORAES, M. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, En: SARLET, I. (org). 2010b. Constituição, direitos fundamentais e direito privado, 3ª ed. revisada e ampliada. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 115.

elementos que en aquella incipiente laicidad les sitúa como seres creados a la imagen y semejanza de Dios.”²⁶¹

La evolución de las ciencias y el surgimiento del humanismo forzaron a abandonar la vinculación entre la dignidad humana y lo divino. La dignidad humana, entonces, comenzó a ser moldeada por la doctrina jusnaturalista racionalista, que tiene a Samuel Pufendorf como principal referente.²⁶² Aquí, se abandona el concepto de criatura diferenciada en el plan divino, para establecer la superioridad del hombre entre los animales por su entendimiento y por la determinación de la voluntad.²⁶³

Según Ingo Sarlet, el proceso de laicización de la dignidad se completa con la Ilustración y con la doctrina de Kant.²⁶⁴ Kant “concibe la dignidad como un valor intrínseco de la persona moral, la cual no admite equivalentes. La dignidad no debe ser confundida con ninguna cosa, con ninguna mercancía, dado que no se trata de nada útil ni intercambiable o provechoso.”²⁶⁵

En la doctrina kantiana, todas las cosas tienen un precio o una dignidad. Si algo tiene precio, se puede oponer a ella cualquier cosa equivalente. Empero,

²⁶¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. 2003. *Op. Cit.*, p. 48.

²⁶² *Ibidem*, p. 41.

²⁶³ *Ibidem*, p. 42.

²⁶⁴ SARLET, I. 2010a. *Op. Cit.*, p. 37.

²⁶⁵ MICHELINI, D. 2010. "Dignidad humana en Kant y Habermas". *En: Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*, 12(1), 41-49. [en línea]
<http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-94902010000100003&lng=es&tlng=es> [consulta: 06 diciembre 2016].

cuando una cosa está por sobre todo precio, entonces ella tiene dignidad.²⁶⁶ Para Kant, el hombre, visto como persona, jamás podrá ser tratado como medio para cualquier otra cosa. El hombre es un fin en sí mismo.²⁶⁷

Analizando la teoría kantiana, como forma de aclarar cuándo el hombre es tratado como fin o como medio, Belloso Martín afirma que, en la perspectiva de los derechos humanos, el hombre es tratado como medio cuando algo atenta en contra de su autonomía, seguridad, libertad o igualdad; y son tratadas como fin cuando se establece una estructura normativa e institucional capaz de promover y respetar los derechos humanos.²⁶⁸

De esta forma, toda persona posee dignidad, y esta dignidad no puede ser sustituida por ningún precio. Además, si el hombre posee dignidad, que no tiene precio, y es un fin en sí mismo, su dignidad solamente será respetada cuando existan las condiciones para la promoción y garantía de sus derechos fundamentales.

Esto no significa que el hombre jamás será utilizado como medio en alguna situación, significa que él no debe ser tratado como medio de forma exclusiva, pues, siempre que se identifique una situación donde el hombre es tratado como

²⁶⁶ KANT, I. 2008. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, tradução de Paulo Quintela. Lisboa, Edições 70, p. 81.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 73.

²⁶⁸ BELLOSO MARTÍN, N. 2008. "El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana: algunas contradicciones". *En: Revista Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 44.

medio (en contra de su autonomía, libertad, igualdad y/o seguridad) al mismo tiempo debe ser considerado como fin.

En este sentido, Dworkin plantea que no se requiere que la gente nunca se ponga en desventaja para la ventaja de los demás, sino que la gente nunca sea tratada de manera tal que se niegue la verdadera importancia de sus propias vidas.²⁶⁹

Si no fuera así, cualquier actuación estatal en contra de la autonomía, seguridad, libertad o igualdad de las personas en el sentido de hacer correcciones para auxiliar a todos en el acceso de las oportunidades de la vida en sociedad, sería un acto vulnerador de la dignidad de los que fueron puestos en una situación de “supuesta” desventaja. Es decir, cuando el Estado utilizase políticas de auxilio para el acceso de las oportunidades y bienes básicos para los grupos desventajados, esto sería atentatorio a la dignidad de los grupos en ventaja, y no es así.

La dignidad también está conectada con la igualdad material, y esto se confirma en la teoría de Rawls, que establece dos principios de justicia: (1) cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales, que sea compatible con el mismo esquema de libertad para todos; (2) las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer

²⁶⁹ DWORKIN, R. 1994. *Life's dominion: an argument about abortion, eutanasia, and individual freedom*. New York, Vintage Books, p. 236.

dos condiciones: deben estar vinculadas a cargos y posiciones accesibles a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades, y tienen que beneficiar al máximo los miembros menos favorecidos de la sociedad (principio de la diferencia).²⁷⁰

El primer principio “tiene precedencia sobre el segundo y, en este, la igualdad equitativa de oportunidades tiene precedencia sobre el principio de la diferencia.”²⁷¹ Por ende, buscar la igualdad de oportunidades es la manifestación máxima de la dignidad humana, y cuando exista cualquier criterio de diferencia, debe considerar el mayor beneficio de los menos favorecidos.

En consonancia con esta prerrogativa de los principios de justicia, John Rawls afirma que para que las personas puedan elegir entre los principios de justicia, y así garantizar sus libertades fundamentales en estrecha compatibilidad con el bien común, es necesario un mínimo social, para que el ciudadano²⁷² entienda y pueda ejercer sus derechos y libertades fundamentales.²⁷³

²⁷⁰ RAWLS, J. 2003. *Justiça como equidade: uma reformulação*, tradução de Claudia Berliner. São Paulo, Martins Fontes, p. 60.

²⁷¹ DA SILVA CORDEIRO, K. 2012. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 70. Traducción nuestra del original en português.

²⁷² Rawls habla específicamente en ciudadano y esta es un crítica que haremos en el capítulo siguiente al demostrar los rumbos que tomaron la teoría rawlsiana en dirección a la política, lo que termina por diferenciar su mínimo social (mínimo para ejercer los derechos políticos y participar políticamente en la sociedad) del mínimo vital.

²⁷³ RAWLS, J. 2005. *Political liberalism, expanded edition*. New York, Columbia University Press, p. 7.

En la perspectiva de Dworkin, la dignidad es un derecho inalienable, que se conecta con la historia y la cultura. Esta conexión quiere decir que las personas tendrán derecho de no ser tratadas de forma indigna, según lo que sea considerado indigno en el tiempo y espacio en que vive la persona, considerando también su cultura.²⁷⁴ Sin embargo, aunque los estándares de lo que se puede considerar un trato indigno pueden variar en el tiempo y en el espacio, el derecho que tiene toda persona de que la importancia de su vida sea reconocida en la sociedad en que vive no es algo negociable.²⁷⁵

Dworkin plantea dos principios que definen las bases de la dignidad humana: (1) el principio del valor intrínseco de la vida humana, que determina que cada vida humana tiene un tipo especial de valor objetivo, que es un valor potencial intrínseco.²⁷⁶, lo que significa que toda vida humana debe ser respetada, y cualquier acto contrario al respeto de la vida humana vulnera la dignidad; y (2) la responsabilidad personal, que determina la responsabilidad que cada uno tiene en la concretización de sus propios planes de vida, según lo que cada uno considera como un plan de vida exitoso.²⁷⁷

Karine da Silva Cordeiro afirma que aunque Dworkin no trata específicamente del tema del mínimo vital, es plenamente posible extraer de su

²⁷⁴ DWORKIN, R. 1994. *Op. Cit.*, p. 236.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 237.

²⁷⁶ DWORKIN, R. 2006. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate.* Princeton, Princeton University Press, p. 16.

²⁷⁷ DWORKIN, R. 2005. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, tradução de Jussara Simões. São Paulo, Martins Fontes, p. XIV.

teoría que para la concretización de la dignidad humana es trascendente la garantía de un mínimo de derechos fundamentales, que sean capaces de promocionar los dos principios base de la dignidad en Dworkin (el valor intrínseco de la vida humana y la responsabilidad personal).²⁷⁸

Para la autora, esto se justificaría aún más por lo que Dworkin plantea sobre el *hypothetical insurance market*,²⁷⁹ donde sugiere que sería legítima la institución de políticas públicas que aseguren los riesgos principales que normalmente serían asegurados en un mercado de seguros justo.²⁸⁰

Desde el punto de vista jurídico, la dignidad humana no se incorporó a los textos magnos de forma masiva hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial. No estuvo expresamente presente en las declaraciones de derechos de Francia, ni la que resultó de la Revolución Americana (EE.UU.), tampoco en los textos anteriores a la segunda mitad del siglo XX.²⁸¹

La dignidad ganó espacio en los documentos jurídicos a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas de 1948, que en su artículo 1° estableció: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están

²⁷⁸ DA SILVA CORDEIRO, K. 2012. *Op. Cit.*, p. 76.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ DWORKIN, R. 2005. *Op. Cit.*

²⁸¹ SARLET, I. 2010. *Op. Cit.*, p. 72.

de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”²⁸²

Otros documentos que tratan expresamente la dignidad son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. En ellos, el preámbulo cita el reconocimiento de los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas: la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Estos principios tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, que se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.²⁸³

Otra referencia es la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya. El artículo 5° cita: “todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal.

²⁸² Declaración Universal de los Derechos Humanos [en línea]

<<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>> [consulta: 14 diciembre 2016].

²⁸³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en línea]

<<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>> [consulta: 14 diciembre 2016]. Y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en línea]

<<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>> [consulta: 14 diciembre 2016].

Todas las formas de explotación y degradación del hombre (...) serán prohibidos.²⁸⁴

En el periodo post Segunda Guerra Mundial, la mayoría de las constituciones incorporó a su texto el derecho a la dignidad humana. En Latinoamérica, podemos citar a título de ejemplo, el artículo 1° de la Constitución Política de la República de Chile de 1980; el artículo 1°, inciso III de la Constitución Federal de la República de Brasil de 1988; la Constitución para la República del Perú de 1979, en el preámbulo y en los artículos 4°, 19 y 42, que se repite en la Constitución Política del Perú de 1993, artículo 1°; la Constitución Política de Colombia de 1991, artículos 1°, 42, 53 y 70; la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, artículos 35, 49 y 81, inciso V, y luego en el Artículo 11.7 de la Constitución del Ecuador del 2008; y la Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009, en su preámbulo y artículos 8.2, 9.2, 21, 22, 23.2 y 73.

En las fórmulas jurídicas constitucionales y en los documentos internacionales que consagraron el derecho a la dignidad humana no se encuentra una definición ni sus características. Esto es deseable, ya que comentamos anteriormente la visión de Dworkin sobre la perspectiva histórico-cultural de la dignidad humana, cuyo contenido será distinto en cada contexto.

²⁸⁴ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297>> [consulta: 14 diciembre 2016].

La dignidad humana es el fundamento para la promoción e institucionalización de los derechos fundamentales de la persona.²⁸⁵ Según Cea Egaña, “es sobre tal base que, después, son proclamados los derechos y deberes innatos del hombre, pues son inherentes a ella. Quebrantar la dignidad es, por ende, lesionar aquellos derechos en su esencia.”²⁸⁶

No crear las condiciones para que se pueda realizar el proyecto de vida personal es una postura que vulnera la dignidad humana.²⁸⁷ Explica Cea Egaña que “la dignidad, cuando es respetada, se convierte en el valor que posibilita la realización de tal supuesto esencial. La dignidad es la fuente, el cimiento y la justificación de los derechos y deberes de la persona humana.”²⁸⁸

El Estado tiene el deber de respetar los derechos fundamentales en su totalidad, y para que la dignidad humana –que es la base de todos los derechos fundamentales– tenga eficacia, debe existir la posibilidad de goce de todos estos

²⁸⁵ García Manrique no está de acuerdo que la dignidad es el valor que cimienta y justifica los derechos fundamentales. Según el autor español, la dignidad no es la justificación buscada porque no es un valor, “sino una expresión que usamos para designar la naturaleza particularmente valiosa de los seres humanos como igualdad fáctica”. La cualidad de ser libre, o tener una vida libre es el valor que torna a cada ser humano portador de dignidad. La dignidad es entonces, una expresión que determina el valor que poseen los seres humanos de ser libres. No es un valor independiente, sino que es un término que expresa el valor de la libertad que cada uno debe poseer. No estamos de acuerdo con esta posición que propone la libertad y la justicia como los verdaderos valores de que justifican los derechos fundamentales. Hasta porque existirán hipótesis en que la dignidad será preservada y justificará los derechos fundamentales mismo cuando la libertad de las personas esté afectada. Ver GARCÍA MANRIQUE, R. 2013. *Op. Cit.*, p. 99.

²⁸⁶ CEA EGAÑA, J.L. 2012. *Op. Cit.*, p. 42.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 43.

²⁸⁸ *Ibidem*.

derechos. Si una persona no posee un mínimo para que tenga una vida digna, se vulnerará la dignidad humana, porque no se habrá asegurado el goce de los derechos fundamentales en su totalidad.

El respeto, preservación y promoción de la dignidad humana incluye la consideración de un mínimo vital. Este es el fundamento para su conceptualización, así como es el fundamento para la garantía de todos los derechos fundamentales.

Permitir el acceso a las oportunidades de la forma más igualitaria posible, preserva la dignidad y permite que las personas sean realmente libres. A través de la preservación de la dignidad es que se encontrará la libertad plena y no lo contrario. Todos estos derechos están conectados, y serán responsables por la formación del concepto del mínimo vital, que estudiaremos en seguida.

1.9 Conclusiones

Este primer capítulo de la tesis representa el inicio del marco teórico necesario para la comprobación de la hipótesis de investigación: a través de la interpretación constitucional de los derechos a la vida, la dignidad humana, la libertad y la igualdad, y la configuración de un bloque de constitucionalidad que incluye el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es posible reconocer en Chile –aunque de forma limitada y precaria– la existencia del mínimo vital, pero su implementación completa (prismas positivo y negativo) demandará cambios en la estructura de la Constitución, que permitan la consagración de un modelo activo y solidario que irradie sus efectos para la efectiva tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.

El mínimo vital es un principio jurídico que surge a partir de una interpretación constitucional que se basa en una teoría de los derechos fundamentales conectados a la forma de Estado Social. Por esta razón, nuestro primer paso fue estudiar la evolución del Estado Liberal hacia el Estado Social y Democrático de Derecho, que permitió la adopción de un rol más activo en la concretización del bien común y la promoción e institucionalización de los derechos de segunda dimensión de los derechos fundamentales.

El Estado Liberal adopta una postura de no injerencia en la vida privada, como forma de evitar el regreso al modelo despótico del absolutismo. Por ende, los derechos fundamentales de este modelo de Estado se configuraron como

libertades negativas, con una total separación del Estado y la sociedad. En este contexto, los derechos fundamentales son vistos únicamente como derechos de defensa contra el actuar del ente estatal, siempre y cuando el Estado intervenga en la esfera individual de las personas.

Sin embargo, el Estado Liberal ha demostrado debilidades frente a los nuevos desafíos globales y a los problemas de la sociedad civil que surgieron a lo largo de la historia. Consecuentemente, la teoría del Estado comenzó a estructurar un nuevo modelo, que en comunión con la sociedad intervenía para corregir las irregularidades ocasionadas por el libre mercado, y auxiliar al cuerpo social en la persecución del acceso a los bienes básicos y a las oportunidades para concretizar el plan de vida subjetivamente valorado. Era el surgimiento del Estado Social.

Con el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, el ente público vuelve a aliarse con la sociedad y busca auxiliarla en la persecución del bien común. Su rol es activo y necesario para la concretización de los derechos de segunda dimensión (derechos sociales), que surgieron antes del Estado Social, pero que necesitaron de él para, a través de las garantías constitucionales, recibir la debida tutela.

Con este nuevo modelo, los derechos fundamentales, que antes eran vistos como defensas contra el Estado, recibieron una nueva perspectiva, donde el ente público debería posicionarse activamente para garantizar su goce. Incluso

los derechos a la libertad y a la igualdad (vistos en el modelo liberal como libertad negativa e igualdad formal) se adecuaron a las características proactivas del Estado Social y Democrático de Derecho, y pasaron a ser concebidos como libertad real (participativa, a través de la promoción del aumento de libertad total con el acceso a oportunidades en el cuerpo social) e igualdad material (que busca identificar las diferencias de los grupos marginados y concederles prestaciones, que permitan superar la debilidad en sus competencias para disputar su espacio en la sociedad).

El Estado Social, se enfoca en la promoción e institucionalización de los derechos fundamentales, principalmente los de segunda dimensión. Estos derechos sociales, son parte del contenido del mínimo vital, y esta es la razón por lo que se hace trascendente demostrar los cambios en la teoría de los derechos fundamentales según la evolución de la forma de Estado. Esto permitirá no solamente comprender por qué surgió la interpretación que afirma la existencia de un mínimo vital que debe ser garantizado por el Estado, como también, comprender por qué es necesaria la estructura del Estado Social para defenderlo de forma eficiente.

Concluimos que la solidaridad como una fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho, es un principio basal que permite la materialización del mínimo vital, como un esfuerzo de toda la sociedad. Vimos que, a pesar de las críticas al Estado Social, no existen razones para abandonar este modelo, ni el

principio de solidaridad, ya que las críticas al Estado Social y Democrático de Derecho no logran demostrar las ventajas de abandonarlo.

Ambos modelos de Estado (liberal y social) están sujetos a las crisis económicas, lo que significa que el modelo solidario no es por sí mismo el responsable por el fracaso del Estado. Las crisis son derivadas de los ciclos económicos y, la flexibilidad del Estado Social, le permite adoptar políticas públicas variadas, lo que posibilitará la adopción de políticas anticíclicas y evitará que la crisis económica se convierta también en una crisis social, frente a la ausencia de la garantía de los derechos fundamentales (incluidos los derechos sociales).

En los periodos de crisis se pone en prueba la garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, las derogaciones o restricciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales solamente serán posibles de forma excepcional, temporal y muy particular.

Si el Estado Social y Democrático de Derecho fuera un fracaso, no tendríamos ejemplos de éxito, como los casos de e.g. Alemania, Noruega, Finlandia, Suiza, Suecia, que adoptan el modelo social y tienen excelentes resultados, reconocidos a nivel global.

Por lo tanto, la solidaridad es necesaria para canalizar el esfuerzo de la sociedad en la concretización de los fines del Estado Social, porque dejar en las

manos de la caridad privada lo que compete al ente público significaría abandonar las personas a la dependencia eterna, y esto va contra la dignidad humana, que está conectada a la igualdad y a la libertad a través del principio de solidaridad.

La solidaridad posibilitará materializar el acceso a los mínimos para la vida digna, que son tutelados por un modelo de Estado que se preocupa de los derechos sociales, y que amplía la libertad y la igualdad a través de la justicia social.

En la segunda parte del Capítulo, ampliamos el análisis de los derechos fundamentales, con especial énfasis en los problemas relacionados con los derechos sociales. Este estudio fue necesario ya que los derechos de segunda dimensión también son parte del contenido del mínimo vital, principalmente en su prisma positivo. Por ende, su tutela y judicialización representan una materia trascendente para el concepto y características del mínimo para la vida digna.

Vimos que hasta el día de hoy existe una parte de la doctrina que no considera los derechos sociales como derechos propiamente dichos. Nosotros concluimos que sí son derechos, y que los diversos intentos de separarlos de esta categoría se debieron a la división histórica de los derechos liberales y los derechos sociales. Los argumentos que analizamos en este sentido fueron rechazados: que los derechos liberales solamente necesitan la no intervención del Estado en la esfera particular para que sean garantizados, que el contenido

de los derechos sociales es demasiado abstracto, que el Poder Judicial debe deferencia a los demás Poderes y que por esta razón no debería conceder prestaciones que son materializadas a través de políticas públicas y administradas por el Poder Ejecutivo. Todas las dimensiones de los derechos fundamentales enfrentan los mismos problemas argumentados, y la actuación para buscar el contenido de la norma de derecho fundamental a través de la actuación judicial, no configura un quiebre de la institucionalidad en lo que se refiere a la deferencia a los demás Poderes del Estado.

Los derechos sociales no pueden ser considerados políticas, aspiraciones o programas de gobierno, ellos tienen la estructura de derechos subjetivos, que nacen de una norma válida, generan obligaciones y ponen al sujeto acreedor en una posición jurídica de exigibilidad.

Por considerar los derechos sociales como efectivos derechos dotados de subjetividad, concluimos que ellos pueden ser judicializados, preferentemente dentro de una perspectiva de interacción dinámica entre los Poderes Públicos, responsables por el manejo de los recursos necesarios para concretar los fines del Estado.

Existen muchas herramientas que posibilitan establecer el contenido concreto de los derechos de segunda dimensión, y el Poder Judicial tiene especial relevancia en esta labor. Por ende, sumando los criterios de afectación,

urgencia y subsidiariedad, es totalmente posible la exigibilidad judicial de los derechos sociales prestacionales en los casos de vulneración de tales derechos.

El paso siguiente fue verificar si solamente los derechos expresamente positivados en las cartas constitucionales podrían ser objeto de protección judicial, o si era posible hablar de una tutela de derechos innominados o implícitos. Esta perspectiva teórica favorece la tutela del mínimo vital, ya que existen algunas constituciones que no tienen un amplio catálogo de derechos socio-fundamentales, que son parte del contenido del mínimo para la vida digna.

Vimos que en Latinoamérica existen muchas constituciones que positiván cláusulas de derechos implícitos de forma expresa, y que en pocos casos (Chile, México, Cuba y Panamá) no existe estas cláusulas en las Cartas Políticas. Para los países que no tienen una cláusula de derechos implícitos, los tratados internacionales, que son parte del ordenamiento jurídico interno (cuando son debidamente ratificados), posibilita la adopción de los derechos innominados.

Además, los derechos innominados o implícitos no son innovaciones en el derecho positivo. Su base fundamental está en los valores que se extraen de los propios derechos fundamentales expresamente positivados, o son derechos que surgen para que se pueda hacer efectivo el goce de derechos fundamentales expresamente positivados.

Por lo tanto, es posible reconocer otros derechos derivados de los derechos fundamentales o de valores expresados en la constitución y en los tratados internacionales ratificados (derechos innominados), que son judicializables porque son derechos subjetivos.

En este análisis de los derechos innominados, iniciamos nuestra defensa de que el mínimo vital no es un derecho autónomo implícito, ya que no está positivado en ningún texto constitucional, tampoco en ningún tratado internacional de derechos humanos. Por esta razón, no es posible decir que este “derecho” estaría relacionado con otros derechos positivados en el ordenamiento constitucional, y consecuentemente, reconocerlo por la vía de los derechos innominados. Nuestra posición, y que se comprobará en el próximo Capítulo, es que el mínimo vital es una interpretación constitucional que surge de los derechos a la vida, la dignidad, la libertad y la igualdad, y que se materializa a través de la solidaridad, como un principio basal de un Estado activo en la persecución del bien común.

Para finalizar, analizamos la dignidad humana, que es inalienable, imprescriptible e irrenunciable, y representa uno de los cimientos del mínimo vital. Concluimos que la vulneración de cualquier derecho fundamental es atentatorio a la dignidad humana. Por ende, promover la dignidad es promover la autonomía, seguridad, libertad e igualdad de las personas en el sentido de hacer correcciones para auxiliar a todos en el acceso de las oportunidades.

Por todo lo expuesto, el mínimo vital es una condición para concretizar la dignidad humana, y su contenido, positivo y negativo, tiene relación directa con los derechos fundamentales.

CAPÍTULO II - LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DEL MÍNIMO VITAL Y SUS CARACTERÍSTICAS

2.1 Introducción

En el Capítulo anterior fue responsable por iniciar el marco teórico esencial para desarrollar el mínimo vital. Su importancia para la tesis está en reconocer cómo el avance de la forma de Estado europeo hacia el Estado Social y Democrático de Derecho permitió desarrollar una nueva perspectiva con relación a la tutela de los derechos fundamentales, y abordar los problemas relacionados con este modelo de Estado.

El Capítulo 1 también analizó la evolución de los DD.FF., con especial énfasis en los Derechos Sociales. Pudimos zanjar algunas materias esenciales para el contenido del mínimo vital, lo que comprendió la noción de derechos subjetivos, la justiciabilidad de los derechos sociales y la teoría de los derechos innominados que auxiliarán a comprender el contenido del mínimo para la existencia digna en su totalidad (es decir, su prisma positivo y negativo).

En este Capítulo 2, el problema central a investigar es cómo se configura el mínimo vital, cuál es su origen, alcance y restricciones. Y aunque parezca algo acotado, la forma como se presenta esta problemática involucra diversos objetivos específicos para llegar a la comprensión total de lo pretendido.

Trataremos del surgimiento de la preocupación del Estado por hacerse cargo de un mínimo de sobrevivencia a las personas, la definición de mínimo vital (qué comprende el mínimo y qué puede ser considerado como vital para la existencia digna), cómo se estructura el mínimo vital en el derecho europeo (su cuna) y cómo se estructura el mínimo vital en el derecho brasileño (que se usará como parámetro para una visión desde Latinoamérica).

Posteriormente, necesitaremos estudiar la naturaleza jurídica del mínimo vital. Determinaremos si se configura como una regla, un valor o un principio. Así como estableceremos si el mínimo vital es un derecho nuevo o es una interpretación constitucional basada en otros derechos ya positivados en un ordenamiento jurídico.

Trataremos también los aspectos económicos que en general aparecen en los conflictos relacionados con los derechos sociales en general. Verificaremos más adelante, que el contenido del mínimo para la vida digna está conformado, también, por prestaciones positivas por parte del Estado (expresión positiva de los derechos sociales), y este análisis económico será trascendente para proponer soluciones para los posibles conflictos futuros. Ergo, resolveremos cómo se relaciona el mínimo vital con la reserva de lo posible.

Con esto tendremos las características del mínimo vital debidamente tratadas, permitiendo la fundamentación necesaria para su construcción en cualquier ordenamiento jurídico que tenga un catálogo extenso de derechos

fundamentales en su cuerpo constitucional, o mismo en aquellos –como el alemán– que no tienen este catálogo, pero que buscan en otras fórmulas su realización y tutela.

2.2 El Estado como sujeto activo en la protección del mínimo vital

Aunque en el Capítulo 1 de la tesis estudiamos el surgimiento del Estado Social, que ha permitido la mayor participación estatal en la persecución de los objetivos de las personas bajo su tutela, es menester ampliar el conocimiento sobre la responsabilidad del ente estatal y descubrir a partir de cuándo se transfirió para el Estado la responsabilidad de hacerse cargo de los mínimos para la vida digna.

En la historia antigua existen elementos que indican la preocupación con el bienestar de las personas. Obviamente, no se puede comparar las instituciones de la antigüedad con las modernas, que utilizaremos para construir el concepto del mínimo vital. No obstante, es importante observarlas a modo de formar una línea de raciocinio que nos posibilite comprender los orígenes y características del mínimo vital.

Partiremos desde los tiempos de la Roma antigua para buscar esta preocupación con el bienestar de las personas. En los tiempos de Cayo Graco, en el año 123 a.C., fue aprobada la *Lex Sempronia Frumentaria*, que

correspondió a una medida legislativa que reguló la distribución de trigo a precios subvencionados –o incluso gratis– al pueblo de Roma.²⁸⁹

Los beneficiarios de las *frumentationes* debían ser ciudadanos romanos residentes en la capital y no podían pertenecer ni al orden senatorial ni al ecuestre. Los beneficiarios eran principalmente varones adultos. Ocasionalmente, las mujeres también fueron beneficiarias. Posteriormente, el rey Marco Ulpio Trajano, amplió la cobertura de las *frumentationes*, ordenando inscribir en lista de beneficiarios a 5.000 niños de Roma.²⁹⁰

Para obtener el derecho a las distribuciones de trigo era necesario presentar una declaración (*professio*) ante los funcionarios encargados de los registros públicos establecidos al efecto, en la que se detallaba la situación personal y familiar del peticionario. Cada beneficiario seleccionado recibía, entonces, un documento (*tessera*) a modo de cupón de racionamiento que debía presentar en cada distribución mensual.²⁹¹ Aunque muchos critican esta institución romana, se trata efectivamente de una institución de carácter asistencial.²⁹²

Mucho tiempo después, en la Edad Media, algunos estudiosos afirmaron ser de los regidores de las ciudades la responsabilidad de solucionar los

²⁸⁹ BLANCH NOUGUÉS, J. M. 2007. Régimen Jurídico de las Fundaciones en Derecho Romano. Madrid, Editorial Dykinson, p. 148.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 148.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² *Ibidem*, p. 150.

problemas relacionados con la pobreza. Un referente en este pensamiento es Juan Luis Vives (1492-1540), un humanista, filósofo y pedagogo español, nacido en Valencia en 1492. Vives es una voz muy representativa del llamado Renacimiento de Europa, y expresó su preocupación con el bienestar colectivo.²⁹³

En su obra “Del socorro de pobres (*De subvencione pauperum*)” el español expresó la importancia de la caridad para remediar el problema de la pobreza. Vives asevera que “por cierto que es cosa fea y vergonzosa para nosotros los cristianos, para quien no existe más imperioso mandato que el de la caridad, y no sé si decir el único, topar en nuestras ciudades, a cada paso, con menesterosos y mendigos. Adondequiera vuelvas los ojos se te entran por ellos penurias, estrecheces y pordioseros que te obligan a largar la mano porque llenes la suya.”²⁹⁴ Además, apuntó los beneficios de promover el bienestar de todas las personas:

“grande es el honor de la ciudad donde no se ve mendigo alguno... Se reducirá la estadística de robos, maldades, latrocinios, delitos de sangre y crímenes capitales; serán más raras las tercerías y los hechizos... Mayor será la quietud, porque se habrá procurado el bien de todos... Reinará una concordia inalterable, porque el más pobre no tendrá envidia del más rico; antes le amará como a su bienhechor... Será más seguro, saludable y gustoso asistir a los templos y recorrer toda la ciudad, porque no se meterá en los ojos aquella fealdad de llagas y enfermedades... La ganancia mayor será para la ciudad, porque los ciudadanos se habrán tornado más

²⁹³ GINZO FERNÁNDEZ, A. 2006. "El problema de la sabiduría en la obra de Luis Vives". En: *Revista de Filosofía*, 24(52) [en línea] <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-11712006000100002> [consulta: 16 noviembre 2017].

²⁹⁴ VIVES, J. L. 1992. *Del socorro de los pobres*. Barcelona, Editorial Hacer, p. 151.

comedidos, más útiles a la patria, no maquinarán revoluciones ni sediciones, tantas mujeres y doncellas arrancadas a la vida airada, tantas brujas y celestinas redimidas del lenocinio y hechicerías... Y por terminar, la suprema ventaja será haber dado la religión y la libertad a muchas almas... Y por coronación de todas estas bienandanzas, aquel galardón celestial que demostramos estar aparejado a las limosnas, nacidas de las maternales en indiferentes entrañas de la caridad.”²⁹⁵

En la obra de Juan Luis Vives, hay una clara influencia religiosa de la época medieval. Esto justifica la hostilidad evidente hacia el ocio y lo superfluo. Empero, su visión viene cargada de novedad en el sentido de atribuir a los gobernantes la responsabilidad de eliminar la pobreza, pues lo que se sabe es que desde siempre el socorro de los pobres, visto como algo natural y necesario, dependía de la caridad individual.²⁹⁶

Juan Luis Vives no habla explícitamente de un concepto de mínimos, pero su teoría fomenta la asistencia del Estado para garantizar la sobrevivencia digna de las personas, lo que demuestra antecedentes de la preocupación con la acción positiva del Estado para eliminar la penuria y preservar la vida de manera digna.

Allan Sheahan llegó a destacar que Vives podría ser apuntado como un idealizador del ingreso mínimo garantizado, cuando afirmó que incluso aquellos que se hayan disipado su fortuna viviendo como un libertino –a través del juego,

²⁹⁵ VIVES, J. L. 1992. *Op. Cit.*, p. 211-215.

²⁹⁶ En la Edad Antigua, existieron los esquemas de propiedad comunal y ayuda mutua familiar. Otras referencias son las *hetaires* de Grecia y los *collegia* de Roma, que ofrecían apoyo mutuo entre los miembros de un mismo oficio. En la Edad Media la ayuda se dio con las casas de caridad, asilos, conventos, etc. Luego, la Iglesia Católica asume la ayuda a los pobres a través de las hermandades de socorro, comunidades religiosas, cajas de ahorro y montepíos. Ver CORTÉS GONZÁLEZ, J. C. 2009. *Op. Cit.*, pp. 26 y 27.

prostitutas, lujo excesivo, gula, y juegos de azar– se les debería dar alimentos, ya que a nadie le correspondería morir de hambre.²⁹⁷

En la Edad Media, más que un carácter jurídico de la ayuda necesaria a la sobrevivencia de los más pobres, hay un rasgo ético en esta actuación. Para los teólogos del medioevo no cabría al Estado hacerse responsable por esta tarea mientras la solidaridad de los más ricos esté actuando en nombre la caridad y la ética personal.²⁹⁸

Hay que considerar la urgencia en determinar una solución para el problema de la pobreza en la Edad Media, ya que:

“la estructura social y económica medieval coloca a grandes capas de población en una situación de precariedad que podía hacerles traspasar muy fácilmente el umbral de la pobreza. Quienes no tenían otro medio de vida que su propia mano de obra en una economía agrarioseñorial de subsistencia, quedaban a merced de las buenas o malas condiciones de las cosechas, de la enfermedad, la muerte o del aumento de los impuestos.”²⁹⁹

La caridad cristiana asumió el papel de proveer ayuda a los más despojados. Según la teología cristiana, la limosna se volvió el instrumento primordial para la redención de los pecados y la salvación personal, aunque no

²⁹⁷ SHEAHEN, A. 2012. Basic Income Guarantee: Your Right To Economic Security. New York, Palgrave-MacMillan, p.171 (traducción nuestra del original en inglés).

²⁹⁸ ALONSO SECO, J. M. y GONZALO GONZÁLEZ, B. 2000. La asistencia social y los servicios sociales en España, 2ª edición. Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 27.

²⁹⁹ ESPADAS ALCÁZAR, M. A. Apuntes de Introducción a los Servicios Sociales. [en línea] <<http://www4.ujaen.es/~aespadas/TEMA5.pdf>> [consulta: 09 mayo 2016].

era el único (también se encontraba, e.g. la ayuda familiar, vecinal, de fraternidades y cofradías).³⁰⁰

Por esto destacamos el pensamiento de Juan Luis Vives, porque señaló que más que la caridad, el Estado debiera proveer, a través de prestaciones positivas, la ayuda necesaria para eliminar la pobreza, de forma que los pobres también tuviesen una vida digna.

Más adelante, surgen las llamadas *Old Poor Laws*, que fueron promulgadas en 1579 en Escocia y en 1601 en Inglaterra. Las citadas normas transfirieron a las parroquias “la obligación de hacerse cargo de los indigentes por medio de una prestación en especie, a la vez que obligan a los perceptores que sean capaces de ello a trabajar a cambio, si es necesario, en *workhouses*³⁰¹ establecidas para tal efecto.”³⁰²

El *Workhouse Test Act* de 1723, concedió poder a las parroquias para negar ayuda a los que no querían alojarse en las *workhouses*. Empero, años más tarde, el *Gilbert’s Act* de 1782 cambió la exigencia de alojarse en ellas como

³⁰⁰ BARROSO RIBAL, C. Caridad, Beneficencia, Seguro Social, Asistencia Social y Estado de Bienestar [en línea] <<https://ctinobar.webs.ull.es/1docencia/DESIGUALDAD%20SOCIAL/HISTORIA.pdf>> [consulta: 09 mayo 2016].

³⁰¹ La primera fecha de uso de la palabra *workhouse* para el Diccionario Oxford remite a 1652 en Exeter: “Que dicha casa se convierta en un casa de trabajo para los pobres de esta ciudad y también una casa de corrección para el vagabundo y personas desordenadas dentro de esta ciudad”. En: HIGGINBOTHAM, P. (2000). *The Workhouse, the story of an institution*. [en línea] <<http://www.workhouses.org.uk/intro/>> [consulta: 09 mayo 2016].

³⁰² VAN PARIJS, P y VANDERBORGHT, Y. 2006. *La renta básica. Una medida eficaz para luchar contra la pobreza*. Barcelona, Paidós, p.28.

condición para recibir el apoyo de las parroquias, y habilitó la asistencia financiera para los capaces de trabajar que no entrasen en las *workhouses*.³⁰³

Aunque las *Old Poor Laws* no cambiaron drásticamente la estructura de soporte a los más necesitados, para fines de nuestra construcción de los antecedentes directos del mínimo vital en la historia, su importancia reside en que fueron las precursoras de la experiencia del sistema de *Speenhamland*.

El 5 de mayo de 1795, se realizó en el condado británico de *Berkshire* – precisamente en la *Pelikan Inn* de *Speenhamland*– una reunión con el objetivo de discutir la política asistencial que debería ser llevada a cabo frente a un escenario económico difícil, con precios extremadamente elevados. Fue descartada la propuesta de un «salario mínimo legal», y en su lugar, decidieron fijar una renta mínima que cada trabajador recibiría sea de su propio trabajo como lo del de su familia, o a través de un subsidio.³⁰⁴

La novedad de este sistema es que consideraba asegurar ingresos mínimos a todos, independiente de sus ganancias. Esta experiencia, aunque problemática, generó una nueva perspectiva sobre el papel de la asistencia social en la garantía de la sobrevivencia de todas las personas como un derecho.³⁰⁵

³⁰³ BLAUG, M. 1963. "The Myth of the Old Poor Law and the Making of the New". En: *The Journal of Economic History*, 23, p. 151. Y CLÉMENT, Alain 1999. "Revenu minimum: les leçons de Speenhamland". En: *Lien social et Politiques*, Numéro 42, automne 1999, p. 50.

³⁰⁴ MIRALLES, R. 1990. "A la sombra de Speenhamland: Una perspectiva histórica para el ingreso mínimo de inserción". En: *Documentación social*, n° 78, p. 71.

³⁰⁵ Para comprender mejor los problemas que han generado la experiencia de Speenhamland, ver MIRALLES, R. 1990. *Op. Cit.* y AGUIRRE, J.; LO VUOLO, R. 2011. "El

En 1834, la nueva Ley de los Pobres, sustituyó lo que fue el intento de la experiencia del sistema de *Speenhamland* y consagró la etapa de las *New Poor Laws* en Inglaterra. En esta etapa, influenciada por los trabajos de Thomas Robert Malthus –que desaprobaba cualquier medida de apoyo a las familias pobres por entender que esto agravaba el problema de la pobreza, por estimular la procreación y desgastar cualquier estímulo para trabajar³⁰⁶– el informe que derribó el antiguo sistema de leyes de asistencia a los desproveídos concluía que:

“el sistema *Speenhamland* y su consagración del ‘derecho a la vida’ de las personas, tenía una influencia negativa sobre la disciplina, la oferta laboral, la reproducción de la población y el crecimiento vegetativo de la pobreza. ¿Por qué? Porque las políticas de este tipo buscan eliminar el ‘estado de escasez’ y los mecanismos de auto-regulación necesarios para el equilibrio entre oferta y demanda del mercado laboral.”³⁰⁷

Las *New Poor Laws*, redujeron la ayuda asistencial e hicieron más rigurosas las exigencias para acceder a los beneficios asistenciales. Estas leyes, además, penalizaban la vagancia y concedían mayor abertura al mercado.

Más adelante, Robert Owen, conocido como el padre del socialismo británico, se manifestó a favor de la preocupación con el bienestar general a través de la asistencia del Estado y la eliminación de la pobreza. Owen criticó los

sistema de *Speenhamland*, el Ingreso Ciudadano y la retórica de la reacción”. En: *Documento de trabajo del Centro Interdisciplinario para el estudio de Políticas Públicas (CIEPP)*, vol. 79, p. 1-27.

³⁰⁶ Ver MALTHUS, T. 1995. Primer ensayo sobre la población, prólogo de John Maynard Keynes. Madrid, Alianza Editorial.

³⁰⁷ AGUIRRE, J.; LO VUOLO, R. 2011. *Op. Cit.*, p. 05.

malos hábitos de los pobres (que comprendían los vicios y la improductividad), que según él, eran transmitidos a sus hijos y, a través de ellos, a las generaciones que les sucedían. Una de las principales acciones para solucionar este problema debería comprender educar a los niños y dar un trabajo adecuado a los adultos, de forma a proporcionar el mejor resultado posible para ellos y para la sociedad. Para lograr este resultado, el autor británico idealizó las comunidades cooperativas e insistió que las clases trabajadoras pobres y los desocupados, no deberían ser abandonados a su suerte, ya que las consecuencias de esto implicarían la desgracia de todos.³⁰⁸

Lo más importante a destacar en este periodo es la continuidad del pensamiento de que el Estado debería reaccionar para promover el bienestar colectivo, encontrando su financiamiento a través de recursos propios. La tarea asistencial con miras a promover el bienestar colectivo debiera ser llevada a cabo inicialmente por individuos: v.g. en parroquias, condados, distritos y a lo largo de toda la nación, a través del Gobierno.³⁰⁹

Tal como Juan Luis Vives, Owen no habla de un mínimo vital. No obstante, podemos encontrar en él la preocupación con el bienestar colectivo, la acción positiva y participativa del Estado y la necesidad de la asistencia social.

³⁰⁸ OWEN, R. 1817. Report to the Committee of the Association for the Relief of the Manufacturing and Labouring Poor, referred to the Committee of the House of Commons on the Poor Laws [en línea] <<http://la.utexas.edu/users/hcleaver/368/368owenrptcom.html>> [consulta : 02 mayo 2016].

³⁰⁹ *Ibídem.*

Paralelo a este periodo de leyes británicas ocurrió la Revolución Francesa, cuya ideología social posibilitó el surgimiento de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. Las ideas jusnaturalistas y de la Ilustración, presentes en esta revolución, modificaron las bases de la fundamentación y justificación de la asistencia pública a los necesitados, que dejó de ser comprendida como un deber social o como fruto del sentimiento cristiano de amor al prójimo, para pasar a ser concebida como un derecho natural de los ciudadanos.³¹⁰

La asistencia del Estado para la sobrevivencia digna, concebida ahora como un derecho natural, siguió inspirando a la doctrina para manifestar los efectos negativos de la pobreza. Bertrand Russell (1872-1970), filósofo, matemático, lógico y escritor británico, considerado uno de los filósofos más influyente del siglo XX, comentó que la excesiva preocupación de los sistemas económicos con la producción de bienes materiales, resulta en una injusticia desde el punto de vista de la distribución de estos bienes. Esto, “implica una vida de esclavitud hacia la fuerza económica para la mayoría de la comunidad, y para la minoría un nivel de poder sobre las vidas de las otras personas, que nadie debería tener.”³¹¹

³¹⁰ BITENCOURT NETO, E. 2010. *Op. Cit.*, p. 27.

³¹¹ RUSSELL, B. 1963. *Political Ideals*. London, Unwin Books, p. 40-41.

Russell era favorable a la intervención del Estado en la asistencia de los más necesitados. Además, analizando el pensamiento de Russell, Sheahen comenta que el filósofo británico puede ser apuntado como un idealizador del derecho a la renta básica, ya que citaba que una pequeña renta, suficiente para las necesidades básicas, debería ser asegurada para todos, independientemente de si trabajan o no.³¹²

Siguiendo nuestro análisis cronológico, debemos citar el impacto positivo que tuvo la Doctrina Social de la Iglesia Católica (DSIC) en este proceso de atribuir la responsabilidad del Estado por asegurar las condiciones mínimas de vida digna a las personas. La DSIC enfatizó el rol activo del Estado a través de la solidaridad para la preservación de la vida digna. Los valores cristianos fundamentaron el establecimiento de los derechos que buscaron asegurar una existencia humana digna.³¹³ En los valores cristianos, el titular del derecho a la vida digna tiene el poder de hacerla concreta a través del Estado, independiente de los valores, de la buena voluntad o de la fe religiosa de las personas.³¹⁴

La Encíclica *Rerum Novarum*, de 15 de mayo de 1891, editada por León XIII inauguró un nuevo periodo de la Iglesia Católica en la cuestión social³¹⁵,

³¹² SHEAHEN, A. 2012. *Op. Cit.*, p. 01.

³¹³ BITENCOURT NETO, E. 2010. *Op. Cit.*, p. 34.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ La cuestión social representa las tensiones que revelaron las fallas estructurales del capitalismo (como modo de producción), y que inició una serie de debates sobre la contradicción que existe entre la igualdad formal (cívica, jurídica y política) y la desigualdad estructural socio económica.

proponiendo un capitalismo de rasgo social, ya que al mismo tiempo condenaba los extremos del socialismo y del liberalismo y buscaba un punto intermedio, con principios organizados.³¹⁶ La Doctrina ataca la concentración de riquezas que deja a personas en situación de infortunio y miseria, y de la misma forma ataca las posiciones socialistas que son definidas como el odio envidioso contra los que poseen.³¹⁷

La DSIC tiene como base la prevalencia de la doctrina católica como fuente de las soluciones sociales; la inexorabilidad de las desigualdades; la valoración del trabajo; la posibilidad de armonía entre capital y trabajo; los deberes de fidelidad, manifestaciones pacíficas y cierto conformismo por parte de los obreros; el deber de respeto a la dignidad humana por parte de los empleadores; el uso adecuado y justo de los bienes y de las riquezas; la dignidad en la pobreza; la fraternidad cristiana entre ricos y pobres; la preocupación de la Iglesia con los problemas de la vida terrena; la caridad cristiana; el papel social del Estado; la subsidiariedad de la intervención estatal; la opción preferencial de la acción estatal por la protección de los más débiles e indigentes; la represión a las agitaciones subversivas y a las huelgas; la inviolabilidad de la dignidad de todos los hombres; la necesidad de descanso semanal y la prohibición de trabajo

Para mayores detalles ver GRASSI, E. 2006. Políticas y problemas sociales en la sociedad neoliberal, la otra década infame. Buenos Aires, Espacio.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 36.

³¹⁷ Carta Encíclica *Rerum Novarum* del sumo pontífice León XIII sobre la situación de los obreros [en línea] <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html> [consulta 22 agosto 2016].

excesivo; la prohibición del trabajo infantil; la destinación prioritaria del trabajo de la mujer a los servicios domésticos; la justicia del sueldo, que no debe ser insuficiente para asegurar la subsistencia del obrero sobrio y honorable; la condenación de la sobrecarga de impuestos; la legitimidad del derecho natural de asociación; y la salvación por la restauración de las costumbres cristianas.³¹⁸

En estas bases se encuentran los cimientos de la democracia cristiana con especial destaque a la participación preferente del Estado a través de la solidaridad y la asistencia a los más necesitados, de forma subsidiaria. Esta doctrina recibió importantes influencias posteriores, principalmente por las encíclicas *Quadragesimo Anno* de Pío XI y *Mater et Magistra* de Juan XXIII, que posibilitó su desarrollo y continuidad como pensamiento social.

En el periodo post Segunda Guerra Mundial, el primer jurista que apoyó la posibilidad del reconocimiento de un derecho subjetivo a la garantía de recursos mínimos para una existencia digna fue Otto Bachof, que, a principios de la década de 1950, desarrolló su teoría basada en el principio de la dignidad humana (artículo 1º, inciso I, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949³¹⁹).

³¹⁸ BITENCOURT NETO, E. 2010. *Op. Cit.*, p. 37.

³¹⁹ La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. Ver Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, traducción de Prof. Dr. Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón) y Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungs wissenschaften Speyer [en línea] <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>> [consulta: 16 noviembre 2017].

Bachof, afirmó, que la dignidad humana no reclama únicamente la garantía de libertad, sino también un mínimo de seguridad social. Según él, la dignidad humana estaría sacrificada desde el momento que una persona carece de recursos materiales que le permita llevar una vida digna.³²⁰

Por lo tanto, el derecho a la vida y a la integridad física (artículo 2º, inciso II, de la Ley Fundamental alemana³²¹) no puede tener como centro de protección únicamente la prohibición de la destrucción de la existencia, es decir, como un derecho de defensa, debe también, cimentar un enfoque activo del Estado que pueda asegurar la vida.³²²

Entre los teóricos liberales, igualmente tenemos manifestaciones sobre el papel del Estado en la protección de los mínimos para vida digna. Un gran hito en el pensamiento liberal se estableció con John Rawls, filósofo estadounidense y profesor de filosofía política de la Universidad de Harvard.

Rawls demuestra en sus obras *Teoría de la Justicia* (1971) y *Liberalismo Político* (1993), que existe un aspecto inicialmente ignorado en la formulación de su primer principio de justicia, ya que éste debiera ser “precedido de un principio lexicalmente anterior, que prescriba la satisfacción de las necesidades básicas

³²⁰ BACHOF, O. 1954. “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, *En: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, nº 12, p. 42 y 43.

³²¹ Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley. Ver Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. *Op. Cit.*

³²² BACHOF, O. 1954. *Op. Cit.*, p. 42 y 43.

del ciudadano, al menos en la medida que la satisfacción de estas necesidades sean necesarias para que los ciudadanos entiendan y tengan condiciones de ejercer de forma fecunda tales derechos y libertades”.³²³

Para esto, Rawls plantea la idea del mínimo social, que consagra un elemento esencial que abarque las necesidades básicas de los ciudadanos³²⁴, ya que debajo de un cierto nivel de bienestar material y social, de entrenamiento y educación, las personas no pueden ser parte de la sociedad como ciudadanos.³²⁵

El mínimo social de Rawls será mejor analizado en el punto 2.2.2. Por ahora nos interesa demostrar que la discusión sobre mínimos debidos por el Estado está presente también en la teoría liberal, lo que nos permite argumentar que independiente de la ideología es posible hablar de mínimo vital.

Rawls no es una voz aislada. Joseph Raz también plantea dentro del liberalismo la necesidad de apoyo estatal en la persecución del bienestar. Para Raz cada uno es responsable por su éxito y nadie puede dar el éxito a las personas.³²⁶ Sin embargo, es posible que el Estado promueva las condiciones

³²³ RAWLS, J. 2014. Teoría de la justicia, traducción de María Dolores González, décima reimpresión. México, Fondo de Cultura Económica, p. 5.

³²⁴ RAWLS, J. 2005. *Op. Cit.*, p. 230.

³²⁵ *Ibidem*, p. 166.

³²⁶ RAZ, J. 2001. *Op. Cit.*, p. 23

para que las personas tengan las capacidades básicas necesarias para lograr el éxito.³²⁷

Aunque Raz no hable específicamente de mínimos para una vida digna, al establecer la necesidad de ayuda del Estado para que las personas puedan ser exitosas en los planes de vida que valoran, se materializa la promoción de la dignidad humana en favor de la vida, de la libertad real y de la igualdad de oportunidades, lo que nos lleva al eje de nuestra tesis con respecto al mínimo vital.

Aún dentro de la perspectiva liberal, Jeremy Waldron, igualmente plantea la intervención del Estado en favor de la vida digna de las personas, con énfasis en la ampliación de oportunidades y la tutela de la libertad. Waldron afirma que la asistencia social está justificada por la naturaleza de la pobreza y por el hecho de que ahora (en este momento histórico) algo puede ser hecho sobre esto, más que por cualquier razón relacionada con los orígenes de la pobreza. Es decir, para él, no importa cuáles son las razones por lo que las personas son pobres, sino que existe la posibilidad de hacer algo y nadie debiera estar en esta situación.³²⁸

Jeremy Waldron habla en mínimos para la vida digna y analiza también la teoría de Rawls. Lo más interesante en su análisis es que –corroborando con

³²⁷ RAZ, J. 2001. *Op. Cit.*, p. 27 y 133.

³²⁸ WALDRON, J. 2001. *Op. Cit.*, p. 237.

nuestra posición que se desarrollará más adelante— afirma que los bienes que componen este mínimo son variables según cada sociedad. En cada sociedad, esos bienes son tan importantes para el lado social de la existencia humana que los hombres y mujeres se verán obligados a luchar por ellos incluso frente a reglas sociales que dicen que no deben hacerlo.³²⁹

Obviamente, esta visión sobre el rol del Estado no es unánime en la teoría liberal.³³⁰ Frente a esta tensión dentro de la propia doctrina liberal, lo importante es saber que existe un discurso favorable a la protección de los mínimos para la vida digna y sobre el papel del Estado en esta tutela, en las más diversas doctrinas existentes.

Esta evolución sobre el planteamiento de una tutela estatal sobre los mínimos para una vida digna, acompaña el concepto de solidaridad estudiado en el Capítulo 1 de nuestra investigación. La solidaridad es el instrumento para la participación social en la concretización de los fines del Estado. Por ende, no debe ser comprendido a partir de la hermandad cristiana, basada en la caridad y la limosna, sino desde la perspectiva de la asistencia estatal como un derecho, cuyo principal responsable es el Estado.

³²⁹ WALDRON, J. 2001. *Op. Cit.*, p. 247.

³³⁰ Por ejemplo, Nozick no es favorable al mínimo para la subsistencia, NOZICK, R. 1974. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford, p. 238 ni tampoco Hayek, que afirma que el Estado no debe ser un promotor de la felicidad, HAYEK, F. 2014. *Derecho, legislación y libertad, Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Madrid, Unión Editorial, p. 219.

Esta perspectiva apunta a que la fraternidad no es compasión, y la solidaridad no es caridad, sino un principio basal que instrumentaliza los fines del Estado activo.³³¹ La solidaridad, que tiene al ente estatal como su principal garante, confirma un quiebre con la visión medieval, heredada de las guerras religiosas y de los conflictos de clase, como una visión que resuelve el problema a través del Estado Social y Democrático constitucional.³³²

Esta evolución que estudiamos, demostró que el surgimiento de la protección estatal con los mínimos para una vida digna se inicia como debida a los más pobres. Desde aquí, se podría pensar que el mínimo vital es debido solamente para las personas en estado de penuria y extrema pobreza. Sin embargo, no es así y esta tesis lo demostrará.

Es claro que toda la preocupación con los mínimos vinieron a favor de las personas más vulnerables, pero esto no significa que el mínimo vital deba ser tutelado solamente para ellos. Las discusiones parten de ahí, pero no es su punto de llegada. El mínimo vital es debido a todos y su tutela comprende todas las personas bajo la protección estatal.

Esta advertencia es importante para no generar la impresión de que estamos defendiendo una interpretación únicamente para los grupos de baja

³³¹ BRUNKHORST, H. 2005. *Solidarity: from civic Friendship to a Global Legal Community*. Cambridge, Massachusetts, MIT Press, p. 03.

³³² *Ibidem*, p. 99.

renta, lo que transformaría el mínimo vital en una política social para combatir la pobreza.

Una vez comprendido que remotamente existieron manifestaciones de la doctrina con relación a la preocupación de establecer un mínimo de sobrevivencia digna para todas las personas, y que la doctrina apunta a determinar el Estado como el principal responsable para hacerse cargo de estos mínimos, llegamos al punto de poder argumentar que basado en Estado Social – que promueve el bien común y los derechos fundamentales en todas sus dimensiones– existe un deber del ente público de tutelar lo que es considerado como esencial para la vida digna de todos bajo su protección.

La principal motivación de la existencia del Estado moderno es poder asegurar los derechos fundamentales de todos. Entre estos derechos se encuentra la protección y preservación de la vida digna. Luego, la obligación del Estado es asegurar el acceso a las condiciones materiales mínimas para todas las personas –o impedir que las personas se vean privadas de lo que fundamental para su vida digna– de forma a concretizar este objetivo estatal de tutela.³³³

Una vez que el ente público tenga que preservar la existencia digna de las personas y también hacerse cargo de los que se encuentran en situación de pobreza, porque es igualmente una exigencia para preservar la dignidad humana,

³³³ WEBER, T. 2012. "A ideia de um 'mínimo existencial' de J. Rawls" *En: Kriterion*, Belo Horizonte, nº 127, Jun./2013, p. 199.

el mínimo vital aparece como respuesta a esta exigencia. Y ahora nos queda el espacio para poder delinear qué comprende este concepto y cuáles son sus alcances. Para tanto, pasaremos a analizar una definición para el mínimo vital y posteriormente veremos cómo lo configuran en Europa y en Brasil, como referente de la discusión sobre el mínimo vital en Latinoamérica.

2.3 El concepto de mínimo vital y sus derivaciones

2.3.1 Mínimo vital y otros mínimos, separaciones conceptuales

Pues bien, aclarada la discusión inicial sobre las primeras referencias históricas de la preocupación sobre los mínimos para una vida digna y el rol del Estado en su tutela, se hace menester buscar una definición para comprender mejor qué es el mínimo vital. Como parámetro utilizaremos la definición del Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales, que define el mínimo vital como “(...) un derecho social de prestación (...) el derecho al mínimo vital es el derecho a gozar de unas prestaciones e ingresos mínimos, que aseguren a toda persona su subsistencia y un nivel de vida digno, así como también, la satisfacción de las necesidades básicas. (...) se trata de un derecho

'innominado' y desarrollado principalmente desde la jurisprudencia y la doctrina."³³⁴

A través de esta definición tenemos diversos problemas a solucionar. Primeramente, en el Capítulo 1 de nuestra investigación, vimos que los derechos sociales en general son derechos que priman por prestaciones fácticas, pero no solamente esto. Existe una esfera negativa (defensa) en los derechos sociales, tal cual existe una manifestación positiva (prestacional) en los derechos de primera dimensión de derechos fundamentales.

Por lo tanto, considerar que el derecho al mínimo vital es únicamente un derecho de prestación fáctica excluye cualquier rasgo negativo, que como veremos más adelante en su configuración, es incorrecto.

El mínimo vital puede ser utilizado como defensa contra el actuar del Estado, lo que se verifica en su construcción jurisprudencial en materia tributaria, por ejemplo. Cuando el Estado fue impedido de legislar de forma a que la tributación incidiera sobre el mínimo vital de las personas, el mínimo vital fue utilizado como argumentación contra el actuar del Estado y no se otorgó ninguna prestación fáctica al demandante.

³³⁴ Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales - Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica. [en línea]. <http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/9> [consulta: 15 octubre 2014].

Otro ejemplo de lo que argumentamos, se daría cuando el Estado se preocupa en que exista una protección al deudor en quiebra, que limita su acceso al crédito siempre que se verifique la vulneración de su mínimo vital (caso brasileño que también estudiaremos en el momento oportuno). En esta intervención del ente público, tampoco se visualiza una prestación fáctica.

Consiguientemente, determinar que el derecho al mínimo vital es un derecho de prestación fáctica limita su contenido y su tutela. El Estado, como deudor del mínimo vital, no solamente tendrá que buscar la forma de auxiliar a que todos tengan acceso a lo que es indispensable para una vida digna, como también deberá respetar este contenido, y no actuar de forma a privar las personas del mínimo vital. Por esta razón, desarrollaremos la idea de que el mínimo vital es una interpretación constitucional que surge de la forma como el Estado, proactivo, comprende los derechos a la vida, libertad, igualdad y dignidad humana, y materializa el mínimo vital a través de la solidaridad.

El segundo punto a discutir sobre esta definición está en que el mínimo vital abarca la garantía de la subsistencia **SUMADA** a un nivel de vida digno. Es decir, no se trata solamente de garantizar un mínimo, sino que este mínimo de prestaciones pueda corresponder a un nivel digno de subsistencia.

Según Volker Neumann, la garantía efectiva de una existencia digna abarca más que la garantía de la mera supervivencia física, lo que quiere decir que va más allá del límite de la pobreza absoluta. Se afirma a este respecto que

una vida sin alternativa no cumple con los requisitos de la dignidad humana, la vida humana no puede reducirse a la mera existencia.³³⁵

¿Por qué es importante esta asertiva? Porque existe una parte de la doctrina que establece una diferencia entre el mínimo vital y el mínimo existencial.³³⁶

Ingo Sarlet, juez federal en Brasil, establece la diferencia entre el mínimo existencial y el mínimo vital. Afirma que el mínimo existencial no puede ser confundido con lo que se ha denominado mínimo vital o mínimo de supervivencia, ya que este último instaura la seguridad de la vida humana, sin que esta seguridad observe necesariamente las condiciones para la supervivencia física en condiciones dignas. Es decir, el mínimo vital trata de un derecho a la

³³⁵ NEUMANN, V. 1995. "Menschenwürde und Existenzminimum". En: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 1995, p. 428 y ss.

³³⁶ El término mínimo existencial es utilizado principalmente en Brasil. Ver LOBO TORRES, R. 1989. "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais", En: *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p. 20-49; LOBO TORRES, R. 2003. "A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial", En: SARLET I. W. (Org.), *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro, Renovar, p. 1-46; y SARLET, I. W. y FILCHTINER FIGUEIREDO, M. 2008. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". En: *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Edição 24 [en línea]

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> [consulta: 07 abril 2016].

Otra opinión es de Clémerson Merlin Cléve que afirma: "Los derechos sociales no tienen por finalidad dar al brasileño, sólo el mínimo. Al contrario, ellos reclaman un horizonte de eficacia progresivamente más amplio, dependiendo para esto, solamente del comprometimiento de la sociedad y del gobierno y de la riqueza producida por el país. Apunta, la Constitución, por lo tanto, a la idea de máximo, pero de máximo posible (el problema de la posibilidad)." (traducción nuestra del original en portugués). MERLIN CLÉVE, C. 2006. "A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais". En: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, jan-mar 2006, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 38.

supervivencia en condiciones mínimas, mientras que el mínimo existencial protege la vida con una cierta calidad.

Encontramos que esta separación es inusual e innecesaria, pues el propio concepto dado por el Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales demuestra que existe la preocupación por un mínimo de subsistencia conectado a la dignidad humana. Si no existiera una conexión entre la supervivencia y la dignidad, el mínimo vital sería un principio constitucional que ya nacería vulnerando a otro derecho. Además, si la propia doctrina afirma (como ya verificaremos en este Capítulo) que la construcción del concepto del mínimo vital surge de la proyección activa de los derechos a la vida, libertad, igualdad y dignidad en un contexto de solidaridad, sería contradictorio sostener que el mínimo vital vulnera sus propias bases.

Ergo, en que pese el esfuerzo de la doctrina brasileña en diferenciar el mínimo vital del mínimo existencial, opinamos que es un esfuerzo sin razón, ya que al final ambos conceptos protegen el mismo objeto (la vida digna) y deben preservar la dignidad del que es amparado por el Estado.

En seguida, la definición estudiada habla que el derecho al mínimo vital es un derecho a gozar de unas prestaciones e ingresos mínimos, y esto va a confundir el mínimo vital con la renta básica, que es una forma de materialización del mínimo vital en su dimensión positiva, pero que con éste no se confunde.

Más adelante estableceremos la diferencia entre el mínimo vital y la renta básica (como mecanismo de protección social), ocasión en que demostraremos que la renta básica puede ser un contenido del mínimo vital. La renta básica es una herramienta que puede ser utilizada para concretar el mínimo vital, pero con él no se confunde. Confundirlos, dificulta la tutela del mínimo para una vida digna.

La definición del diccionario iberoamericano afirma que el mínimo vital es un derecho innominado; es decir, aquél que no está explícitamente definido en la Carta Magna, o que en ella no se encuentra, pero que está reconocido por encontrarse implícito en el ordenamiento jurídico, comprendiendo las normas internas y externas.

La discusión sobre los derechos innominados fue establecida en el primer capítulo de la tesis. Vimos en esta oportunidad que existen dos posibilidades de comprender del mínimo vital: la primera de ellas permite entender que el mínimo vital es un derecho autónomo innominado, y la segunda posibilidad permite comprender el mínimo vital como una interpretación jurídica que nace de los derechos a la vida, dignidad humana, libertad e igualdad en un contexto de solidaridad.

En aquella ocasión presentamos las dos hipótesis e iniciamos nuestra opinión sobre acoger la tesis de la interpretación constitucional, que exige una discusión más profunda. Ergo, al final de este capítulo concluiremos nuestra

posición favorable a la interpretación constitucional, rechazando la idea de que el mínimo vital es un nuevo derecho autónomo.

Por fin, la definición analizada afirma que el mínimo vital fue construido a través de la jurisprudencia y la doctrina. En este punto estamos conformes con la definición. La discusión sobre la existencia del mínimo vital como un deber del Estado surgió con la doctrina y luego se manifestó en los tribunales, como constataremos a través del análisis del modelo europeo y brasileño.

El mínimo vital se estructura de mejor forma a través de la construcción doctrinaria y jurisprudencial, que extrae sus fundamentos de los derechos a la vida, la dignidad, la libertad, y la igualdad.³³⁷ Su contenido, que incluye algunos derechos sociales debe ser protegido desde una perspectiva socioliberal, como expuso García Manrique.³³⁸ Lo que significa que el Estado debe perseguir la concreción de su contenido (que incluye los derechos sociales), garantizando a las personas por lo menos el mínimo necesario a la vida, libertad y dignidad.

La doctrina del mínimo vital no va solamente en la dirección de establecer un contenido material mínimo para que exista la supervivencia física de las personas, es necesario ir más allá y establecer condiciones que puedan ampliar

³³⁷ Alexy es partidario de clasificar el mínimo vital como un derecho fundamental de segunda dimensión innominado. Afirma el autor que “puede decirse que existe, por lo menos, un derecho social fundamental tácito, es decir, basado en una norma adscripta interpretativamente a las disposiciones de derechos fundamentales.” En ALEXY, R. 2014. *Op. Cit.*, p. 422 y 423.

³³⁸ GARCÍA MANRIQUE, R. 2013. *La libertad de todos: una defensa de los derechos sociales*. España, Ediciones de Intervención Cultural/El viejo topo.

su libertad para perseguir los modelos de vida valorados. Significa que al establecer el contenido del mínimo vital, es imprescindible considerar el acceso a los bienes materiales y la ampliación de la libertad. De lo contrario, sería como adoptar un discurso entre la pobreza inaceptable y la pobreza aceptable.

El hecho de que el Estado pueda garantizar el mínimo vital a todos, considerando las situaciones particulares y las necesidades, permitirá una mayor ampliación de la libertad para participar en la vida comunitaria y otorgará la capacidad de direccionar su vida según una gama de oportunidades igualmente ampliadas.

2.3.2 Mínimo vital y mínimo social, recordando la propuesta de Rawls

Otra manifestación conceptual que debe ser mencionada es el mínimo social que expone John Rawls. Sin embargo, debemos aclarar que no estudiaremos en profundidad todo lo dispuesto por Rawls. Analizaremos su propuesta del mínimo social para comprender sus diferencias con nuestro concepto de mínimo vital.

Rawls se dedica a estudiar la Justicia como criterio aplicado a sociedades cooperativas y bien ordenadas. Por sociedad bien ordenada, el autor entiende ser aquella “regulada por una concepción política y pública de justicia”.³³⁹

³³⁹ RAWLS, J. 2005. *Op. Cit.*, p. 71.

Previo al primer principio de justicia³⁴⁰, conectado a los derechos y libertades fundamentales, Rawls entiende que este principio puede estar “precedido de un principio lexicalmente anterior, que prescriba la satisfacción de las necesidades básicas del ciudadano, al menos en la medida que la satisfacción de estas necesidades sean necesarias para que los ciudadanos entiendan y tengan condiciones de ejercer de forma fecunda tales derechos y libertades”.³⁴¹

En este sentido, si Rawls determina que para el efectivo goce de los derechos fundamentales (primer principio de justicia) se hace necesario la plena satisfacción de las necesidades básicas de las personas, el autor está construyendo una teoría que se aproxima del mínimo vital, pero no a punto de confundirse con él, por algunas diferencias en su finalidad.

La principal crítica a la teoría de los mínimos sociales de Rawls está en que el autor utiliza el concepto de mínimos para los CIUDADANOS y no para las PERSONAS. Existe, aquí, una clara tendencia de aplicar un contenido político a la teoría del mínimo social.³⁴²

³⁴⁰ Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. RAWLS, J. 2014. *Op. Cit.*, p. 67.

³⁴¹ RAWLS, J. 2005. *Op. Cit.*, p. 5.

³⁴² Dos referencias son: “bajo cierto nivel de bienestar material y social, y de entrenamiento y educación, las personas simplemente no pueden participar de la sociedad como CIUDADANOS, y menos como CIUDADANOS iguales” (el énfasis es nuestro), RAWLS, J. 2005. *Op. Cit.*, p.166. Y, en la misma línea, el mínimo social debe “suprimir las necesidades básicas de os CIUDADANOS” para el ejercicio de los derechos fundamentales. (el énfasis es nuestro), RAWLS, J. 2001. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge, Harvard University Press, p. 48.

El mínimo vital no es debido y tutelado solamente a los ciudadanos, lo es para todas las personas bajo la protección estatal, sin discriminación. La limitación que hace Rawls en su teoría sobre el mínimo social, no es compatible con la interpretación constitucional que configura una extensión amplia al mínimo vital.

La tendencia a utilizar la garantía de los derechos vinculada a la ciudadanía representa un gran *apartheid* que enfrenta los derechos fundamentales en su historia, desde la Declaración de derechos de 1789. Y para Ferrajoli, tomar en serio los derechos significa “tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como «pertenencia» (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal.”³⁴³

Continuando, según Rainer Forst, el énfasis en el rasgo político de la teoría de la justicia rawlsiana, resulta que los bienes primarios tienen como "único objetivo poner a disposición de los ciudadanos los medios necesarios para tornarlos miembros plenos de una comunidad política."³⁴⁴ Una teoría de la justicia social, como la de Rawls, tiene como base la idea de igual pertenencia a una comunidad política.³⁴⁵

³⁴³ FERRAJOLI, L. 2010. Derechos y garantías: la ley del más débil, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid, Editorial Trotta, p. 117.

³⁴⁴ FORST, R. 2010. Contextos da Justiça, tradução Denílson Luis Werle. São Paulo, Boitempo Editorial, p. 176 (Traducción nuestra del original en portugués).

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 180.

Si bien puede haber, como de hecho existe una gran controversia en cuanto al contenido del mínimo vital, Rawls, con la idea de los bienes primarios, dejó una importante contribución en el sentido de explicitar los requisitos básicos para el ejercicio efectivo de la autonomía y la ciudadanía.³⁴⁶ Sin embargo, en su concepción se puede hablar en una lista de bienes primarios para la vida política.³⁴⁷

Los bienes primarios en Rawls se componen de cinco categorías: derechos y libertades básicas, libertad de movimiento y libre elección de ocupación entre diversas oportunidades, poderes y prerrogativas de cargos y posiciones de responsabilidad en instituciones políticas y económicas de la estructura básica, renta y riqueza, y las bases sociales de autorrespeto.³⁴⁸

John Rawls, tampoco considera que las diferencias personales pueden generar injusticias. Él no considera la variabilidad individual en la distribución de bienes primarios.³⁴⁹ Y como veremos en el punto 2.6 el contenido del mínimo vital no es universal, y debe considerar la idiosincrasia de cada nación en el tiempo (aunque puede existir un consenso social sobre qué compone el mínimo vital).

³⁴⁶ WEBER, T. 2013. A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls. *Kriterion: En: Revista de Filosofia*, 54(127), 197-210. [en línea] <<https://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2013000100011>> [consulta: 29 marzo 2016].

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ RAWLS, J. 2005. *Op. Cit.*, p. 181 y 308-309.

³⁴⁹ DA SILVA CORDEIRO, K. 2012. *Op. Cit.*, p. 122.

Una segunda crítica a su teoría es que al tratar las personas como ciudadanas, Rawls va a ampliar el contenido del mínimo vital para algo más allá de las condiciones básicas para la vida digna. Es decir, considerará como básico (mínimo social), las condiciones necesarias para la participación en sociedad como ciudadano y en este caso el mínimo vital comienza a perder el eje de su tutela.³⁵⁰ Por todas las razones expuestas, el mínimo social de Rawls no puede ser equiparado al mínimo vital, y con él no debe ser confundido.

2.3.3 Mínimo vital, núcleo esencial de los derechos sociales y *minimum core obligations*

En seguida, es menester aclarar sobre la diferencia entre el mínimo vital, el núcleo esencial de los derechos sociales y el *minimum core obligations*.

Esta discusión es importante porque en la doctrina existen quienes defiendan que hay estrecha correlación del mínimo vital con el núcleo esencial de los derechos sociales.³⁵¹ Sin embargo, no se puede confundir las dos cosas. El núcleo esencial de los derechos fundamentales presenta una estructura que

³⁵⁰ WEBER, T. 2012. *Op. Cit.*, p. 203.

³⁵¹ Ricardo Lobo Torres, precursor de la discusión en Brasil, afirmó que el mínimo vital no puede ser ponderado, porque constituye el contenido esencial de los derechos fundamentales, que es irreductible por definición y no es susceptible de sopesamiento". Ver LOBO TORRES, R. 2009. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro, Renovar, p. 84 y 89.

comprende a todos los derechos fundamentales sin excepción. Se divide en tres teorías, una absoluta, una relativa y una mixta.

Para la teoría absoluta del núcleo esencial, podemos usar la definición de Pablo Lucas Verdú, afirmando que este núcleo trata “de un límite absoluto que respete el contenido material del derecho básico, pues de lo contrario tal derecho quedaría vaciado.”³⁵² En el mismo sentido, Nogueira Alcalá comenta que “el contenido esencial en la teoría absoluta es una ‘magnitud fija’, siendo un límite que se opone a todo intento de limitación.”³⁵³

De esta forma, el núcleo esencial de los derechos fundamentales en la teoría absoluta resulta ser un contenido intangible, distante de la ponderación, que de forma absoluta (como adjetiva la propia caracterización de la teoría), prevalece sobre cualquier circunstancia. Esta teoría es criticada por ofrecer poco espacio de decisión al legislador.

La teoría relativa, establece que los derechos necesitan ponderación, y que el núcleo esencial es definido para cada caso; es decir, la esfera nuclear del derecho fundamental es lo que resulta de la aplicación máxima de la proporcionalidad.³⁵⁴ Nogueira Alcalá comenta que “para la teoría relativa, el

³⁵² LUCAS VERDÚ, P. 1985. El sentimiento constitucional. Madrid, Ed. Reus S.A., p. 171.

³⁵³ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005. “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”. En: *Ius et Praxis*, 11(2) [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002> [consulta: 29 agosto 2016].

³⁵⁴ DA SILVA CORDEIRO, K. 2012. *Op. Cit.*, p. 113.

contenido esencial es lo que queda después de la ponderación de los derechos o del derecho respectivo con otros bienes jurídicos constitucionales, buscando proteger el derecho en toda su extensión, a través de un equilibrio entre los derechos de las personas y los intereses de la sociedad (bien común).³⁵⁵ Esta teoría es criticada porque termina por vaciar lo que comprende el núcleo esencial, ya que cimienta una noción “extremadamente variable e insegura.”³⁵⁶

Por fin, existe la teoría mixta, que considera elementos de las teorías absoluta y relativa. Gomes Canotilho determina que cuando el núcleo esencial es establecido *a priori* (por el legislador) o *a posteriori* (a través de los tribunales), éste compondrá el núcleo duro de los derechos fundamentales que no podrá ser violado. Sin embargo, cuando no existe la determinación de contenido del núcleo, la ponderación será la responsable por su fijación.³⁵⁷

De esta manera, la ponderación sirve para darle contenido esencial a los derechos fundamentales que no lo poseen por inercia del legislador, y una vez que todos los derechos tengan este núcleo esencial, no se podrá traspasar este límite mínimo fijado.

Independiente de la teoría adoptada para determinar el contenido del núcleo esencial de los derechos fundamentales, lo relevante para nosotros es

³⁵⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005. *Op. Cit.*

³⁵⁶ *Ibidem.*

³⁵⁷ GOMES CANOTILHO, J. J. 2006. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª edição, 2 reimp. Coimbra, Almedina, pp. 459-461.

que todo derecho fundamental presentará un núcleo esencial, pero, ni todo derecho fundamental compondrá el contenido del mínimo vital. En otras palabras, si determinamos que algunos de los derechos sociales son parte del mínimo vital (e.g. el derecho a la alimentación o el derecho a la vivienda), estos derechos tendrán su contenido esencial, así como todos los demás derechos fundamentales que no son parte del mínimo vital (e.g. el derecho de asociación, la libertad de expresión).

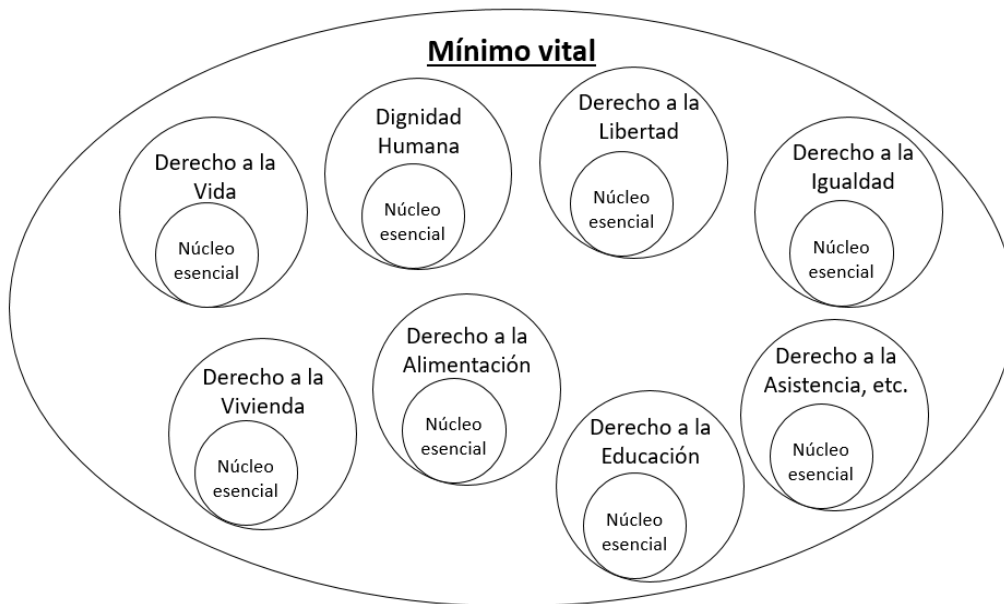
El mínimo vital no excluye el contenido del núcleo esencial de los derechos fundamentales, él se beneficia de este núcleo esencial. Empero, actúa como un criterio material (aunque no exclusivo) para la ponderación de los derechos, orientando las decisiones sobre la cantidad de bienes sociales que se debe garantizar, no solamente en contra de las opciones del legislador y del administrador, sino también en la revisión de las decisiones judiciales referentes a esta materia.

Es cierto que en muchos casos el núcleo, en materia de derechos fundamentales, va a integrar el contenido del mínimo vital³⁵⁸ porque es parte del derecho fundamental requerido, pero con ello no se confunde, o todo contenido del núcleo de cualquier derecho fundamental compondría el mínimo vital.³⁵⁹ Y

³⁵⁸ DA SILVA CORDEIRO, K. 2012. *Op. Cit.*, p. 111.

³⁵⁹ En este sentido ver SARLET, I. W. 2010a. *Op. Cit.*, p. 87 y también SARLET, I. W. y FILCHTINER FIGUEIREDO, M. 2007. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". *En: Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre, año 1, n. 1, p. 171-231.

así, este principio sería tan amplio como el propio rol de derechos fundamentales de la Carta Política que lo consagra.³⁶⁰ Este núcleo esencial delimita un contenido paradigmático, como se puede ver en el gráfico abajo:



En este punto uno se podría preguntar ¿entonces cuál es la necesidad de establecer un mínimo vital si ya existe la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales?

Primero que todo es necesario aclarar que el mínimo vital, que tiene estrecha relación con el núcleo esencial de los derechos fundamentales, no

³⁶⁰ Un ejemplo puede ser aclarador. Los derechos colectivos en materia laboral son derechos de segunda dimensión de los derechos fundamentales. Sin embargo, no son parte del mínimo vital. Aunque exista un núcleo esencial del derecho a sindicación, negociación colectiva o huelga, su vulneración no significa que ha afectado el mínimo vital, por ende la argumentación del mínimo para la existencia digna no puede ser utilizada en este caso.

quiere establecer una jerarquía de derechos fundamentales. Los DD.FF. no tienen jerarquía, ellos son sometidos a una ponderación que posibilita establecer una jerarquía en concreto, no un orden de preferencia preestablecido según su grado de importancia.³⁶¹ Lo que va a hacer el mínimo vital es dar mayor fuerza axiológica a los derechos fundamentales que componen el mínimo para la vida digna, de forma a preferirles en la hora de ponderarlos contra otros derechos.

Si el mínimo para la vida digna está –y así se probará en este Capítulo– conectado y surge de los derechos a la vida, la dignidad humana, la libertad y la igualdad en un contexto de solidaridad, entonces él se fundamenta en derechos ya consagrados en el ordenamiento jurídico, que de forma sistemática se complementan para formar la doctrina del mínimo vital. Esta sistematización surge con la interpretación evolutiva que reciben estos derechos según la forma como el Estado les tutela.

Luego, vulnerar el mínimo vital igualmente vulneraría en conjunto su base axiológica (vida, igualdad, libertad, dignidad humana, solidaridad). Sin el mínimo para la existencia digna, no hay preservación de la vida, lo que vulnera la dignidad humana, y si no tengo el mínimo para la vida digna, no tengo acceso a los bienes básicos necesarios, ni podré buscar las oportunidades para concretar mis planes de vida que valoro, lo que viola mi libertad. En consecuencia, si el Estado no me

³⁶¹ MORESO, J. 2007. "Conflictos entre principios constitucionales". *En*: AAVV *Neoconstitucionalismo*. Madrid, Editorial Trotta, p. 103.

garantizó condiciones de vida digna, y no soy libre, no soy igual a los que pueden sobrevivir dignamente y pueden buscar la concretización de sus planes de vida. Por ende, el Estado no me ha tratado de forma a garantizar la igualdad material o real, y con esto, tampoco respetó la solidaridad que permite canalizar el esfuerzo social en favor de la tutela del mínimo vital.

Cuando se prefiere ciertos derechos que son parte del mínimo vital (en un caso de ponderación), se preserva la base axiológica que fundamenta el mínimo para la vida digna y se concretiza todos estos derechos sistemáticamente considerados.

Por fin, con respecto al *mínimum core obligations*, podemos afirmar que se trata de la aplicabilidad de conceptos semejantes al núcleo esencial de los derechos fundamentales para los derechos humanos, en el escenario internacional.

Según Karin Lehmann³⁶², esta idea tiene por fuente el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que en 1990 adoptó la Observación General N° 3 que afirma: “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar

³⁶² LEHMANN, K. 2006. “In defense of the Constitutional Court: Litigating Economic and Social Rights and the Myth of the Minimum Core”. *En: American University International Law Review*, v. 22, n. 1, p. 182. [en línea] <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1116&context=auilr>> [consulta: 29 agosto 2016].

todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.”³⁶³

En este escenario, “al identificar algo como una obligación mínima, el Comité parece afirmar que esas dimensiones de los derechos previstos en el PIDESC son inmediatas, no condicionadas por la posible falta de recursos, e incluso directamente aplicables (justiciables).”³⁶⁴ Al parecer, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas adopta la teoría absoluta del núcleo esencial de los derechos fundamentales en el escenario internacional (en materia de derechos humanos).

Katherin Young, asevera que el concepto de *mínimum core* ha heredado su estructura de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, donde el *mínimum core* se queda fuera del alcance de las limitaciones permisibles.³⁶⁵

Esto se aclara cuando Martin Scheinin determina las consecuencias del *mínimum core*: efecto inmediato, inmunidad a las excusas de recursos insuficientes, no regresión y aplicabilidad directa.³⁶⁶ El autor comenta que esta perspectiva es compatible con la idea de que los derechos humanos tienen un

³⁶³ Observación General N° 3 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales [en línea] < http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3> [consulta : 29 agosto 2016].

³⁶⁴ SCHEININ, M. 2013. “Core Rights and Obligations”. En: *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Dinah Shelton Editor, p. 537 (traducción nuestra del original en inglés).

³⁶⁵ YOUNG, K. 2008. “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”. En: *The Yale Journal of International Law*, v. 33, p. 124.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 538.

núcleo esencial, pero que en ningún momento esto propone que exista una jerarquía entre derechos humanos (poniendo algunos en un punto más elevado en una escala de importancia).³⁶⁷

Si cada derecho humano incluye un núcleo esencial e inviolable (*mínimum core obligations*), entonces no existe un orden abstracto de primacía entre los derechos humanos. Las posibles tensiones e incluso conflictos entre los derechos humanos deben abordarse garantizando cada primacía de derecho humano dentro del alcance definido de su núcleo esencial. Se utiliza la ponderación para resolver las tensiones o colisiones entre los derechos humanos.³⁶⁸

Una vez aclarada las diferencias entre el mínimo vital, el núcleo esencial de los derechos, y el *mínimum core obligations*, podemos extraer de ambas posiciones algo valiosísimo para nuestra tesis: que no es posible hablar en núcleos o mínimos esenciales universales que son abstracta y previamente determinados.

Esta posición es valiosa para la configuración del mínimo vital, pues, acompañando a Karine da Silva Cordeiro, reconocemos que “el conjunto de prestaciones indispensables para asegurarlo (el mínimo vital) varía a lo largo del tiempo y conforme el lugar, incluso dentro del mismo país, y está sujeto a

³⁶⁷ YOUNG, K. 2008. *Op. Cit.*, p. 539.

³⁶⁸ SCHEININ, M. 2013. *Op. Cit.*, p. 539.

oscilaciones influenciadas no solamente por aspectos económicos, mas, también, por las expectativas y necesidades del momento y, mismo, por las condiciones específicas de cada individuo.”³⁶⁹

2.3.4 El mínimo vital y el derecho a la renta garantizada ciudadana, renta mínima de inserción y renta básica universal

Como hemos dicho anteriormente, el derecho a la renta garantizada ciudadana o renta mínima de inserción no se confunde con el mínimo vital.

La definición del Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales sugiere que el mínimo vital es un derecho a recibir una cantidad pecuniaria del Estado, que garantice el nivel de vida digno. Ya expresamos que no estamos de acuerdo con esta definición.

Esta conexión entre los conceptos del mínimo vital y del derecho a la renta básica tiene sus adherentes. En la doctrina española, Encarnación Carmona Cuenca afirma que “el derecho al mínimo vital se refiere más bien a la libre disposición de unos recursos económicos mínimos para hacer frente a las necesidades más perentorias del ser humano.”³⁷⁰

³⁶⁹ DA SILVA CORDEIRO, K. 2012. *Op. Cit.*, p. 116.

³⁷⁰ CARMONA CUENCA, E. 2012. "El derecho a un mínimo vital". En: ESCOBAR ROCA, G. (Dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, 1 ed., Aranzadi Editorial, p. 1579.

La autora española comenta que este concepto de mínimo vital llevaría a considerar la tutela de las personas sin trabajo, que no pueden mantenerse por cuenta propia. En sus palabras, el “derecho a un mínimo vital trataría de dar respuesta a la segunda necesidad, la de las personas que no realizan un trabajo remunerado (ni disponen de medio económicos para vivir).”³⁷¹

En este mismo sentido, Filippo Pizzolato comenta que el mínimo vital en un sentido estricto se concreta por “intervenciones asistenciales, de carácter (pero no exclusivamente) económica, directamente e inmediatamente dirigidas a la protección de la persona que se encuentra en una situación de pobreza.”³⁷²

Pizzolato vincula el mínimo vital con la renta mínima de inserción, y le atribuye un carácter económico que preserve la libertad de la persona en elegir autónomamente lo que es necesario para su sobrevivencia. Esto se fundamenta en el principio de libertad de elección, que preserva la autonomía individual, que es capaz (según Pizzolato) de cumplir con la elección también en el ámbito de los servicios sociales disponibles. Por ende, “la mejor intervención pública es aquella que distorsiona lo menos posible el sistema de preferencias individuales, y por lo tanto, es aquella del tipo financiera.”³⁷³

³⁷¹ CARMONA CUENCA, E. 2012. *Op. Cit.*, p. 1580.

³⁷² PIZZOLATO, F. 2004. *Op. Cit.*, p. 164. (traducción nuestra del original en italiano)

³⁷³ *Ibidem*, p. 154.

En España, la renta garantizada ciudadana es una previsión de los Estatutos de Autonomía³⁷⁴ que introdujeron este derecho social de prestación en sus textos.³⁷⁵ Entre algunas comunidades autónomas que reconocen el derecho a la renta garantizada ciudadana tenemos el Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica N° 6 de 19 de julio de 2006)³⁷⁶; el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana (Ley Orgánica N° 1 de 10 de abril de 2006)³⁷⁷; el Estatuto de Autonomía de Illes Balears (Ley Orgánica N° 1 de 28 de febrero de 2007)³⁷⁸; Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica N° 2 de 19 de marzo de 2007)³⁷⁹; Estatuto de Autonomía de Aragón (Ley Orgánica N° 5 de 20 de abril de

³⁷⁴ Los estatutos de Autonomía son las normas institucionales básicas de una comunidad o ciudad autónoma del territorio español, previstos en su Constitución de 1978 en el artículo 147, que los reconoce como parte del ordenamiento jurídico del país. Además, en el artículo 148, 20ª hay la previsión de que las Comunidades Autónomas tienen competencia en materia de asistencia social, de donde sale el derecho a la renta garantizada ciudadana.

³⁷⁵ CARMONA CUENCA, E. 2012. *Op. Cit.*, p. 1589.

³⁷⁶ Artículo 24.3 - Las personas con necesidades especiales, para mantener la autonomía personal en las actividades de la vida diaria, tienen derecho a recibir la atención adecuada a su situación, de acuerdo con las condiciones que legalmente se establecen.

³⁷⁷ Artículo 15 - Con el fin de combatir la pobreza y facilitar la inserción social, La Generalitat garantiza el derecho de los ciudadanos valencianos en estado de necesidad a la solidaridad y a una renta de ciudadanía en los términos previstos en la Ley.

³⁷⁸ Artículo 21 - A fin de combatir la pobreza y facilitar la inserción social, los poderes de las Illes Balears garantizan el derecho de los ciudadanos de las Illes Balears en estado de necesidad a la solidaridad y a una renta mínima de inserción en los términos previstos en la ley.

³⁷⁹ Artículo 23.2 - Todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley.

2007)³⁸⁰; y el Estatuto de Autonomía de Castilla y León (Ley Orgánica N° 14 de 30 de noviembre de 2007).³⁸¹

Todas estas garantías son manifestaciones de la asistencia social en España que no es considerada parte de la Seguridad Social (concepto estricto que considera parte de la seguridad social tan solo la previsión social y la salud³⁸²). Según José María Alonso Seco y Bernardo Gonzalo González, los derechos de seguridad social en España son derechos subjetivos plenos, y los derechos de asistencia social, no.³⁸³ Los autores explican que “Seguridad Social y asistencia social son *materia distintas*, mencionadas por la Constitución con nominación propia y diferenciada en sede de atribución de competencias.”³⁸⁴

El hecho de que los derechos de asistencia social no contemplen derechos subjetivos plenos está relacionado con que su cobertura “depende de la

³⁸⁰ Artículo 23.1 - Los poderes públicos de Aragón promoverán y garantizarán un sistema público de servicios sociales suficiente para la atención de personas y grupos, orientado al logro de su pleno desarrollo personal y social, así como especialmente a la eliminación de las causas y efectos de las diversas formas de marginación o exclusión social, garantizando una renta básica en los términos previstos por la ley.

³⁸¹ Artículo 13.9 - Derecho a una renta garantizada de ciudadanía. Los ciudadanos de Castilla y León que se encuentren en situación de exclusión social tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía. El ordenamiento de la Comunidad determinará las condiciones para el disfrute de esta prestación. Los poderes públicos promoverán la integración social de estas personas en situación de exclusión.

³⁸² Aunque hoy día, existe una tendencia de considerar la Seguridad Social desde una tendencia amplia, que comprende en su disciplina los “seguros sociales, asistencia social, prestaciones familiares, política de pleno empleo, de remuneraciones, habitacional (a través de la construcción de viviendas económicas), educacional (lucha contra el analfabetismo, formación profesional, sistema de ayuda y cooperación para estudiantes), y la política de redistribución de ingresos, entre otras.” En LANATA FUENZALIDA, G. 2014. Manual de legislación previsional, 2ª edición. Santiago (Chile) Thomson Reuters, p. 7.

³⁸³ ALONSO SECO, J. M. y GONZALO GONZÁLEZ, B. 2000. La asistencia social y los servicios sociales en España, 2ª edición. Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 115.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 115. (el énfasis es del original)

comprobación discrecional por parte de la entidad gestora sobre el estado real de necesidad del individuo protegido.”³⁸⁵

El punto de vista de Carmona Cuenca y Pizzolato es incompatible con la estructura y las finalidades del mínimo vital en nuestro trabajo. Esto porque, la defensa de los autores europeos está en la protección tan sólo para una parte de la población que no tiene renta, mientras que nosotros abogamos por un mínimo vital que es debido a todos. Aunque ni todos podrán solicitar prestaciones del Estado para el cumplimiento del mínimo vital, cualquier persona puede defenderse contra el actuar del ente estatal que vulnere lo que es considerado mínimo para la vida digna.

Si comprendemos el mínimo vital como plantea Carmona Cuenca y Pizzolato, una persona que tiene su fuente de renta, pero que se ve afectada a través de la expropiación de su vivienda, o que tiene su sueldo comprometido por algún tipo de tributación excesiva, o que sea privada de su pensión de jubilación por el motivo que sea, no podrá argumentar que le están afectando el mínimo vital ya que el mínimo vital (en la visión de estos autores), es tan sólo un derecho de prestación para las personas que no tiene renta.

La propia Carmona Cuenca advierte en su trabajo que las normas de las Comunidades Autónomas de España “no consagran un derecho universal a un

³⁸⁵ ALONSO SECO, J. M. y GONZALO GONZÁLEZ, B. 2000. *Op. Cit.*, p. 117.

mínimo vital, sino que estas prestaciones sólo se conceden a ciertas personas que reúnen los requisitos previstos en la legislación.”³⁸⁶

De esta forma, es obvio que la única manifestación universal que debe pretender la autora es si hubiera la consagración del derecho a la renta básica universal en la legislación española.

La renta básica universal es definida por María Julia Bertomeu y Daniel Raventós como “un ingreso pagado por el Estado a cada miembro de pleno derecho de la sociedad o residente, incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre, o dicho de otra forma, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta, y sin importar con quién conviva.”³⁸⁷

El derecho a la renta básica universal no está exento de críticas, pero este no es el espacio adecuado para esta discusión, teniendo en cuenta las limitaciones físicas de la tesis.³⁸⁸ Lo que debemos tener en cuenta aquí es que la posibilidad de permitir una renta a todas las personas es un medio de avanzar en dirección al mínimo vital, pero no se confunde con él.

³⁸⁶ CARMONA CUENCA, E. 2012. *Op. Cit.*, p. 1600.

³⁸⁷ BERTOMEU, M. J. y RAVENTÓS, D. 2006. “El derecho de existencia y la renta básica de ciudadanía: una justificación republicana”. En: PISARELLO, G. y CABO DE LA VEGA, A. 2006. *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*. Madrid, Editorial Trotta, p. 20.

³⁸⁸ Para una discusión amplia sobre los puntos de vista jurídicos y económicos ver PISARELLO, G. y CABO DE LA VEGA, A. 2006. *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*. Madrid, Editorial Trotta.

Como veremos más adelante, el mínimo vital tiene un prisma positivo y otro negativo, y es un principio que puede ser utilizado en diversas ocasiones. No puede ser reducido a un derecho de prestación financiera, empero puede servir de argumento para defender la idea de una renta básica o una renta ciudadana.

Otra distinción que merece nuestro análisis es la existente entre la a renta básica universal y la renta ciudadana o renta de inserción. Esta última es condicionada a una situación de pobreza del que la reclama, mientras que la primera es una renta independiente de cualquier requisito. Las rentas de inserción son parte de la asistencia social, que tiene como función imponer al Estado lo que antes era la beneficencia de los particulares (caridad)³⁸⁹, la renta básica universal es una manifestación del Estado Social, pero no está relacionada con la asistencia social.³⁹⁰

Somos conscientes que la asistencia social tiene un importante papel en la prestación positiva del mínimo vital, no obstante, somos igualmente conscientes de que esta herramienta para acercar el mínimo vital a su máxima eficiencia no se confunde con él.

³⁸⁹ ALONSO SECO, J. M. y GONZALO GONZÁLEZ, B. 2000. *Op. Cit.*, p. 95-96.

³⁹⁰ Ver FERRAJOLI, L. 2006. "El futuro del Estado Social y la renta mínima garantizada". En: PISARELLO, G. y CABO DE LA VEGA, A. 2006. *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*. Madrid, Editorial Trotta.

2.3.5 El error en buscar un contenido universal para el mínimo vital

Establecer el contenido del mínimo vital es un punto crucial en este trabajo. No obstante, esto no es una tarea sencilla, lo que ya se evidenció en algunas líneas anteriores. Si bien poco a poco estamos estructurando nuestra opinión sobre qué es el mínimo vital, los intentos en determinar su contenido exacto son varios, y todos ellos pueden ser fácilmente criticados, dependiendo del contexto en que se analiza.

Como mencionó Karine da Silva Cordeiro –y lo reproducimos en el punto anterior– el contenido del mínimo vital es variable. Establecer su contenido dependerá del grado de satisfacción de lo que es considerado como mínimo para la vida digna en la sociedad que se analiza, considerando que en cada lugar habrá un cierto consenso social sobre qué es considerado como mínimo para la vida digna.

En un primero momento, podríamos recurrir a la teoría del mínimo social, de John Rawls, que propuso la idea de bienes primarios,³⁹¹ desarrollada en su obra *Liberalismo Político*.³⁹² Rawls definió los bienes primarios como cosas esenciales para que las personas puedan realizar sus proyectos de vida.³⁹³ Para

³⁹¹ Como afirmamos en el punto 3.2.2, no estamos de acuerdo con el fin en sí de la teoría del mínimo social, por llevar a una participación política del ciudadano, pero afirmamos en esta ocasión que los medios para lograr el mínimo social podrían servir de parámetros, de alguna manera, para la configuración del mínimo vital.

³⁹² RAWLS, J. 2005. *Op. Cit.*, p. 307.

³⁹³ *Ibidem*.

el autor, una vez que se acepte la concepción política de justicia es posible desarrollar una comprensión más o menos unánime de lo que es reconocido públicamente como “necesidades básicas del ciudadano.”³⁹⁴

En el punto 2.2.2 de nuestra tesis comentamos sobre su tesis y cabe repetir que Rawls considera como bienes primarios los derechos y libertades básicas, la libertad de movimiento y libre elección de ocupación entre diversas oportunidades, los poderes y prerrogativas de cargos y posiciones de responsabilidad en instituciones políticas y económicas de la estructura básica, renta y riqueza, y las bases sociales de autorrespeto.³⁹⁵

Las críticas hechas anteriormente en este mismo Capítulo persisten, y merecen que se agregue, además, que la desconsideración de la idiosincrasia de cada sociedad (para determinar el contenido del mínimo social propuesto por Rawls) no toma en consideración la variabilidad individual en la distribución de los bienes primarios ni la individualidad y capacidad diferenciada de las personas. La teoría de Rawls busca establecer parámetros universales de necesidades individuales, lo que por sí solo es una tarea imposible.

Más allá del intento de universalidad de contenido sin considerar las diferencias que pueden existir entre una sociedad y otra, el mínimo social de John Rawls tiene por objetivo permitir la participación política ciudadana, lo que excede

³⁹⁴ RAWLS, J. 2005. *Op. Cit.*, p. 179.

³⁹⁵ *Ibídem*, p. 181 y 308-309.

sustancialmente el contenido del mínimo vital. Luego, esta idea de contenido debe ser descartada para los fines de nuestra investigación.

Un segundo intento para determinar el contenido del mínimo vital viene de la doctrina brasileña que busca en la definición del sueldo mínimo lo que se considera como esencial para una vida digna. El artículo 7º, inciso IV de la Constitución Federal Brasileña de 1988 establece que el sueldo mínimo debe ser “capaz de atender a las necesidades vitales básicas (del trabajador) y las de su familia con vivienda, alimentación, educación, salud, tiempo libre, vestuario, higiene, transporte y previsión social.”

Aunque el sueldo mínimo no se confunde con el mínimo vital, ya que aquél es un derecho perteneciente a las relaciones de trabajo (que se percibe como contraprestación conmutativa por la disposición de la fuerza laboral del trabajador), algunos consideran que esta definición de la Constitución brasileña configura lo indispensable para la vida digna en aquél país.³⁹⁶

Lo innegable con esta definición de sueldo mínimo es que al consagrar este derecho en la Carta Constitucional, el ordenamiento jurídico reconoce que es necesario preservar un mínimo las relaciones de trabajo. Es decir, la contraprestación por el trabajo prestado debe ser suficiente para cubrir los gastos mínimos para una vida digna. Si los valores fijados como sueldo mínimo alcanzan

³⁹⁶ En este sentido ver SARLET, I. W. *Op. Cit.*, pp. 349 y ss.

para cubrir o no este mínimo para la vida digna, es otro punto. Empero, fijarlo es una preocupación estatal con la preservación de la vida digna dentro de las relaciones laborales.

En otro intento de establecer un contenido, Andreas Krell propuso el estándar mínimo social, que incluye la atención básica y eficiente de salud, acceso a la alimentación básica y vestuario, educación básica y garantía de una vivienda. Además, incluye otros proyectos municipales como la renta básica.³⁹⁷

Ana Paula de Barcellos, relaciona el mínimo vital con los derechos individuales de libertad, los derechos prestacionales de salud básica, asistencia a los desamparados, la educación fundamental y el acceso al Poder Judicial.³⁹⁸

Encarna Carmona, en un texto anterior al analizado en el punto 2.2.4 de nuestra investigación, afirmó que el mínimo vital refleja el

“derecho de todos los individuos que forman una comunidad a contar con una cantidad mínima para hacer frente a sus necesidades más básicas (como la alimentación y el vestido). Los derechos a la educación y a la protección de la salud son objeto de un reconocimiento expreso en las Constituciones y en las Declaraciones internacionales y, además, cuentan, en la mayor parte de los Estados, con una infraestructura de servicios públicos para hacerlos llegar a todos los ciudadanos (y, en algunos casos, a todas las personas). A su vez, la vivienda, que también es una necesidad básica, viene siendo objeto de un reconocimiento expreso en varias Constituciones y Declaraciones internacionales y plantea una problemática específica (...).”³⁹⁹

³⁹⁷ KRELL, A. 2002. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, p. 63.

³⁹⁸ BARCELLOS, A. P. 2011. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, 3ª edição. Rio de Janeiro, Renovar, p. 291-349.

³⁹⁹ CARMONA CUENCA, E. 2006. *Op. Cit.*, p. 184.

Vemos que la autora española bosquejó una comprensión mucho más amplia del contenido del mínimo vital en el año 2006, pero terminó con el concepto estricto que analizamos en líneas anteriores. La restricción del mínimo vital a una prestación financiera fue expresada en un texto suyo del año 2012, que ya estudiamos. Esto, definitivamente, limita su contenido.

El gran problema con todas estas visiones es la búsqueda de un contenido universal para el mínimo vital. Este intento no es viable, porque lo que es considerado como un estándar de vida digna en una sociedad podrá no ser en otra. Podemos imaginar que el consenso social sobre los derechos preferentes que deben componer el mínimo para la vida digna en Burundi, África Oriental, no es lo mismo que en Luxemburgo o Noruega.

Ciertamente, si se fuera preguntar qué es considerado como necesidad principal en cada uno de estos lugares citados, las respuestas serán muy diferentes, dado que en uno de ellos no existe siquiera infraestructura de saneamiento básico, mientras que la otra está en una posición privilegiada en Europa con relación a educación, salud, trabajo, bienestar, etc.

De esta manera, podemos decir que lo que va a ser considerado como mínimo vital dependerá del lugar que se analiza y de la actividad legislativa. Eurico Bitencourt Neto asevera que:

“En el caso de Constituciones que se limitan a consagrar principios y disposiciones jusfundamentales en que se puede fundamentar un derecho al mínimo existencial, la función legislativa tiene mayor

ámbito de actuación, prestigiando la libertad de conformación del legislador. Por otro lado, en caso de Constituciones generosas en la consagración de derechos fundamentales, especialmente derechos sociales a prestaciones, existe un campo más reducido de libertad legislativa, limitada por los deberes de protección y de concretización de tales derechos directamente establecidos por la Constitución.”⁴⁰⁰

El mismo autor comenta que las condiciones necesarias a la vida digna varían de acuerdo con el tiempo y espacio, el desarrollo económico, social y cultural de cada sociedad.⁴⁰¹

Ricardo Lobo Torres refuerza este argumento. Explica que el mínimo vital carece de instituto de contenido específico, y desde luego, alcanza cualquier derecho, aunque no sea considerado fundamental originariamente, bastando que se considere su dimensión esencial, no enajenable y existencial.⁴⁰²

Alexy, también comenta que existe la dificultad en determinar el contenido exacto del mínimo vital, pero que esta dificultad no es suya exclusivamente, se trata de una dificultad adscrita también a muchos de los derechos sociales.⁴⁰³

La indeterminación del contenido del mínimo vital tendrá que recibir la atención del Poder Legislativo y del Poder Judicial. Del Legislativo, siempre y cuando este Poder decida deliberar y determinar en la ley cuál es el contenido exacto del mínimo vital. Y del Judicial, siempre y cuando no exista esta

⁴⁰⁰ BITENCOURT NETO, E. 2010. *Op. Cit.*, p. 119.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² LOBO TORRES, R. 2009. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro, Renovar, p. 13-14.

⁴⁰³ ALEXY, R. 2014. *Op. Cit.*, p. 450.

determinación por parte del legislador, y sea necesario establecer el contenido del mínimo vital en el caso concreto. De esta forma, no se puede invocar la tesis de la inexigibilidad judicial de prestaciones fácticas relacionadas con el mínimo vital por el hecho de que no exista un contenido claro para este mínimo, como vimos en el Capítulo 1 de este trabajo.⁴⁰⁴

Por ende, la mejor opción es determinar su contenido a través de la actuación legislativa o, en su falta, analizar el caso concreto, verificar el grado de protección de los derechos fundamentales, el estándar de vida local, la necesidad del demandante, los criterios de urgencia y necesidad (si se trata de un pedido prestacional), y principalmente, la ponderación, que es la principal solución para aplicar este derecho en los casos concretos.

Intentar establecer un contenido universal para el mínimo vital es como imponer un estándar universal de vida para un mundo extremadamente diversificado, donde cada sociedad vive un momento distinto y tiene necesidades distintas.

Respetar la diferencia es el primer paso para lograr una correcta aplicación del mínimo vital, que no comprende solamente prestaciones positivas, sino también una dimensión negativa, que es lo que estudiaremos en seguida.

⁴⁰⁴ ALEXY, R. 2014. *Op. Cit.*, p. 450.

Empero, cabe una observación importante en este argumento. Aunque el contenido del mínimo vital no debe ser universal, para poder considerar las diferencias de cada sociedad en el tiempo, esto no significa que su contenido sea totalmente abstracto, ya que todo grupo social tiene una idea clara de lo que conforma las condiciones mínimas de vida digna. Si se encuesta la sociedad en este sentido, se encontrará respuestas más o menos uniformes, con un grado de diferencia mínimo según la concepción subjetiva de cada uno.⁴⁰⁵

Por ende, la participación democrática en el establecimiento del contenido del mínimo vital es importante para que la efectiva tutela de este contenido esté alineada con lo que el grupo social espera del Estado a través de sus poderes y políticas públicas.

La indeterminación del contenido del mínimo vital es una fortaleza y una debilidad. La fortaleza se concreta, como afirmamos en las líneas anteriores, en la abertura del contenido a la realidad del espacio/tiempo en que se quiere establecer el mínimo vital. Mientras que la debilidad se encuentra en que esta indeterminación puede generar problemas para su implementación si no se determina su contenido por la vía legislativa.

⁴⁰⁵ Ver, por ejemplo, el resultado del informe del Consejo Ciudadano de Observadores para una Nueva Constitución, creado en Chile por el Decreto N° 36 de 2015, que dio cuenta de los resultados de los Encuentros Locales Autoconvocados (ELAs) y que fue mencionado en la introducción de la tesis. ENCUENTROS LOCALES AUTOCONVOCADOS – FUNDAMENTOS. *Op. Cit.*

Esto no es motivo para asombro, ni sorpresa, dado que la situación planteada no es ninguna novedad para el Derecho. El contenido esencial y los alcances y límites de los derechos fundamentales siempre ha sido motivo de ponderación y determinación legislativa (caso abstracto) y judicial (caso concreto). Por lo que, para este principio jurídico (mínimo vital) la técnica será la misma.

2.4 La dimensión positiva del mínimo vital

En el punto anterior llegamos a la conclusión que no es viable intentar establecer un contenido uniforme para el mínimo vital, empero esto no significa que no podemos analizar las formas como el mínimo vital puede manifestarse y estructurarse para ser utilizado como argumento para demandas judiciales.

Para esta estructura, demostraremos que el mínimo vital tiene un prisma o dimensión positiva (prestacional) y una negativa (defensa contra el actuar del Estado). En este apartado estudiaremos la dimensión positiva del mínimo vital, que se materializa a través de la solicitud de prestaciones fácticas al Estado.

Vimos a lo largo de esta tesis, que hoy día se reconoce la responsabilidad prestacional del ente estatal con respecto a los derechos fundamentales (principalmente los de segunda dimensión, que tiene preponderantemente esta característica), principalmente cuando la forma de Estado permite comprender

que los derechos fundamentales no son solamente derechos de no interferencia usados contra el actuar del ente público. En las formas de Estado que permiten un rol activo de este ente ficticio, los derechos fundamentales son comprendidos como derechos que necesitan la intervención estatal (principalmente para corregir las irregularidades del libre mercado) de forma a promover el bien común.

Luego, identificado el contenido del mínimo vital en una sociedad, y demostrado el déficit en la prestación de algún servicio público conectado con los derechos fundamentales que componen el mínimo vital, se abre la puerta para la judicialización de este derecho fundamental a través de la fórmula de derecho subjetivo (“a” tiene derecho a que “b” cumpla una obligación y está en la posición jurídica de exigir de “b” su cumplimiento).

Ejemplificamos: una localidad que no cuente con un satisfactorio servicio de salud (y considerando que el ordenamiento jurídico del ejemplo considere la salud como un derecho de acceso universal y como un bien público garantizado) puede ser obligada a cumplir con un estándar mínimo, ya que la atención básica de la salud es necesaria para la condición de vida de las personas, y por ende, sin salud básica, no hay vida digna. Ergo, la persona afectada puede solicitar la prestación del servicio de salud, fundamentando su demanda con el mínimo vital. El mínimo vital reforzará el argumento jurídico de la demanda, demostrando que la prestación es debida porque la salud (en este caso hipotético) es parte de su

contenido y debe ser concedida (la prestación fáctica) para que la persona tenga asegurada sus condiciones mínimas de vida digna.

Este mismo argumento no sería posible en un país donde el derecho a la atención básica de salud es plenamente satisfecho. Una persona bajo la tutela de este Estado no podría exigir un tratamiento más caro para una enfermedad rara (o tratamiento experimental) utilizando el mínimo vital como argumento para su demanda prestacional, porque en este caso, el mínimo vital para el derecho a la salud ya tiene cobertura suficiente.

Pensemos en el caso del derecho a la alimentación. Una persona que no tiene absolutamente nada que comer y que se encuentra en situación de necesidad, podría solicitar del Estado una ayuda para garantizar el mínimo para la vida digna (siempre y cuando exista la garantía del derecho a la alimentación y sea posible judicializarlo). Cómo se dará esta prestación dependerá del caso concreto.

Sin embargo, si estamos frente a un país que tiene amplia política de apoyo a la alimentación de la población, programas de nutrición especiales a la maternidad y a los niños y adolescentes en fase escolar, incluyendo programas de alimentación básica para personas en situación de extrema vulnerabilidad, entonces el derecho a la alimentación no podría ser fundamentado con el mínimo vital para una demanda prestacional en este país en específico, porque ya estaría debidamente cumplido. Obviamente, se conserva la dimensión negativa del

mínimo vital, y aunque el Estado garantice el derecho a la alimentación positivamente, no podría actuar de forma a menoscabar este derecho, porque estaría vulnerando el mínimo vital.

En resumen, el mínimo vital en su dimensión positiva puede ser utilizado como argumento principal en demandas de prestaciones fácticas contra el Estado, siempre y cuando se reúnan todos los requisitos referentes a la configuración del derecho subjetivo a esta prestación, y siempre que se visualice que el derecho requerido es parte de lo que puede ser comprendido como mínimo vital en un dado momento, en un dado lugar.

El prisma prestacional del mínimo vital es innegable, porque esta interpretación constitucional que deriva en un principio jurídico tiene como contenido diversos derechos fundamentales que muchas veces incluyen prestaciones fácticas exigibles. Por esta razón, para que exista la debida tutela del mínimo vital, será necesario que se concreten las prestaciones fácticas de su contenido que son debidas por el Estado.

La discusión jurisprudencial que inició la estructura del mínimo vital en Europa (lo que analizaremos más adelante), parte de solicitudes por prestaciones positivas.⁴⁰⁶ Pero, es posible hablar también de una dimensión negativa del mínimo vital.

⁴⁰⁶ Lo veremos en la configuración del modelo europeo.

2.5 La dimensión negativa del mínimo vital

Esta dimensión se configura como una defensa contra el actuar del Estado que resulta en una vulneración del mínimo para la vida digna.⁴⁰⁷ Está estrechamente relacionada con la autonomía individual, es decir, que el Estado no debe intervenir para perjudicar el libre desarrollo de las personas, en el sentido de concretizar los proyectos de vida subjetivamente valorados.

Estas dimensiones del mínimo vital se reflejan en una interpretación del Tribunal Constitucional alemán que analiza el artículo 1.1⁴⁰⁸ (además de las disposiciones relacionadas al derecho a la vida y a la integridad física en el Estado Social) de la Ley Fundamental de Bonn. Se concluyó que esta norma tiene doble dirección protectora de la dignidad humana, una como derecho fundamental del individuo en contra del Estado, en el sentido de un status negativo, y otra de encargo constitucional dirigido al Estado que debe crear condiciones de defensa de la dignidad humana frente a la sociedad.⁴⁰⁹

Las bases que fundamentan el mínimo vital (la vida, la dignidad humana, la igualdad material y la libertad en un contexto de solidaridad) ofrecen esta doble

⁴⁰⁷ GIACOMET PEZZI, A. 2011. Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limites à tributação no Estado Democrático de Direito, 2ª reimpressão. Curitiba, Juruá Editora, p. 120.

⁴⁰⁸ [Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales] - (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público

⁴⁰⁹ HÄBERLE, P. 2005. "A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal", tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. En: SARLET, I. W. (org.) *Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 136-137.

vía de protección: activa y pasiva. La dimensión pasiva, que se manifiesta en el mínimo vital determina que el ente estatal debe abstenerse de intervenir o de actuar siempre y cuando identifique que su acción, directa o indirectamente, retire del individuo algún bien tutelado que es fundamental para el goce de su vida de forma digna.

Ricardo Lobo Torres, precursor de la defensa del mínimo vital en Brasil, afirmó claramente que el mínimo vital tiene protección contra la intervención del Estado y garantía a través de prestaciones estatales, haciéndolo un derecho de status *negativus* y *positivus*.⁴¹⁰

Podemos ver esta dimensión negativa del mínimo vital, por ejemplo, en materia tributaria. En Brasil, la Constitución de 1946 era muy clara en este sentido. El artículo 15, § 1º afirmaba: “son exentos de impuestos de consumo los artículos que la ley califique como mínimo indispensable a la vivienda, vestuario, alimentación y tratamiento médico de las personas de estricta actividad económica.”

Es una lógica que debe compatibilizarse con las premisas del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que sería incomprensible imaginar que el

⁴¹⁰ LOBO TORRES, R. 2005. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Os direitos humanos e a tributação. Imunidades e isonomia, 3ª edição. Rio de Janeiro, Renovar, p. 203.

Estado –a través de la tributación– pudiese vulnerar el mínimo para la vida digna, si él es el garante de este mínimo.⁴¹¹

Aunque hoy día no se ha repetido expresamente la disposición de la Constitución brasileña de 1946, la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 reconoce como principio del Orden Tributario la capacidad contributiva y lo expresa en el artículo 145, § 1º.⁴¹²

En este sentido, el ente público tendrá que observar la capacidad del contribuyente para que el tributo no tenga la característica de expropiatorio indirecto. Y con esto, respetar igualmente lo que es considerado como mínimo para la vida digna.

En las palabras de Ricardo Lobo Torres, con base en el principio de la capacidad contributiva y en su subprincipio de progresividad, contenidos en las Constituciones de Francia y Brasil, entre otras más, surge la prohibición de incidencia tributaria sobre el contenido mínimo necesario para la existencia humana digna, que se constituye como su reserva de libertad y limita el poder fiscal del Estado.⁴¹³

⁴¹¹ YAMASHITA, D. y TIPKE, K. 2002. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo, Malheiros, p. 34.

⁴¹² Siempre que fuese posible, los impuestos tendrán carácter personal y se exigirán de acuerdo con la capacidad económica del contribuyente, pudiendo la Administración tributaria, en especial para conferir efectividad a estos objetivos, identificar, respetando los derechos individuales y en los términos de la ley, el patrimonio, los rendimientos y las actividades económicas del contribuyente.

⁴¹³ LOBO TORRES, R. 2005. *Op. Cit.*, p. 169-170.

Un segundo ejemplo podría ser construido a partir del derecho a la vivienda. Imaginemos que una persona está ubicada en una zona urbana que necesita la construcción de nuevas carreteras para mejorar el espacio urbano y garantizar el flujo de tránsito como forma de optimizar las condiciones de transporte y vida de la población que trabaja y habita en el lugar.

El Poder Público tiene la intención de iniciar un proceso de expropiación con la respectiva indemnización por el valor del inmueble. Sin embargo, imaginemos que en esta situación el progreso ha llegado al entorno de esta vivienda, y la persona que vive ahí, antigua moradora del barrio, cuando aún no era un barrio comercial, ni tampoco en su época era tan poblado, posee una casa de muy bajo valor.

En este caso, si el valor de la casa es muy bajo y el metro cuadrado de cualquier bien raíz en esta localidad es muy superior al valor que la moradora recibirá, ella no podrá comprar un inmueble en la misma localidad.

En nuestro ejemplo hipotético, aunque su casa sea sencilla para el entorno, el progreso le hizo gozar directamente de mejor infraestructura de saneamiento básico, transporte, acceso a comercio, supermercados, etc., y con su indemnización tendrá que moverse a un barrio alejado del centro, en la periferia que no contiene (hipotéticamente) saneamiento básico, acceso facilitado a transporte, seguridad y la comodidad que gozaba anteriormente.

En este caso, la moradora puede perfectamente defenderse en la demanda por expropiación utilizando el mínimo vital, por la intervención del Estado en su vivienda adecuada, que retiraría su condición digna de vida (acceso a todas las facilidades y beneficios que le proporcionan el entorno actual).

El ente público tendrá que encontrar otra solución para el caso concreto. Indemnizar a la persona de forma a que ella pueda comprar una vivienda similar en la misma localidad (ergo, recibir más que el valor real de su bien raíz), u ofrecer un inmueble en la misma localidad (quizás en un edificio cercano a su actual vivienda, o por lo menos equivalente y que permita seguir disfrutando de lo que le ofrece el entorno).

Lo que sí se verificará en este caso hipotético es que el Poder Público no podrá actuar de forma a menoscabar el mínimo vital de una persona que se encuentra en una situación X y pasará a X-1 al final de la expropiación.

Por lo tanto, al contrario de lo que algunos autores plantean, y que analizamos a lo largo de este Capítulo, el mínimo vital no es solamente el derecho a gozar de prestaciones y de una renta financiera. El mínimo vital es un principio jurídico que tiene una dimensión positiva y otra negativa. No se puede decir que el mínimo vital se compone solamente del derecho a prestaciones fácticas, cuando su estructura concede igual importancia a la defensa contra la intervención estatal en el mínimo para la vida digna.

De esta manera, aunque la dimensión positiva del mínimo vital tiene limitaciones ya que afirmamos que no existen derechos prestacionales incondicionados, la dimensión negativa es debida a todos incondicionalmente. Por esta razón, debemos reforzar que el mínimo vital debe ser tutelado a todos y no solamente a las personas en situación de vulnerabilidad o pobreza.

Analizaremos, en seguida, dos modelos construidos por la doctrina y la jurisprudencia que nos permitan comprobar las características conceptuales aquí expuestas. Iniciando por la cuna del mínimo vital (el derecho alemán) que irradió sus efectos a toda Europa, y luego, el modelo brasileño (como referencia Latinoamericana), igualmente influenciado por la doctrina europea.

2.6 El modelo europeo

La jurisprudencia europea comenzó a plantear la responsabilidad del Estado de garantizar el mínimo vital en la década de 50. Nos es coincidencia que Otto Bachof, a principios de los años 50, propuso lo que vendría a ser la proyección activa de la dignidad humana, que como explicado en el punto 2.1 de este Capítulo, no reclama únicamente una garantía contra el Estado, sino también un mínimo de seguridad social. La persona sin recursos materiales que le permita llevar una existencia digna tiene su dignidad sacrificada desde el principio.

El Tribunal Administrativo Federal alemán (*Bundesverwaltungsgericht*), fundado en septiembre de 1951, en este mismo año, a través del fallo BVerfGE 1, 97 de 1951 interpretó la Ley Fundamental, señalando que la realización del Estado Social implica la obligación del legislador de tomar medidas para cumplir sus finalidades en el ámbito de la seguridad social y, al no hacerlo arbitrariamente podría surgir el derecho del individuo de reclamar su cumplimiento a través de un recurso de inconstitucionalidad.⁴¹⁴

En esta decisión sobre la Ley Federal de Pensiones (*Bundesversorgungsgesetz*), el Tribunal alemán reconoció como viable el derecho de la viuda en obtener una pensión de sobrevivencia por la muerte de su marido en la guerra, de forma a proporcionarle un ingreso mínimo. La decisión afirma que la dignidad humana es inviolable y que la garantía de ingresos mínimos es fundamental.⁴¹⁵

El fallo en comento manifiesta la evolución del concepto jurídico referente al derecho a la **dignidad humana**, tal como fue señalado por Otto Bachof. Esta comprensión es importante para demostrar que este prisma positivo de la dignidad humana favorece la base jurídica para asegurar la sobrevivencia digna de las personas.

⁴¹⁴ Alemania. Tribunal Administrativo Federal. [Internet] Sentencia núm. BVerfGE 1, 97 de 19 de diciembre de 1951 [consultado el 17 de mayo de 2016]. Disponible en: <http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintText&Name=bv001097>

⁴¹⁵ *Ibidem*.

Posteriormente, con el fallo BVerwGE 1, 159 de 1954, hubo el reconocimiento del derecho subjetivo del individuo carente a la asistencia material del Estado, argumentando –también con base en la dignidad humana, en el derecho general a la libertad y en el derecho a la vida– que el individuo, en su calidad de persona autónoma y responsable, debe ser reconocido como titular de derechos y obligaciones, lo que implica sobre todo el mantenimiento de sus condiciones de existencia.⁴¹⁶

La decisión sirvió como base de argumentación posterior, aunque con algunos cambios con respecto a los motivos y con relación al objeto de la demanda. Su esencia fue repetida en el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*), resultando en el reconocimiento definitivo de la situación constitucional del Estado de proteger las condiciones mínimas de vida a las personas.⁴¹⁷

⁴¹⁶ Alemania. Tribunal Administrativo Federal. [Internet]. Sentencia núm. BVerwGE 1, 159 de 24 de junio de 1954 [consultado el 17 de mayo de 2016]. Disponible en: <https://www.jurion.de/urteile/bverwg/1954-06-24/bverwg-v-c-7854/>

⁴¹⁷ Ver los fallos del Tribunal Constitucional alemán BverfGE 78, 104 de 26.04.1988, BverfGE 82, 60 de 29.05.1990 " En la contribución sobre ingresos una cantidad igual a la subsistencia de la familia permanecerán libres de impuestos; Sólo más allá de este ingreso debe estar sujetos a impuestos" y BverfGE 87, 153 de 25.09.1992 "el contribuyente sobre la renta no debe ser privado de su sustento necesario y de las necesidades de su familia (de subsistencia). La cantidad de impuestos con preservación de la subsistencia depende de las condiciones económicas generales y los principios reconocidos por las necesidades básicas de la comunidad legal." Las dos últimas sentencias no hablan exactamente un derecho a las prestaciones, sino más bien de la no interferencia del Estado en la esfera existencial (materia tributaria), lo que no deja de ser un prisma de defensa del derecho fundamental a un mínimo para una vida digna. Aquí el principio de la dignidad humana constituye el límite material de la potestad tributaria del Estado.

Luego, en la sentencia BVerfGE 40, 121 [Pensión de orfandad II] de 18 de junio de 1975, hay una expresa referencia al tema del mínimo vital. En ella la corte constitucional “profundiza este razonamiento y señala que ‘la comunidad estatal tiene que asegurarles [a las personas que por dolencias físicas o mentales estén impedidas de desarrollarse personal y socialmente] las condiciones mínimas para una existencia humana digna’”.⁴¹⁸

En España, la Sentencia del Tribunal Constitucional 113/1989, de 22 de junio, trata de algunos aspectos del mínimo vital. En este fallo, la discusión se concentra en la ejecución de una sentencia, en la que se había condenado al autor de un delito de lesiones graves a abonar una indemnización que se venía satisfaciendo a través de la retención mensual de parte del salario del condenado, pero que posteriormente se vio interrumpida desde que perdió su trabajo y pasó a percibir una prestación económica de la seguridad social.

El problema, es que el autor del delito, que pagaba la indemnización a través de la retención de un monto de su sueldo, se declaró insolvente y fue a argumentar, precisamente, sobre la inembargabilidad de las prestaciones de la seguridad social, establecida en el art. 22.1 Ley General de Seguridad Social (LGSS) de España.

⁴¹⁸ NASH ROJAS, C. 2008. *Op. Cit.*, p. 135.

No conforme con ello, y mediante el oportuno escrito, el lesionado suplicó el cumplimiento total de la Sentencia en cuanto a las responsabilidades civiles, planteando la posible inconstitucionalidad sobrevenida del art. 22.1 LGSS o, en su caso, que el órgano judicial elevara la cuestión al Tribunal Constitucional español.

El conflicto consiste en determinar si es o no conforme a la Constitución española la norma contenida en el art. 22.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, según la cual las prestaciones de la Seguridad Social, salvo dos supuestos ajenos al objeto de este debate, son inembargables.

En su argumentación, el Abogado del Estado solicitó la desestimación de la cuestión con base principalmente en la garantía del mínimo vital. Según ha señalado el Abogado del Estado, no es posible argüir la efectividad absoluta de ciertos derechos patrimoniales, cuando su aplicación tenga por consecuencia el sacrificio de bienes, cuya posesión está ligada a un mínimo vital, en el sentido de ofrecerse como indispensables para la realización de los fines propios de la persona; no sólo de los fines que cada persona se asigne a sí misma, sino de aquellos que el constituyente perfila expresamente como dignos de una acción tutelar positiva por parte de los poderes públicos.

La protección a la familia (art. 39 C.E.), de la salud (art. 43 C.E.), a la vivienda digna y adecuada (art. 47 C.E.), entre otros, no sólo se ofrecen como

mandatos dirigidos al legislador para el despliegue de una acción prestacional de signo administrativo, sino para el desarrollo de una acción normativa que permita configurar una especie de esfera patrimonial intangible para los terceros, precisamente para asegurar el cumplimiento de aquellos objetivos constitucionales. En este sentido la dignidad humana debe comprender en su significado, no sólo algunos derechos inmateriales, sino también derechos patrimoniales que permiten asegurar una misma existencia digna.

Verificamos aquí el mismo prisma positivo de la dignidad humana que sirvió de base en las sentencias alemanas anteriormente citadas, y que cimentaron la interpretación del mínimo vital como inherente a la condición de dignidad de las personas, para asegurar la vida y la libertad, considerando aún, la concretización de la igualdad material.

El Abogado del Estado invocó también otra sentencia del mismo Tribunal Constitucional español (STC 103/1983, fundamento jurídico 6º) que afirmó que el derecho del art. 41 es un mínimo constitucional garantizado.⁴¹⁹ El abogado concluyó su argumento, indicando que el legislador, cumpliendo el mandato constitucional del art. 41 C.E., puede sustraer legítimamente al poder de acción

⁴¹⁹ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, Art. 41– Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

de los acreedores determinados bienes, a fin de asegurar una existencia digna del deudor.

En la decisión, el Tribunal Constitucional de España reconoció que la ley, por las más variadas razones de interés público o social, excluye determinados bienes y derechos de la ejecución forzosa, declarándolos inembargables y prohibiendo, en su consecuencia, que el ejecutante proyecte su acción sobre los mismos, que podrían ser objeto de la actividad ejecutiva de no mediar la prohibición.

Entre estas variadas razones que motivan las declaraciones legales de inembargabilidad, la corte constitucional española destaca la razón social de impedir que la ejecución forzosa destruya por completo la vida económica del ejecutado y se ponga en peligro su subsistencia personal y la de su familia y, a tal fin, la ley establece normas de inembargabilidad de salarios y pensiones que son, en muchas ocasiones, la única fuente de ingresos económicos de gran número de ciudadanos.

Complementa el Tribunal Constitucional español, que la protección legal de un nivel económico mínimo que permita satisfacer dignamente las más elementales necesidades del ser humano no es una novedad introducida por los Estados modernos, sino que tiene abundantes precedentes en los ordenamientos jurídicos históricos.

Asimismo, entrando en el reconocimiento del mínimo vital, afirma que los derechos patrimoniales no pueden tener una garantía de efectividad al punto que se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales así como en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, valores éstos que, unidos a las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar el régimen público de Seguridad Social, están constitucionalmente consagrados en los arts. 39, 41, 43 y 47 de la Constitución española, y obligan a los poderes públicos, no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, a cuyo fin resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna.⁴²⁰

Con respecto a la **igualdad**, la corte española afirma que para que no exista una discriminación con respecto a la inembargabilidad de las pensiones, que posicionasen a todos los pensionados en una situación de ventaja, es menester verificar en el caso concreto que existe un hecho diferenciador que

⁴²⁰ España. Tribunal Constitucional (Pleno). [Internet] Sentencia núm. 113/1989 de 22 de junio [consultado el 10 de mayo de 2016]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1989-17478.

permite esta inembargabilidad, es decir, “una causa objetiva y razonable que la justifique, proporcionada en sus consecuencias a la finalidad que persigue.”⁴²¹ Esta causa es la preservación del mínimo vital, que permite esta ‘desigualdad’ procesal para promocionar la igualdad material con miras a la dignidad humana.

Dentro de la construcción del modelo de protección al mínimo vital en Europa, Solís Álvarez apunta otros fallos considerados fundamentales en el desarrollo del derecho al mínimo vital, tales como el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el fallo “BVerfGE 93,121 de 1995 [Tasa única]”, la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Gaygusuz v. Austria”, y la Corte Federal Suiza en su sentencia del 27 de octubre de 1996 “ATS/BGE 121 I”.⁴²²

Sobre la sentencia BVerfGE 93,121, trata de una decisión sobre derecho tributario,⁴²³ que comenta que atendiendo a los antecedentes tributarios del patrimonio, el legislador debe proteger en todo caso las bases económicas del modo de vida personal frente al impuesto a las utilidades. En la medida que los sujetos pasivos del impuesto al patrimonio pueden encontrarse al interior de su matrimonio o familia en donde existe una base económica conjunta –elevada–, la protección del matrimonio y la familia, de conformidad con el Art. 6, párrafo 1

⁴²¹ *Ibidem*.

⁴²² SOLÍS ÁLVAREZ, J. 2013. Derecho Humano al Mínimo Vital. [en línea] <<http://web.uas.mx/ObservatorioDH/index.php/temas/minimo-vital/item/13-derecho-humano-al-minimo-vital#ftn1>> [consulta: 15 octubre 2014].

⁴²³ En la nota de pie de página anterior citamos el fallo BverfGE 82, 60 de 29.05.1990 y BverfGE 87, 153 de 25.09.1992 que también tratan de casos tributarios.

de la Ley Fundamental, exige que el legislador tenga en cuenta la continuidad de ese matrimonio y de esa familia.⁴²⁴

La sentencia proporciona la fundamentación de la igualdad material y la libertad dentro del Estado Social. Principalmente cuando habla sobre el derecho de propiedad y sus cargas sociales, el tribunal alemán comenta que la igualdad formal conectada a la acción individual, la libertad y la garantía de propiedad exenta de dinamismo y alcance social conduce inevitablemente a la creación de desigualdad material entre los ciudadanos.⁴²⁵ La acumulación ilimitada en favor de una pseudo libertad será responsable también por potenciar la desigualdad social, y, por ende, si la Ley Fundamental reconoce y promueve el Principio del Estado Social (art. 20, párrafo 1º, G.G.) se requiere que el Estado actúe en favor de la realización del equilibrio social a través de mecanismos de control.

El Estado como actor en la promoción de la igualdad material y la libertad de las personas con expreso reconocimiento de la continuidad de la familia es la interpretación constitucional primordial que debemos tener en cuenta en este fallo judicial.

⁴²⁴ Alemania. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. BVerfGE 93,121 de 22 de junio de 1995. En SCHWABE, J. 2009. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: extractos de las sentencias más relevantes, traducción de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz. México, Fundación Konrad Adenauer, A.C. Oficina México, p. 438 [en línea] <http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf> [consulta: 08 julio 2015].

⁴²⁵ *Ibidem*.

Esta sentencia tiene fecha de 22 de junio de 1995, y aunque no hable explícitamente del derecho a un mínimo vital, se puede extraer una referencia implícita por el tema de la garantía de continuidad de la familia que limita el poder de tributar, ya que en sus fundamentos, la decisión no permite que alguien sea privado de todos los medios indispensables a su subsistencia, reflejo de una actuación confiscatoria en materia tributaria.

Existen otras sentencias y textos doctrinarios que abordan el mínimo vital con relación a la tributación (ver nota de pie anterior). Hasta hoy hay manifestaciones en este sentido.⁴²⁶

Posteriormente en el caso de *Gaygusuz v. Austria*, de la Corte Europea de Derecho Humanos, Solicitud n° 17371/90 del año 1996, el sr. Gaygusuz, ciudadano turco residente en Austria, se quejó de la negativa de las autoridades austriacas a concederle la ayuda de emergencia por desempleo en razón de que

⁴²⁶ Ver MUÑOZ SERAFÍN, R. 2013. "El Mínimo Vital: Una Oportunidad Para Redimensionar El Principio De Proporcionalidad". En: *Práctica Fiscal*, N° 700, Octubre 2013, México. GARCÍA BUENO, C. 2002. "El principio de capacidad contributiva a la luz de las principales aportaciones doctrinales en Italia, España y México". En: *Colección de Estudios Jurídicos*, tomo XVII, TFJFA, México, agosto 2002. CONVERS DIAZ, A. y MARTINEZ ALBARRACIN, L. 2013. El Mínimo Vital y su Incidencia en la Tributación, Tesis pregrado, Bogotá D.C., Julio de 2013. Y los fallos mexicanos que apuntan: DERECHO AL MINIMO VITAL. CONSTITUYE UN LIMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICION DEL TRIBUTO." Novena época, instancia: Primera Sala, tesis aislada, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXV, mayo de 2007, materia(s): constitucional, administrativa, tesis: 1a. XCVIII/2007, página: 792; y "DERECHO AL MINIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO." Novena época, instancia: Primera Sala, tesis aislada, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXV, mayo de 2007, materia(s): constitucional, tesis: 1a. XCVII/2007, página: 793. DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU ALCANCE EN RELACION CON EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD TRIBUTARIA." Novena época, instancia: Primera Sala, tesis aislada, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, enero de 2009, materia(s): constitucional, administrativa, tesis: 1a. X/2009, página: 547.

él no tenía la nacionalidad austriaca, que fue una de las condiciones establecidas en el artículo 33 (2) (a) de la Ley de Seguro de Desempleo de 1977 para el beneficio de una prestación de ese tipo. Él afirma que es víctima de discriminación basada en el origen nacional, contrario al artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1 (art . 14 + P1-1). La corte estableció en el fallo que la ayuda de emergencia es una asistencia prestada a las personas que ya no tienen derecho a la prestación por desempleo, con el fin de garantizarles un **ingreso mínimo**.⁴²⁷

El caso portugués es igualmente importante en este estudio. El fallo del Tribunal Constitucional de Portugal nº 509 de 2002 analizó la constitucionalidad del artículo 4º, nº 1, del Decreto de la Asamblea de la República nº 18/IX que pretendía derogar el rendimiento mínimo garantizado previsto en la ley nº 19-A/96 y crear el rendimiento social de inserción.

La inconstitucionalidad que se plantea es si existe justificación y amparo constitucional para establecer un nuevo rango de edad para acceder al rendimiento mínimo, ya que, al instaurar el nuevo rendimiento social de inserción, la edad mínima para accederlo pasaría a los 25 años, mientras que el antiguo rendimiento mínimo garantizado determinaba como edad mínima los 18 años.

⁴²⁷ Suiza. Corte Federal. [Internet] Sentencia núm. 17371/90 de 16 de septiembre de 1996 > [consultado el 08 de julio de 2015]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58060>.

En el considerando 2, el Tribunal Constitucional portugués aclaró que la legislación que tiene por objeto asegurar un rendimiento mínimo garantizado o un rendimiento social de inserción, constituye la aplicación del derecho de toda persona a la seguridad social (artículo 63, párrafo 1, de la Constitución Portuguesa), que corresponde, más específicamente, a la obligación derivada del Estado de organizar un sistema de seguridad social con el fin de proteger "a los ciudadanos de enfermedad, vejez, invalidez, viudez y orfandad, así como el desempleo y en todas las demás situaciones de falta o disminución de los medios de subsistencia o capacidad de trabajo" (artículo 63, párrafo 3, de la Carta Magna de Portugal).⁴²⁸

La argumentación del tribunal sigue la doctrina de la no regresividad de los derechos humanos. Para esto, invoca la Sentencia N° 39/84 del mismo tribunal, que ya había concluido que desde el momento en que el Estado cumple (total o parcialmente) las tareas constitucionalmente impuestas para lograr la aplicación de un derecho social, el respeto constitucional de este derecho deja de consistir (o deja de constituir simplemente) en una obligación positiva, para transformarse o convertirse en una obligación negativa. El Estado, que estaba obligado a actuar con el fin de satisfacer el derecho social, estará obligado a abstenerse de atentar contra la realización del derecho social.

⁴²⁸ Portugal. Tribunal Constitucional (Pleno). [Internet] Sentencia núm. 509/02 de 19 de diciembre [consultado el 21 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>.

La prohibición de no regresividad social, opera de modo justo cuando, como ha dicho J.J. Gomes Canotilho, una modificación legal o una actuación estatal busque violar "el núcleo esencial de la existencia mínima inherente al respeto por la dignidad de la persona humana", es decir, cuando "sin crear otros esquemas alternativos o compensatorios", pretende llevar a cabo una "anulación, revocación o aniquilación pura y simple de este núcleo esencial".⁴²⁹

El Tribunal Constitucional luso fundamenta su decisión en el mínimo vital. El considerando 5 apunta que el rendimiento social de inserción se incluye en el subsistema de protección social de ciudadanía. La legislación en análisis (artículo 1º) apela precisamente al subsistema que, bajo la Ley de Bases Generales de la Solidaridad y Seguridad Social - Ley Nº 17/2000, de 8 de agosto "tiene por objeto asegurar los derechos básicos y garantizar la igualdad de oportunidades, el derecho a los mínimos vitales de los ciudadanos en situación de carencia económica, así como la prevención y erradicación de situaciones de pobreza y exclusión, con el fin de promover el bienestar y la cohesión sociales".⁴³⁰

Dentro de este subsistema de la seguridad social, el rendimiento social de inserción es parte del esquema solidario, que se concreta con la concesión de las prestaciones que, fuera del subsistema contributivo de previsión, asegure un mínimo de subsistencia, sea para los que, en principio, no pueden mantenerse

⁴²⁹ Portugal. Tribunal Constitucional (Pleno). [Internet] Sentencia núm. 509/02 de 19 de diciembre, *Op. Cit.*

⁴³⁰ *Ibidem.*

por sí mismos –casos de pensión social o equivalente en situaciones de invalidez, vejez, viudedad o de orfandad– sea por aquellos que, por encontrarse temporalmente en una situación de ausencia o insuficiencia de recursos económicos para cumplir con el sus necesidades mínimas, necesitan apoyo para promover su integración social y profesional progresiva, tales como es el caso del actualmente vigente rendimiento mínimo garantizado o del proyectado rendimiento social de inserción (artículos 24 a 33 de la Ley N° 17/2000).

La sentencia demuestra que Portugal ha tenido la preocupación de crear una ley garantizando una renta básica con miras a concretar el mínimo vital en diversas oportunidades. El considerando 6 comenta que ya en 1993 y 1994, llegaron las primeras iniciativas legislativas para garantizar un mínimo vital de subsistencia en situaciones no contempladas por la pensión social o por el subsidio de inserción de los jóvenes en la vida activa –el Proyecto de Ley N° 309/VI (PPC), propuso la creación de rendimiento mínimo de subsistencia, y el Proyecto de Ley N° 385 / VI (PS), abogando por la creación de un rendimiento mínimo garantizado que buscaba favorecer una progresiva inserción social y profesional (Diario de la Asamblea de la República, II Serie-A, n° 32, de 8 de mayo de 1993, y N° 26 de 3 de marzo de 1994, respectivamente), ambos discutidos (Diario de Asamblea de la República, I Serie, N° 52, de 25 de marzo de 1994 y N° 76 de 26 de mayo de 1994, respectivamente) y rechazados por el Parlamento (Diario de la Asamblea de la República, I Serie, N° 55, de 08 de abril 1994, y N° 78, 28 de Mayo de 1994, respectivamente).

En la siguiente legislatura, siguieron nuevas iniciativas legislativas en la materia –el Proyecto de Ley N ° 6 / VII (PPC) y la Propuesta de Ley N° 25 / VII (Diario de la Asamblea de la República, II Serie-A, n° 2, de 8 de noviembre de 1995, y N° 36 de 20 de abril de 1996, respectivamente) – que fueron discutidas en conjunto (Diario de la Asamblea de la República, I Serie, N° 68, de 10 de mayo de 1996), siendo el proyecto de ley rechazado, mientras que la propuesta de ley fue aprobada (Diario de la Asamblea de la República, I Serie, N° 71 de 17 de mayo, y N° 77, de 31 de mayo de 1996) originando la mencionada Ley N° 19-A/96.

Tomando como referencia el Tribunal Constitucional alemán, que como analizamos anteriormente es vanguardista en la discusión sobre el mínimo vital, la Corte portuguesa afirma que el tribunal germano dedujo del artículo 1° de la Ley Fundamental⁴³¹ (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) un derecho subjetivo a los medios necesarios a la subsistencia del individuo.

La sentencia cita un fallo de 18 de junio de 1975 (BverfGE, E 40, 121 [134]), el Tribunal alemán declaró que la asistencia social es parte de las

⁴³¹ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Boletín Oficial Federal, 23 de mayo de 1949, Edición del texto Actualizado hasta octubre de 2010, Artículo 1 - [Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales]; (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público; (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo; (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

obligaciones de un Estado Social "que surgen de este propio concepto"; y que debe ser garantizada una existencia **digna**.

Dada la diversidad de los posibles medios para lograr este fin, es el legislador quien decide acerca de los instrumentos y el monto de ayuda, siempre que configure el mínimo indispensable. Por lo tanto, este mínimo es obligatorio y podría, eventualmente ser invocado frente a la jurisdicción administrativa.

El Tribunal Constitucional portugués comenta aún que hay una tendencia en reconocer de forma indirecta la garantía del derecho a una sobrevivencia mínimamente condigna o el derecho a un mínimo de sobrevivencia, sea propósito de la actualización de las pensiones por accidentes en el trabajo (Fallo N°. 232/91 , Sentencias del Tribunal Constitucional , vol. 19° , p 341) , sea a propósito de la inembargabilidad de ciertos beneficios sociales (por ejemplo, el rendimiento mínimo garantizado – Fallo N° 62/02, Diario de la República, II Serie, de 11 de marzo de 2002), en la parte en que éstas no excedan un rendimiento mínimo de subsistencia o el mínimo adecuado y necesario a la sobrevivencia digna (Fallo N°. 349/91, Sentencias del Tribunal Constitucional, vol. 19° , p 515; Fallo N° 411/93, Sentencias del Tribunal Constitucional, vol. 25°, p. 615; Fallo N° 318/99, Sentencias del Tribunal Constitucional, vol. 43°, p. 639, y Fallo N° 177/02, Diario de la República, I-A Serie, de 2 de julio de 2002).⁴³²

⁴³² Portugal. Tribunal Constitucional (Pleno). [Internet] Sentencia núm. 509/02 de 19 de diciembre. *Op. Cit.*

Esta afirmación de una dimensión positiva de un mínimo de vida condigno, en paralelo con su dimensión negativa, aparece igualmente en el fallo nº 349/91 –y es reiterado en el fallo nº 318/99– que señaló: “[...] El artículo 63 de la Constitución reconoce a todos los ciudadanos el derecho a la seguridad social, determinando el nº 4 del mismo artículo que ‘el sistema de seguridad social ofrece protección a los ciudadanos en la enfermedad, la vejez, invalidez, viudez y orfandad, así como en el desempleo y en todas las demás situaciones de falta o disminución de los medios de subsistencia o capacidad de trabajo.’”⁴³³

El tribunal comprende que esta disposición constitucional podrá, desde luego, ser interpretada como una garantía de todos los ciudadanos a percibir una prestación del sistema de seguridad social que le permita una vida decente frente a todas las situaciones de enfermedad, vejez u otros casos similares. Pero, aunque no se pueda extraer del artículo 63 de la Ley Fundamental portuguesa⁴³⁴

⁴³³ Portugal. Tribunal Constitucional (2ª sección). [Internet] Sentencia núm. 349/91 de 3 de julio de 1991 [consultado el 21 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910349.html>. Traducción nuestra del original en portugués.

⁴³⁴ Constitución de la República Portuguesa. Aprobada y decretada por la Asamblea Constituyente el 2 de abril de 1976, Edición del texto revisada el 2005, Artículo 63: (De la seguridad social y la solidaridad); 1. Todos tienen derecho a la seguridad social; 2. Corresponde al Estado organizar, coordinar y subvencionar un sistema de seguridad social unificado y descentralizado, con la participación de las asociaciones sindicales, de otras organizaciones representativas de los trabajadores y de asociaciones representativas de los demás beneficiarios; 3. El sistema de seguridad social protege a los ciudadanos en la enfermedad, vejez, invalidez, viudedad y orfandad, así como en el desempleo y en todas las otras situaciones de falta o de disminución de medios de subsistencia o de capacidad para el trabajo; 4. Todo el tiempo de prestación de trabajo contribuye, en los términos que establezca la ley, al cálculo de las pensiones de vejez o de invalidez, independientemente del sector de actividad en que haya sido prestado; 5. El Estado apoya y fiscaliza, en los términos que establezca la ley, la actividad y el funcionamiento de las instituciones particulares de solidaridad social y de otras de reconocido interés público sin fines lucrativos, con vistas a la consecución de objetivos de solidaridad social establecidos,

un derecho a un mínimo vital, el mínimo vital puede ser extraído del principio de la dignidad de la persona humana condensada en el artículo 1 de la Constitución⁴³⁵ (Fallo N° 232/91).

El considerando 13 finaliza la argumentación, determinando que del artículo 1° de la Carta Magna portuguesa se puede extraer que con el principio de respeto a la dignidad humana, conjuntamente con la forma de Estado democrático de Derecho consagrada en el artículo 2°, además del artículo 63, párrafos 1 y 3, de la misma Carta constitucional, que garantiza a todos el derecho a la seguridad social y se compromete en el sistema de seguridad social a proteger a los ciudadanos en todas las situaciones de falta o disminución de los medios de subsistencia o capacidad de trabajo, implica el reconocimiento del derecho o garantía a un mínimo de subsistencia condigna.

Se observa que tal cual el caso alemán, el Estado portugués basa la argumentación de un mínimo vital que asegure la existencia digna de las personas en los principios de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad.

especialmente, en este artículo, en la letra b) del apartado 2 del artículo 67, en el artículo 69, en la letra e) del apartado 1 del artículo 70, y en los artículos 71 y 72.

⁴³⁵ Constitución de la República Portuguesa. Aprobada y decretada por la Asamblea Constituyente el 2 de abril de 1976, Edición del texto revisada el 2005, Artículo 1: (De la República Portuguesa) Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular, y empeñada en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria.

En otro caso reciente del Tribunal Constitucional Alemán, *Hartz IV legislation* de 09 de febrero de 2010⁴³⁶ se alegó que el sistema de pagos de beneficios sociales (particularmente el seguro cesantía que estaba en discusión) en general aseguraba valores insuficientes para los costos mínimos de vida. El tribunal reafirmó el entendimiento de que el mínimo vital asegura a cada persona las condiciones materiales indispensables para su existencia física y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política.

El fallo apunta que el mínimo vital está fuera de la disponibilidad administrativa, sin embargo, no está libre de ponderación. Por ende, el Tribunal Constitucional, reconociendo que no era competente para determinar el monto del seguro de cesantía, apeló al legislador, estableciendo la interacción entre los poderes del Estado.⁴³⁷

Según Karine da Silva Cordeiro, el dialogo entre los poderes en Alemania se ha mostrado particularmente eficaz, donde el respeto institucional mutuo se refleja en la postura del legislador, que jamás ha dejado de cumplir con las decisiones del Tribunal Constitucional.⁴³⁸

⁴³⁶ Alemania. Tribunal Constitucional. [Internet] Sentencia núm. BvL 1/09 de 09 de febrero de 2010 [consultado el 22 de agosto de 2016]. Disponible en: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/Is20100209_1bvl000109en.html.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ DA SILVA CORDEIRO, K. 2012. *Op. Cit.*, p. 182.

Lo que efectivamente se puede extraer de las sentencias analizadas es que el modelo europeo comienza de vanguardia la configuración del mínimo vital como derivado de los derechos a la vida, la dignidad humana, la igualdad y la libertad, materializados con soporte en la solidaridad.

El paralelo entre las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán y del Tribunal Constitucional Portugués nos da un panorama interesante de comparación. Esto porque el caso alemán, que ha originado la introducción del *Existenzminimum* en los tribunales y en la doctrina, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 no tiene un catálogo de derechos sociales como es el caso de la Constitución Portuguesa de 1976.

El Tribunal Constitucional alemán, cuando justificó el mínimo vital en el principio de la dignidad humana y la cláusula general del Estado Social, utilizó su norma ápice para enunciar principios generales. Por ende, su tarea, en materia de derechos sociales, fue encontrar una justificación adecuada desde la perspectiva constitucional en principios igualmente generales.⁴³⁹ En el caso portugués, por otro lado, utilizó una Constitución que tiene un rol extenso de derechos sociales, que sirvió al Poder Judicial como parámetro para ampliar la interpretaciones de sus enunciados directamente garantizados en el texto constitucional.⁴⁴⁰

⁴³⁹ BITENCOURT NETO, E. 2010. *Op. Cit.*, p. 113.

⁴⁴⁰ *Ibídem.*

En este caso uno puede pensar que se justifica la doctrina del mínimo vital en Alemania porque el país no tiene un catálogo de derechos sociales, y no justificaría su defensa en un país como Portugal que ya tiene un catálogo de derechos socio-fundamentales. Sin embargo, esto no es correcto. Como vimos, el mínimo vital no se confunde con el núcleo esencial de los derechos, que en el caso de los derechos sociales, también dependen fundamentalmente de recursos materiales para su aplicación. Cuando no existe la posibilidad presupuestaria de garantizar la totalidad de los derechos sociales, la reserva de lo posible es el contra-principio que sirve como principal herramienta de defensa del Estado para excusarse de su cumplimiento.

En el caso del mínimo vital la permisibilidad de alegar la reserva de lo posible como excusa para el cumplimiento o garantía del derecho, es muy limitada (ya trataremos mejor el tema).

Adelantarse en esta diferenciación que se desmenuzará en las secciones siguientes es trascendente para poder demostrar que en el modelo europeo no se hace necesario construir el concepto de mínimo vital tan sólo en los ordenamientos que no tienen un amplio catálogo de derechos fundamentales. Este modelo es necesario también en los ordenamientos que ya tienen el amplio catálogo de derechos para reforzar la protección de los principios del Estado Social y Democrático de Derecho.

En las palabras de Eurico Bitencourt Neto:

“(…) si la jurisprudencia constitucional alemana construyó las bases de su dogmática, esto no hace que se trate de un sustitutivo de los derechos sociales, como instrumento derivado de la necesidad de asegurarse, en cualquier circunstancia, el respeto y la protección de la dignidad humana. (…) reconocer el derecho al mínimo para la existencia digna en constituciones analíticas con relación a los derechos sociales significa asegurar el respeto al núcleo axiológico del Estado de Derecho democrático y social: la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad y la democracia. El respeto por la dignidad humana supone el respeto por el espacio de la libertad individual constitucionalmente asegurado y por la autonomía de la voluntad, mas también por la búsqueda de la superación de las desigualdades sociales y de la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, mediante la intervención del Estado, cuyos instrumentos deben ser democráticamente establecidos.”⁴⁴¹

Luego, la estructura de la Constitución puede influenciar en la amplitud de protección individual de los derechos de segunda dimensión, pero no puede representar una traba para el desarrollo del concepto del mínimo vital.

Portugal y Alemania tienen un claro reconocimiento de la dimensión positiva y negativa del mínimo vital, es decir, la posibilidad de exigir del Estado prestaciones que representen el mínimo para una existencia digna (fundamentados en el mínimo vital, que le dará fuerza argumentativa judicialmente) y la garantía de no ser privado de los bienes considerados esenciales para la existencia digna.⁴⁴²

En resumen, el Tribunal Administrativo alemán inicia con el reconocimiento positivo del mínimo vital en el fallo BVerfGE 1, 97 de 1951 hasta el fallo BVerfGE

⁴⁴¹ BITENCOURT NETO, E. 2010. *Op. Cit.*, p. 115. Traducción nuestra del original en portugués.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 95.

40, 121. La dimensión negativa del mínimo vital es reconocida por el Tribunal Constitucional alemán, a través del fallo BVerfGE 93,121 (derecho tributario).

En España, la materia sobre inembargabilidad reconoció la dimensión negativa del mínimo vital, fundado en los principios del Estado de la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, y de la existencia digna.

En Suiza, la no discriminación, la dignidad humana y la garantía de un ingreso mínimo fue explícitamente reconocido y fundamentado en el caso sobre seguro desempleo. Cuyo contenido sigue la tendencia inaugurada por la corte constitucional de Alemania.

Finalmente, Portugal reconoce las dos dimensiones (negativa y positiva) del mínimo vital, y lo fundamenta en la dignidad humana y la solidaridad, a través, principalmente, del fallo N° 509/02.

Pasando ahora a la doctrina europea, en 1989 José Joaquim Gomes Canotilho, en un artículo destinado a tratar los derechos sociales, comparando la Constitución portuguesa con la Constitución española, estableció algunas consideraciones sobre el mínimo vital.

El autor portugués en el análisis de las proposiciones referentes al derecho a la vida, planteó que cuando la Constitución española de 1978, en su artículo 15, afirmó que todos tienen derecho a la vida, y la Constitución portuguesa de

1976 en su artículo 24.1, cimentó el derecho a la vida con la asertiva: “la vida humana es inviolable”, estas proposiciones, con relación a los poderes públicos, significa entre otras cosas, el derecho a la obtención de prestaciones públicas que faciliten condiciones de subsistencia mínimas.

En este caso estamos frente a un derecho de prestación en sentido estricto que podría resumirse así: *D a b (Pf)* – derecho de *a* (ciudadano) ante *b* (Estado) a prestaciones fácticas (*Pf*).⁴⁴³

Gomes Canotilho es categórico en expresar la defensa del mínimo vital correlacionado con el derecho a la vida, y refuerza que “en lo que respecta al derecho a la vida, creemos que ningún autor, incluso liberal a «ultranza», tiene hoy el valor de decir que el ciudadano no tiene ningún derecho frente al Estado a prestaciones mínimas y, correlativamente, que éste no está obligado (o tiene el «privilegio» de no hacerlo) a suministrarle prestaciones.”⁴⁴⁴

Sin embargo, esto no significa que exista un verdadero derecho de acción del ciudadano de pedir prestaciones mínimas del Estado, ya que:

“una cosa es afirmar la existencia de un derecho, otra cosa es determinar cuáles son los modos o formas de protección de ese derecho (acción judicial, procedimiento administrativo). A mayor abundamiento, el hecho de reconocerse un derecho a la vida como derecho positivo a prestaciones mínimas, que tiene como destinatario a los poderes públicos, no significa imponer de qué

⁴⁴³ GOMES CANOTILHO, J. J. 1989. *Op. Cit.*, p. 250.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 252.

manera el Estado debe, prima facie, llenar de contenido ese derecho.”⁴⁴⁵

La protección de la vida en una faz negativa (no matar) es inmediata, y lo mismo para la faz positiva con respeto a no matar (impedir que maten), empero, cuanto a las prestaciones mínimas, Canotilho establece la discrecionalidad del legislador para elegir los medios de concretizar la garantía de prestaciones mínimas.⁴⁴⁶

Para el legislador, no hay una discrecionalidad completa. Hay una limitación que obliga al Estado a buscar los medios para emplear las prestaciones mínimas que respeten el derecho a la vida, basada en la progresividad de los derechos sociales. Comenta Canotilho que “como viene afirmando el Tribunal Constitucional alemán, el Estado, los poderes públicos, el legislador están obligados a proteger el derecho a la vida, en el campo de las prestaciones existenciales mínimas, eligiendo un medio (o varios medios) que convierta en efectivo ese derecho.”⁴⁴⁷

El profesor Luis Jimena Quesada, en España, escribió en 1997 el libro “La Europa social y democrática de derecho”, donde estableció los principios de la Constitución española que fundamentan la protección de los grupos vulnerables. En esta ocasión, el autor comentó que la seguridad social contiene los preceptos

⁴⁴⁵ GOMES CANOTILHO, J. J. 1989. *Op. Cit.*, p. 252.

⁴⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 253.

que determinan las bases de tutela de las prestaciones existenciales mínimas.⁴⁴⁸ A través de la seguridad social el poder público podría garantizar tales prestaciones, siendo la mejor herramienta para la protección del mínimo vital.

Para Luis Jimena Quesada, el mínimo vital se deduce de los derechos a la vida (artículo 15 de la Constitución española), la libertad (artículo 17 de la Constitución española), el derecho a la igualdad (artículo 14 de la Constitución española) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución española).⁴⁴⁹

Tres años más tarde, el texto de Luis Prieto Sanchís publicado en México titulado "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", también promovió deducir el mínimo vital de preceptos constitucionales. Prieto Sanchís construyó el mínimo vital a partir del derecho a la vida (artículo 15 de la Constitución española), de la fórmula del Estado Social (artículo 1.1 de la Constitución española), de la dignidad humana (artículo 10.1 de la Constitución española) y de la protección a la salud (artículo 43 de la Constitución española).⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ JIMENA QUESADA, L. 1997. *La Europa social y democrática de Derecho*. Madrid, Dykinson, p. 298.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 301.

⁴⁵⁰ PRIETO SANCHÍS, L. 2000. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial". En: CARBONELL, M.; CRUZ PARCERO, J.A. y VÁZQUEZ, R. (Comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México, Universidad Autónoma Nacional de México.

Con todo lo analizado, los puntos comunes nos permiten reconocer que el mínimo vital tiene derivación constitucional, y que se fundamenta en los derechos a la vida, la dignidad humana, la libertad, la igualdad, siendo materializado a través de la solidaridad (Estado Social) en el modelo europeo. Las dimensiones positiva y negativa del mínimo vital también son un punto común en la jurisprudencia y en los ejemplos de la doctrina citada.

2.7 El modelo brasileño

En el caso brasileño, la doctrina apunta como precursor de la discusión sobre el mínimo vital el profesor Ricardo Lobo Torres, que poco después de la promulgación de la Constitución Federal de la República Brasileña de 1988 escribió un ensayo sobre la materia.⁴⁵¹ El autor ha publicado mucho sobre el denominado mínimo existencial –que como vimos no se impone como un concepto diferente del mínimo vital– y es la principal referencia sobre este estudio en Brasil.⁴⁵²

⁴⁵¹ LOBO TORRES, R. 1989. “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”, En: *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p. 20-49.

⁴⁵² Ver también sus libros LOBO TORRES, R. 2003. “A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”, En: SARLET, I. W. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudo de direito constitucional, internacional e comparado*, Rio de Janeiro, Renovar. LOBO TORRES, R. 2006. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar. LOBO TORRES, R. 2009. *Op. Cit.*

Según Ricardo Lobo Torres, el mínimo existencial no tiene construcción constitucional propia (como derecho autónomo), y por ende, se debe buscarla en la idea de la libertad, y en los principios constitucionales de la dignidad humana e igualdad.⁴⁵³

Torres establece la definición de mínimo existencial como un derecho a condiciones mínimas de existencia humana digna que no pueden ser objeto de intervención del Estado a través de impuestos, y que además requiere prestaciones estatales positivas.⁴⁵⁴ Torres también reconoce las dimensiones positiva y negativa del mínimo vital, que tal como hemos visto, se manifiesta también en el modelo europeo.

Él comenta que el mínimo existencial es un derecho subjetivo porque otorga al ciudadano la facultad de utilizar las garantías procesales e institucionales en defensa de sus derechos mínimos. Por otro lado, es una regla objetiva porque el mínimo existencial surge como un estándar de declaración de derechos fundamentales que debe cubrir el campo más amplio de las pretensiones ciudadanas.

Otros autores acompañan la tendencia diferenciar el concepto de mínimo existencial del concepto de mínimo vital. Ingo Sarlet, apunta esta diferencia terminológica y describe el mínimo existencial como “un conjunto de prestaciones

⁴⁵³ LOBO TORRES, R. 2009. *Op. Cit.*, p. 38.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 38.

suficientes no solamente para asegurar la existencia (garantía de la vida) humana, pero una vida con dignidad, en el sentido de vida saludable.”⁴⁵⁵

Marcos Maselli Gouvêa está de acuerdo con esta diferencia conceptual, y agrega que el mínimo digno no debe abarcar las condiciones externas para el ejercicio de las libertades (compra de automóviles o aviones, con el objetivo de optimizar el derecho de locomoción, por ejemplo), pero debe abarcar las condiciones necesarias para que el individuo tenga autonomía interna efectiva.⁴⁵⁶

Paulo Leivas igualmente apoya la diferencia y se basa en la definición de Corinna Treisch de la Universität Innsbruck: “el mínimo existencial es parte del consumo corriente de cada ser humano, ya sea niño o adulto, que es necesario para la conservación de una vida humana digna, que incluye la existencia de la vida física, tales como alimentación, ropa, vivienda, asistencia a la salud, etc. (mínimo existencial físico) y las necesidades espirituales y culturales, como la educación, la sociabilidad, etc.”⁴⁵⁷

Se percibe que los autores brasileños buscan aplicar la dignidad en el concepto del mínimo existencial. Sin embargo, existe una confusión

⁴⁵⁵ SARLET, I. W. 2006. Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, 4ª ed. revista e atualizada. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, p. 93.

⁴⁵⁶ MASELLI GOUVÊA, M. 2003. O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro, Editora Forense, p. 263.

⁴⁵⁷ COGO LEIVAS, P. G. 2006. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 135.

terminológica por creer que el mínimo vital no comprende un mínimo digno, y ya comentamos anteriormente sobre esto.

En Brasil, la adopción del término mínimo existencial parece ser la tendencia, que comienza a ganar cuerpo también en la legislación. Posiblemente, la justificación para adoptar el término “mínimo existencial” se debe a la influencia de la doctrina alemana. En Alemania, el término utilizado para el principio en análisis fue el *Existenzminimum*, y esto debe haber llevado a Brasil a traducirlo y utilizarlo de esta forma. Pero, en ningún momento se identifica una preocupación de Alemania con la diferencia terminológica: mínimo vital vs mínimo existencial. Al contrario, en Europa y en América Latina, hoy día, se habla mucho más en mínimo vital, que en mínimo existencial.⁴⁵⁸ Y de hecho, no existe una razón preponderante para hacer la diferenciación que la doctrina brasileña pretende, ya que la forma como define y estudia su mínimo existencial, se cuadra perfectamente en lo que los demás definen como mínimo vital.

Es interesante destacar aún, que actualmente, Brasil estuvo a punto de cimentar una definición de mínimo existencial en su ordenamiento jurídico. El año

⁴⁵⁸ Ver CARMONA CUENCA, E. 2012. *Op. Cit.*, p. 63 y CARMONA CUENCA, E. 2006. *Op. Cit.*, p. 180. Y en Latinoamérica, ver Corte Constitucional de Colombia. Sentencia n° T426/92 [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-426-92.htm>> [consulta: 08 julio 2015]. Y el Proyecto de Ley N° 1 de 2005 [en línea] <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=10&p_numero=01&p_consec=11954> [consulta: 06 abril 2016]. También PIZZOLATO, F. 2004. *Op. Cit.* Para citar algunos.

2012, el Senado inició la tramitación del Proyecto de Ley N° 283-2012, para perfeccionar la disciplina del crédito de consumo y disponer sobre la institución de mecanismos de prevención y tratamiento extrajudicial y judicial del superendeudamiento y de la protección del consumidor, persona natural, con miras a garantizar el mínimo existencial y la dignidad humana.

En el anteproyecto de esta materia, el artículo 5° formuló: DE LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES - A la par de los conceptos existentes en el Código de Defensa del Consumidor, se entiende para los efectos de la presente ley por: (...) d) Mínimo existencial: cuantía capaz de asegurar la vida digna del individuo y su núcleo familiar destinada a la mantención de los gastos mensuales de sobrevivencia, tales como agua, luz, alimentación, salud, educación, locomoción, entre otros.

El anteproyecto fue modificado inúmeras veces y el concepto terminó por no incorporarse al texto definitivo. Lo que sí está presente es la redacción de lo que será el artículo 52-A del Código de Defensa del Consumidor que dice: este capítulo tiene por finalidad prevenir el superendeudamiento de la persona natural y de disponer sobre el crédito responsable y sobre la educación financiera del consumidor. §1° Se entiende por superendeudamiento la imposibilidad manifiesta del consumidor, persona natural, de buena fe, pagar la totalidad de sus deudas de consumo, exigibles y a vencer, sin comprometer su mínimo existencial, en los términos de la regulación.

La última tramitación del proyecto de ley que modificó el Código de Defensa del Consumidor fue el 04 de noviembre de 2015, con remisión a la Cámara de Diputados para discusión y aprobación.

Esta materia genera un punto polémico, discutido por la doctrina brasileña sobre la posibilidad de utilización del mínimo vital como defensa contra particulares.⁴⁵⁹ El fundamento se encuentra en la eficacia horizontal de los derechos fundamentales para la preservación de la dignidad humana en materia de contratos de consumo⁴⁶⁰, por considerar al consumidor como parte hiposuficiente en la relación.

No obstante, no estamos de acuerdo con esta posibilidad. Como vimos anteriormente, la responsabilidad por corregir las irregularidades del mercado, y de hacerse cargo de las personas en situación de necesidad y exclusión social es del ente público. Los particulares no pueden ser obligados a soportar las cargas directas⁴⁶¹ de la actividad estatal en este sentido.

⁴⁵⁹ Ver SARLET, I. W. 2007a. "Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas". En: *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, n. 29, jan-mar. Y también DANILEVICZ BERTONCELLO, K. 2015. Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais (Thomson Reuters).

⁴⁶⁰ DANILEVICZ BERTONCELLO, K. 2015. *Op. Cit.*, p. 70.

⁴⁶¹ Directas porque indirectamente todos soportamos la carga del Estado Social a través de la tributación.

Cuando el proyecto de ley fue discutido en Brasil, verificamos el Estado actuando para proteger el particular, impidiendo que utilice el derecho al crédito de forma irresponsable, que resultaría en su exclusión social por endeudamiento.

Desde esta perspectiva, el Poder Público no transfiere la responsabilidad de los problemas relacionados con la garantía de los mínimos para una vida digna para los bancos. Tampoco permite que alguien oponga el mínimo vital en un contrato particular de mutuo (por ejemplo), porque pagarlo le quitaría el mínimo de sobrevivencia. Lo que hace el Estado es impedir que la persona siga endeudándose para generar una situación que le quitaría el mínimo vital.

Esta intervención a favor de la parte más débil no es una novedad, ya que el propio Estado interviene regulando las relaciones de consumo, u obliga al particular a ahorrar con miras a la jubilación, relativizando su libertad para preservar la dignidad futura, en los casos de la seguridad social.⁴⁶²

Una vez firmado un contrato, y obligando a la contraparte del contrato (un particular) a soportar la carga que originalmente pertenece al Estado (tutelar mínimo vital), generaría una relativización del derecho civil, en especial el derecho de los contratos. Sería como crear nuevas excepciones al principio *pacta*

⁴⁶² Más sobre el tema ver MONTEIRO PESSOA, R. 2016. "La Imposición Estatal para Cotizar a la Seguridad Social y la Garantía de la Libertad". *En: Revista de Ciencias Sociales*, Número 68 (2016), Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile.

sunt servanda y cimentar un escenario de incertidumbre en la negociación particular.

Luego, no estamos de acuerdo con la eficacia horizontal del mínimo vital. Al analizarlo como regla, valor o principio más adelante, veremos que el mínimo vital es oponible al Estado y la reserva de lo posible es la defensa del Estado oponible al particular que le demanda (por contenidos prestacionales), dadas las circunstancias que permiten el uso del uno y del otro argumento en juicio.

En el caso de la jurisprudencia, el argumento del mínimo vital aparece principalmente en decisiones referentes al derecho a la salud. En un caso de pedido de medicamentos para un portador de VIH, el Supremo Tribunal Federal argumentó que el derecho a la salud es un derecho indisociable del derecho a la vida. La interpretación de las normas programáticas de la Constitución no pueden transformarla en una promesa constitucional inconsecuente, so pena de que así el Poder Público fraude las expectativas depositadas en él por la colectividad, sustituyendo, de manera ilegítima, el cumplimiento de su impostergable deber, por un gesto irresponsable de infidelidad gubernamental al que determina la propia Ley Fundamental del Estado.⁴⁶³

⁴⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinario nº 271.286-8 - Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 12 setembro 2008. Disponível em: < <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/aids.pdf> >. Acesso em: 04 abril 2017.

En el voto del Ministro Marco Aurelio, se destaca la asertiva de que es hora de atentarse para el objetivo mayor del propio Estado, es decir, proporcionar una vida segura y con un mínimo de comodidad suficiente a atender al valor mayor de preservación de la dignidad de la persona.⁴⁶⁴

Esta decisión se fundamenta aún en el principio de la solidaridad que impone al Poder Público una actuación en favor de la protección de la vida y la salud cualquiera que sea la dimensión institucional. Siendo el derecho a la vida un derecho subjetivo inalienable.⁴⁶⁵

En la ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁴⁶⁶) N° 45-9 de 2004 se cuestionó la decisión del Presidente de la República, por el veto a la ley presupuestaria del año 2004 en Brasil, por considerar que ha violado la asignación de recursos mínimos para las acciones y servicios de salud.

Para el Supremo Tribunal Federal, la violación constitucional puede ocurrir de forma positiva (acción estatal) o negativa (inercia). Luego, si el Estado deja de tomar medidas necesarias al cumplimiento de los derechos que constan en la Ley Fundamental, hay una violación negativa de la constitución.

⁴⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinario n° 271.286-8 - Rio Grande do Sul. *Op. Cit.*

⁴⁶⁵ *Ibidem.*

⁴⁶⁶ Es un tipo de acción ante el Supremo Tribunal Federal que tiene por objetivo evitar o reparar una lesión a un precepto fundamental, resultante de un acto del Poder Público.

El Tribunal Supremo también reconoce la importancia del tema de la “reserva de lo posible”⁴⁶⁷ en materia de derechos prestacionales. No obstante, afirma que no es lícito al Poder Público, por justificaciones de materia financiera, crear un obstáculo artificial que revele el ilegítimo, arbitrario y censurable propósito de defraudar, de frustrar y de inviabilizar el establecimiento y la preservación, en favor de la persona y de los ciudadanos, de condiciones materiales mínimas de existencia.

Refuerza que la "reserva de lo posible", salvo los justos motivos, no podrá ser invocada por el Estado, con la finalidad de exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, netamente cuando de esta conducta gubernamental negativa puede resultar la nulidad, o la aniquilación de derechos constitucionales impregnados de un sentido de esencial fundamentalidad.⁴⁶⁸

Para el tribunal superior brasileño, la meta central de las constituciones modernas está en la promoción del bienestar del hombre, cuyo punto de partida está en asegurar las condiciones de su propia dignidad, que incluye, además de la protección de los derechos individuales, las condiciones materiales mínimas de existencia.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ Ver HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. 2011. *Op. Cit.*, p. 107 y ss.

⁴⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 29 abril 2008. Disponível em: < http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf >. Acesso em: 13 maio 2016.

⁴⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9/DF - Distrito Federal. *Op. Cit.*

Cuando se identifica los elementos fundamentales de esta dignidad (el mínimo existencial), se estará estableciendo exactamente los objetivos prioritarios de los gastos públicos. Una vez satisfecha la esfera mínima, el gobierno podrá discutir qué hacer con el excedente. Por lo tanto, es plenamente posible convivir en el mismo paradigma la "reserva de lo posible" y el mínimo existencial.

El derecho a la salud en Brasil es uno de los principales casos de judicialización de los DESC. Analizando la estructura e impactos de la judicialización de esta categoría de derechos en el país sudamericano, Daniel Brinks muestra que la judicialización de la atención a la salud en Brasil no es el resultado de la acción coordinada de organizaciones de defensa de derechos civiles, sino la acumulación de muchas acciones individuales por parte de los medios y los solicitantes de clase media baja, que hicieron uso de abogados públicos y privados individuales en forma no coordinada, desorganizada.⁴⁷⁰

De hecho, Brasil tiene una cultura de judicialización de conflictos en general.⁴⁷¹ Y esto puede llevar a cambios legales por la tormenta de demandas en ciertas áreas. Brinks lo revela a través de datos y va más allá, demuestra que las campañas de litigio, incluso las que pueden ser consideradas totalmente fallidas, pueden producir resultados positivos en las políticas generalizadas,

⁴⁷⁰ BRINKS, D. 2010. *Op. Cit.*, p. 310.

⁴⁷¹ Ver más en PRADO VERBICARO, L. 2008. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, 4(2), 389-406.

siempre que desencadenen una reacción política. Un fallo judicial muy publicitado puede poner de relieve las insuficiencias del marco legal existente y provocar reformas en las leyes.⁴⁷²

Para Brinks, es menester observar que el costo de constantes defensas a demandas recurrentes que solicitan prestaciones extraordinarias, más el costo de proporcionar esos beneficios sobre una base *ad hoc* a los litigantes exitosos, con el tiempo superan el costo de una simple regularización de provisiones de servicios como rutina del gobierno.⁴⁷³

Como tercera referencia jurisprudencial, tenemos otra decisión del Ministro Celso de Mello, Recurso Extraordinario N° 436.996/SP de 2005, sobre el derecho constitucional a sala cuna para niños menores de seis años de edad. En esta oportunidad, el Supremo Tribunal Federal ha utilizado los mismos argumentos de la ADPF N° 45 ya analizada, sobre la obligatoriedad del Estado en las prestaciones positivas para concretar los derechos de segunda dimensión, la reserva de lo posible y en la inexcusabilidad del Estado en garantizar el mínimo existencial a las personas.⁴⁷⁴

⁴⁷² BRINKS, D. 2010. *Op. Cit.*, p. 24.

⁴⁷³ *Ibidem*.

⁴⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 410.715-5/SP - Sao Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 22 novembro 2005. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801> >. Acesso em: 13 maio 2016.

El derecho a la educación es un derecho asegurado constitucionalmente, no sujeta a la discrecionalidad amplia del administrador público, que debe seguir los dictámenes constitucionales para alcanzar la finalidad del Estado en la realización del bienestar y de la justicia social. Principalmente para observar estrictamente los mínimos existenciales.

La interpretación jurisprudencial de otros derechos citados por nosotros a lo largo de este trabajo como base fundamental del mínimo vital tiene eficaz hermenéutica en Brasil. El derecho a la vida, es citado como concretizador de la dignidad humana, junto con otros derechos fundamentales que están íntimamente relacionados con la promoción eficaz de la dignidad.⁴⁷⁵

Para los tribunales brasileños, la dignidad humana se relaciona con un gran número de condiciones relacionadas con la existencia humana, comenzando con la vida, a través de la vida física y la integridad moral psicológica, la libertad, las condiciones materiales de bienestar etcétera. En este sentido, la realización de la dignidad humana está vinculada con la realización de otros derechos fundamentales consagrados expresamente en la Constitución de 1988.^{476 477}

⁴⁷⁵ VILHENA VIEIRA, O. 2006. *Direitos Fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo, Malheiros, p. 63.

⁴⁷⁶ *Ibidem*.

⁴⁷⁷ Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> >. Acesso em: 22 novembro 2017. y BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de

Sobre el derecho a la igualdad y su construcción como igualdad material, los tribunales brasileños también apuntan a la posibilidad de construir privilegios justificados en un tratamiento desigual para las situaciones fácticas distintas en la sociedad, cuando esto posibilite reequilibrar las desigualdades sociales.⁴⁷⁸

El Supremo Tribunal Federal la define como “igualdad de trato a todos los ciudadanos, así como su equivalencia en cuanto a la concesión de oportunidades. De acuerdo a lo que puede ser entendido por igualdad material, las oportunidades deben ser ofrecidas a todos por igual.” De esta forma, se reconoce la posibilidad de obrar en favor de los menos favorecidos como forma de ampliar el acceso a las oportunidades.⁴⁷⁹

En conclusión, la doctrina brasileña discute la existencia del mínimo vital desde la promulgación de la Carta Política de 1988, cuando el país superó la dictadura militar concretando una experiencia constitucional que aseguró un

Inconstitucionalidade nº 3.510/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510> >. Acesso em: 22 novembro 2017.

⁴⁷⁸ Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinario com Agravo nº 854679/DF - Distrito Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 janeiro 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000234834&base=baseMonocraticas> >. Acesso em: 22 novembro 2017 y BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Seguranca nº 31695/DF - Distrito Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 19 agosto 2014. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25257005/agreg-na-medida-cautelar-em-mandado-de-seguranca-ms-31695-df-stf> >. Acesso em: 22 novembro 2017.

⁴⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 749915/MG - Minas Gerais. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 27 agosto 2013. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24179568/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-749915-mg-stf> >. Acesso em: 22 novembro 2017.

amplio catálogo de derechos fundamentales, incluidos diversos derechos de segunda y tercera dimensión.

La doctrina brasileña, sin embargo, se desvía a un concepto alternativo al mínimo vital, habla en mínimo existencial, como una forma de afirmar la necesidad de que sea asegurado un mínimo de sobrevivencia conectado al concepto de existencia digna.

Por razones claras, no creemos esta distinción conceptual sea necesaria. Como ya explicado en este mismo apartado, el concepto de mínimo vital tiene como base el principio de la dignidad humana. Por ende, es contraproducente disociar la existencia de la existencia digna, ya que una tutela del Estado no podría ser usada para violar un principio constitucional que él mismo asegura. Si se atribuye a alguien la tutela de un mínimo vital, esto debe comprender la ampliación de sus libertades y la garantía de su dignidad.

Es interesante notar que el Poder Judicial brasileño reconoce la posibilidad de violación constitucional por omisión, y por esta razón prescribe como solución viable la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales.

Más allá de esta posibilidad, reconoce la existencia de la “reserva de lo posible”, empero afirma vehementemente que no se puede utilizar este argumento como freno a las garantías mínimas de las personas. Primero, se hace necesario garantizar los derechos mínimos y entre ellos aquellos que son

considerados de suma importancia para el mínimo vital, para solamente después permitir una discrecionalidad del Poder Público en elegir cómo serán empleados los recursos públicos.

Dicho así, el mínimo vital tal como es estructurado por la doctrina brasileña, observa una esfera subjetiva que posibilita a todos la facultad de utilizar las garantías procesales e institucionales en defensa de sus derechos mínimos, y una esfera objetiva que otorga un estándar de declaración de derechos fundamentales que debe cubrir el campo más amplio de las pretensiones ciudadanas.

La judicialización de los DESC es una característica de suma importancia para concretar las aspiraciones constitucionales, así como para modificar el comportamiento del Estado frente a ellos. En el caso del derecho a la salud, como hemos visto, Daniel Brinks nos muestra cómo la masiva judicialización puede generar los cambios necesarios en la estructura judicial y pública en general.

Para la tutela del mínimo vital en Brasil, existe un amplio rol de derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución vigente, y herramientas procesales que permiten su judicialización. El acceso al Poder Judicial y la cultura de judicialización en el país, conducen a la búsqueda por mejorar la eficiencia de las leyes existentes, debido a los gastos implicados en los resultados de las demandas (que son muy favorables a los particulares) y a los altos costos de defensa judicial.

Por lo tanto, existe una abertura al diálogo sobre el mínimo vital en Brasil, con un ambiente jurídico propicio a su concretización, lo que es aún más importante para abandonar el campo teórico y verificar cómo se puede ver en la práctica el mínimo vital en este país.

Por reconocer las dimensiones positiva y negativa del mínimo vital, el caso brasileño se muestra muy cercano al modelo europeo, lo que comprueba la influencia de la doctrina y de la jurisprudencia, principalmente de Alemania.

Se percibe que las bases del mínimo vital utilizadas en Europa, también sirvieron para cimentar el mismo concepto en Brasil (los derechos a la dignidad humana, la igualdad, la libertad y la vida a través del Estado Social). La solidaridad y los demás fines del Estado brasileño establecen el diseño proactivo que permitió el surgimiento de la tutela del mínimo vital. Los objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil están positivados en el artículo 3° de la Constitución de 1988: construir una sociedad libre, justa y solidaria; garantizar el desarrollo nacional; erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales; promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación.

Aunque el artículo 1° de la Constitución de 1988 determina que Brasil es un Estado Democrático de Derecho, los objetivos fundamentales y la posición del Estado con respecto a la participación activa en la sociedad y la materialización

de las políticas sociales como verdaderos derechos de las personas (derechos económicos, sociales y culturales) y deber del Estado, dejan clara la opción brasileña por un Estado Social y Democrático de Derecho, lo que es corroborado por la doctrina.⁴⁸⁰

Así, el modelo Latinoamericano elegido como objeto de estudio, también cierra la manifestación del mínimo vital como derivado de los derechos a la vida, la igualdad, la libertad y la dignidad humana, siendo materializado a través de un Estado activo y solidario.

Después de haber demostrado cómo surgió el mínimo vital y se le atribuyó al Estado el deber de garantizarlo, pasaremos a analizar en definitivo si es posible reconocer el mínimo vital como un nuevo derecho autónomo o como un principio jurídico. Para esto estudiaremos, inicialmente, si el mínimo vital está positivado en alguna carta constitucional como un derecho autónomo, para después expandir la caracterización de este concepto.

⁴⁸⁰ Ver, por ejemplo, LIMA FILHO, F. 2005. "O Estado Social: modelo espanhol e modelo brasileiro". En: *Boletim Jurídico*, Uberaba, n. 150. [em línea] <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=891>> [consulta: 17 noviembre 2017]. También BONAVIDES, P. 2000. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros Editores, p. 336.

2.8 La inexistente referencia al mínimo vital en las constituciones y la inviabilidad de reconocerlo como un nuevo derecho autónomo

En materia constitucional, las referencias al mínimo vital no son evidentes. Según Encarna Carmona Cuenca, las constituciones de Ecuador de 2008, y de Bolivia de 2009 lo reconocen. Empero, la Constitución Política del Estado de Plurinacional de Bolivia, no tiene ninguna mención expresa sobre mínimos. Existe, en su texto, la garantía de iguales oportunidades⁴⁸¹ y la defensa de los derechos sociales.⁴⁸² No obstante, reiteramos, no existe ninguna alusión sobre garantías mínimas de estos derechos.

⁴⁸¹ En el preámbulo se alude que se creará un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

En el artículo 8°, II - El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien. Y entre los fines y funciones del Estado boliviano se afirma en el artículo 9°, número 2, que se garantiza el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe.

⁴⁸² Claramente dispone en el Artículo 9°, número 5, Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo. Y en el rol de derechos fundamentales incluye: Artículo 16. I. Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación. II. El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población. Artículo 17. Toda persona tiene derecho a recibir educación en todos los niveles de manera universal, productiva, gratuita, integral e intercultural, sin discriminación. Artículo 18. I. Todas las personas tienen derecho a la salud. II. El Estado garantiza la inclusión y el acceso a la salud de todas las personas, sin exclusión ni discriminación alguna. Artículo 19. I. Toda persona tiene derecho a un hábitat y vivienda adecuada, que dignifiquen la vida familiar y comunitaria. II. El Estado, en todos sus niveles de gobierno, promoverá planes de vivienda de interés social, mediante sistemas adecuados de financiamiento, basándose en los principios de solidaridad y equidad. Estos planes se destinarán preferentemente a familias de escasos recursos, a grupos menos favorecidos y al área rural.

Lo mismo se verifica con la Constitución de la República del Ecuador. La Carta del 2008 no contiene expresas referencias al mínimo vital, ni a garantías mínimas de ciertos derechos. Nuevamente, lo que se encuentra son normas constitucionales que tutelan los derechos sociales desde el trípode educación, asistencia y trabajo, pero sin referencia a mínimos.⁴⁸³

⁴⁸³ Comienza en el art. 3 sobre los deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. 5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir. 6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización. La Carta Política sigue con su Capítulo Segundo - Derechos del Buen Vivir. Art. 12.- El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida. Art. 13.- Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales. El Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria. Art. 24.- Las personas tienen derecho a la recreación y al esparcimiento, a la práctica del deporte y al tiempo libre. Art. 26.- La educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo. Art. 30.- Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica. Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. Art. 34.- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas. Finaliza en el Art. 66 proponiendo que se reconoce y garantizará a las personas: 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.

En el caso colombiano tampoco se positiva el derecho al mínimo vital. Lo más cerca de esta referencia está en artículo 53 que establece que el Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; **remuneración mínima vital**⁴⁸⁴ y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Esta Carta Política, igualmente protege a los derechos sociales siguiendo la estructura anteriormente comentada de Bolivia y Ecuador.⁴⁸⁵

Encarna Carmona cita, aún, las Constituciones de algunos *Länder* alemanes, como Baviera, Berlín, Bremen o Hesse, como Constituciones que reconocerían el derecho a la subsistencia en caso de penuria, por ende, serían ejemplos concretos de la positivación de este derecho. Además, afirma que hay

⁴⁸⁴ Sin embargo, aquí estamos frente a un concepto de qué debe abarcar el sueldo mínimo como contraprestación por la fuerza de trabajo. No trata del mínimo vital tal como delineamos.

⁴⁸⁵ En el artículo 64 cimienta como deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos. En el artículo 67: La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

el reconocimiento del “derecho a la renta básica” en las reformas de los Estatutos de Autonomía españoles, como el catalán o el proyecto andaluz.⁴⁸⁶ Tales referencias son indicios de mecanismos de protección del mínimo vital a través de prestaciones estatales, pero no corresponden a una positivación expresa del mínimo vital, según los criterios que venimos proponiendo.

En Italia, tampoco existe referencia en la Carta Política, pero la construcción doctrinaria ha llevado al desarrollo del derecho a la renta mínima, que siguió la Recomendación de la Unión Europea de 1992 y con la ley 449/1997 introdujo la Renta Mínima de Inserción (RMI), definida por el decreto legislativo 237/1998 y con la ley 328/2000, por el desenvolvimiento de un sistema integrado de política y servicio social.⁴⁸⁷

La doctrina italiana apunta que el artículo 38⁴⁸⁸ de su Constitución tiene como referencia la solidaridad de toda la colectividad que no puede tolerar en su

⁴⁸⁶ CARMONA CUENCA, E. 2012. El Derecho a un Mínimo Vital con Especial Referencia a la Constitución Española de 1978. En: Revista de Estudios Internacionales, N° 172, Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile [en línea] <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/REI/article/viewFile/23587/29103>> [consulta: 15 octubre 2014], p. 63 y CARMONA CUENCA, E. 2006. Los Derechos Sociales de Prestación y el Derecho a un Mínimo Vital. En: Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas (Ejemplar dedicado a: Los derechos sociales), N° 2 [en línea] <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_EST_05_carmona.pdf> [consulta: 15 octubre 2014], p. 180.

⁴⁸⁷ STRATI, F. 2009. Schemi di reddito minimo, uno studio sulle politiche nazionali. [en línea] <<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=9033&langId=it>> [consulta: 23 octubre 2014].

⁴⁸⁸ Constitución de la República Italiana. Boletín Oficial, 27 de diciembre de 1947, núm. 298, Artículo 38 - Todo ciudadano incapaz de trabajar y desprovisto de los medios necesarios para vivir tendrá derecho al mantenimiento y a la asistencia social. Los trabajadores tendrán derecho a que se prevean y garanticen los medios proporcionados a sus necesidades vitales en caso de accidente, enfermedad, invalidez y ancianidad y

interior una persona privada del mínimo vital.⁴⁸⁹ Por problemas en la identificación de los sujetos que tendrían derecho a la RMI perteneciente a la seguridad social, la renta mínima de inserción se sustituyó por la Renta de Última Instancia (RUI) en 2003, que es un instrumento de la asistencia social.

El 2004, la Corte Constitucional Italiana declaró ilegal el Plan de Acción Nacional 2003-2005, que asignaba recursos a la RUI, ya que comprendió que la intervención financiera del Estado en las políticas de servicio social era de competencia legislativa de las Regiones. Hoy día, las regiones deben establecer los recursos para la implementación de la RUI.⁴⁹⁰

Aunque algunos autores en Italia consideran que la RMI o RUI corresponden al mínimo vital⁴⁹¹, esta reducción no es correcta, como ya hemos expuesto. Tampoco corresponde a una expresa mención constitucional al mínimo vital que nos permita tratarlo como un nuevo derecho.

De lo analizado, podemos concluir juntamente con Eurico Bitencourt Neto que no existe en las constituciones democráticas y sociales de nuestro tiempo

desempleo involuntario. Los incapacitados y los minusválidos tendrán derecho a la educación y a la formación profesional.

⁴⁸⁹ VIVALDI, E. y GUALDANI A. 2014. "Il minimo vitale tra tentativi di attuazione e prospettive future". *En: Diritto e Società*, N° 1, 2014. Napoli, Editoriale Scientifica SRL, p. 119.

⁴⁹⁰ STRATI, F. 2009. *Op. Cit.*, p. 05.

⁴⁹¹ Vimos esto con referencia al trabajo de Filippo Pizzolato, PIZZOLATO, F. 2004. *Op. Cit.*

una norma expresa, o directamente establecida, que cimiente un derecho fundamental al mínimo para una vida digna.⁴⁹²

De esta forma, algunos también podrán considerarlo como derecho adscrito⁴⁹³, implícito o innominado, como hemos estudiado en el Capítulo 1.⁴⁹⁴ Pero, para esto, sería necesario que el mínimo vital estuviera positivado en algún tratado internacional de forma clara y explícita, permitiendo la recepción de los países a través de la ratificación de uno de estos tratados. O por lo menos que existiera alguna referencia legal que lo incluyera como derecho explícito para que se pudiese extraerlo de otros derechos y valores constantes en una carta constitucional según también permite la teoría de los derechos innominados o implícitos.

Por el hecho de no tener ni una ni otra posibilidad, tampoco una definición constitucional expresa, nos vemos obligados a recurrir a otra posibilidad, vinculada a una interpretación constitucional que se basa en los derechos de la dignidad humana, la igualdad material, la libertad y la vida, que se materializarán a través de un modelo de Estado proactivo, que se fundamente en el principio de

⁴⁹² BITENCOURT NETO, E. 2010. *Op. Cit.*, p. 164.

⁴⁹³ Robert Alexy denomina derecho adscrito toda aquel derecho fundamental que no esté expresamente positivado en el texto, pero que se puede extraer su contenido de un enunciado jusfundamental que pueda, además, ser catalogado como válido dentro de este sistema jurídico. ALEXY, R. 2014. *Op. Cit.*, p. 52 y 53.

⁴⁹⁴ Ver sesión 2.3.

la solidaridad,⁴⁹⁵ para conformar la base para su formulación, como lo hace el modelo europeo y brasileño.

Tenemos, entonces, que el mínimo vital es una construcción doctrinaria y jurisprudencial con un prisma positivo y otro negativo. De ahí que no podemos afirmar su autonomía como nuevo derecho.

Por autonomía, según la RAE, se entiende como condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie. Si visualizamos esta noción etimológica de la autonomía, entonces difícilmente un derecho fundamental sería autónomo, ya que ellos están tan íntimamente relacionados. En la práctica se verifica que muchas veces la vulneración de uno de estos derechos termina por generar la vulneración de otros correlatos. Esto es así porque la fundamentación en un pedido de tutela de derechos fundamentales siempre se complementa con una fundamentación en diversos otros derechos, que son vulnerados con un solo acto.

Existe una tendencia en dividir los derechos fundamentales en categorías o grupos. Vimos en el Capítulo 1 que la división de los bloques capitalista y socialista durante la guerra fría generó la separación de los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, dejando una mala

⁴⁹⁵ Bitencourt Neto cita a tres de estos principios, menos la libertad y la vida, que consideramos como esenciales para las bases del mínimo vital. BITENCOURT NETO, E. 2010. *Op. Cit.*, p. 166.

herencia con respecto a la protección de ambas categorías y el grado de importancia dado por las constituciones modernas a cada uno de estos grupos de derechos.

Si no fueran suficiente las dificultades que enfrentan los derechos de segunda dimensión de los derechos fundamentales, a lo largo del Capítulo 1 evidenciamos nuestra preocupación con los autores que abogan por la ampliación de estas dimensiones (v.g. tercera, cuarta, quinta dimensión de los derechos fundamentales). Desde luego, no estamos de acuerdo con el esfuerzo doctrinario de ampliar cada vez más las dimensiones de los derechos, introduciendo cada vez más nuevos pseudo-derechos en los catálogos, tanto en el escenario internacional como en las Constituciones modernas.

Afirma Theo Van Boven, que los principales órganos que interpretan los derechos humanos, cuando abordan derechos como el derecho al agua potable, derecho de minorías, derechos genéticos, bioética, etc., no están creando nuevos derechos. Éste no es su objetivo. El propósito principal de los comentarios y recomendaciones de los Comités de las Naciones Unidas es clarificar el objetivo normativo de los derechos humanos.⁴⁹⁶

Existe, además, una tendencia de que los grupos excluidos, marginalizados, clamen por el reconocimiento de sus intereses como derechos,

⁴⁹⁶ VAN BOVEN, T. 2014. "Categories of Rights". *En: International Human Rights Law (2nd edn)*, Oxford University Press, p. 152.

generando un verdadero conflicto por nuevos derechos.⁴⁹⁷ Gilberto Gamboa-

Bernal, dice que:

“(…) en los últimos decenios se han formulado también nuevos derechos humanos, con características muy particulares y, en general, desligados de toda referencia externa y de todo deber correlativo. Muchos de esos nuevos derechos se han propuesto desde instancias de aparente prestigio y reconocimiento global; de allí la confusión a la que inducen, que lleva muchas veces a reivindicaciones poco legítimas, muy influenciadas por intereses oscuros y que pretenden cambios políticos acordes a ellos. (…) Los estudiosos están mayoritariamente en contra de esta multiplicación de derechos: si se habla de derechos humanos de carácter universal, donde los regionalismos y los particularismos culturales no tienen cabida (…) no es defendible racionalmente proponer como ‘derechos’ algunas aspiraciones y anhelos de minorías”⁴⁹⁸

Los llamados nuevos derechos surgen a favor del dinamismo que debe existir con relación a los derechos fundamentales existentes, cuando se identifica una nueva necesidad que otrora no había sido considerada, y que, por ende, no le fue otorgada protección jurídica.⁴⁹⁹

Esta tendencia a buscar el dinamismo puede llevar al surgimiento de corrientes del pensamiento jurídico que abogan por un conocimiento jurídico producido por las prácticas sociales⁵⁰⁰, como ocurrido en Brasil con el “Derecho

⁴⁹⁷ *Ibídem*, p. 153.

⁴⁹⁸ GAMBOA-BERNAL, Gilberto. 2012. “Nuevos derechos humanos: ni derechos, ni humanos. Viejos deberes: culpables olvidos”. *En: Persona y bioética*, vol. 16, número 2, p. 81.

⁴⁹⁹ FANTOVA, F. 2008. “Sistemas públicos de servicios sociales: nuevos derechos, nuevas respuestas”. *En: Cuaderno Deusto de Derechos Humanos*, Núm. 49. Bilbao, Universidad de Deusto, p. 32.

⁵⁰⁰ WOLKMER, A. C. y WOLKMER, M. F. 2012. “Pluralismo, nuevos derechos y movimientos críticos en la teoría jurídica de Latinoamérica”. *En: Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Abril 2012, N°6 (Acceso a la Justicia), Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP, p. 194.

hallado en la calle”, iniciado por Roberto Lyra Filho en la Universidade de Brasília, que trata de encontrar el derecho en el espacio público, en las reales demandas de la población, sin que sea necesario seguir el derecho constitucional, o la propia Ley.

También podemos citar el “Derecho Alternativo”, que comenzó en España e Italia en las décadas del 60 y 70 y que se diseminó en Brasil, principalmente entre los magistrados del estado de Rio Grande do Sul, cuyo objetivo es una interpretación pragmática de la ley, que puede ser moldeada por el intérprete.⁵⁰¹

Todas estas corrientes relativizan el derecho y pueden llegar a poner en riesgo la propia democracia, todo en nombre de las demandas sociales y del activismo judicial desmedido.

En el caso del mínimo vital, no estamos frente a una nueva demanda que no había sido percibida antaño y que surgió como un nuevo clamor social. La preocupación con los mínimos es algo que se confunde con la propia organización del hombre en sociedad, y que pasó a ser responsabilidad del

⁵⁰¹ Ver trabajos como BUENO DE CARVALHO, A. 1999. *Direito alternativo em movimento*, 3a edição. Niterói (Rio de Janeiro), LUAM Ed. LIMA DE ARRUDA JÚNIOR, E. 1997. *Direito alternativo: tópicos para superar (pré) conceitos e (pré) Juízos*. En: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, 9(4) 33-42, out./dez de 1997. Y también la Revista do Núcleo de Estudos de Direito Alternativo de la Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" [en línea] disponible en <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/issue/view/64/showToc>> [consulta: 05 enero 2017].

Estado para no dejar que el problema que afecta a tantas personas dependiera de la caridad particular.

El mínimo vital debe ser tutelado para todas las personas, independiente de si se encuentran en situación de vulnerabilidad o no, si ejercen actividad remunerada o tienen otro tipo de renta o no, y aunque su contenido es determinado por el estándar de vida digno en dado tiempo y en dado lugar, no por esto estamos frente a una nueva demanda nunca antes percibida.

Clifford Bob, comenta que:

“Se argumenta que la aparición de nuevos derechos implica cuatro actividades distintas que se superponen. En primer lugar, los grupos politizados enmarcan vulneraciones largamente sentidas como exigencias normativas. En segundo lugar, se colocan estos derechos en la agenda internacional por convencer a los guardianes en las principales organizaciones de derechos a aceptarlos. Esto es crucial porque un puñado de organizaciones no gubernamentales y las organizaciones internacionales tienen mucho efecto en la certificación de los nuevos derechos. En tercer lugar, los estados y los organismos internacionales, a menudo bajo la presión de los guardianes y los grupos agraviados, aceptan las nuevas normas. Por último, las instituciones nacionales aplican las normas.”⁵⁰²

Si consideramos esta línea, no podemos decir que el mínimo vital es un derecho que no había sido percibido, o que surgió por las mutaciones y la evolución sociales. El mínimo vital, que tiene sus raíces en la protección social y la adjudicación del Estado (que participa en la persecución del bien común aliado con la sociedad) de hacerse cargo de las personas en situación de pobreza, es

⁵⁰² BOB, C. 2008. *The International Struggle for New Human Rights*, University of Pennsylvania Press, p. 07.

un concepto que surgió desde hace mucho tiempo. La discusión sobre lo necesario para vivir dignamente, como estudiamos, no es una teoría nueva que las organizaciones de derechos humanos están apuntando como una necesidad emergente. Tampoco se puede afirmar, que la presión social de estas organizaciones de derechos humanos fue responsable por generar el cambio en la tutela del mínimo vital en los países, ya que esta protección viene ganando aceptación por la doctrina y jurisprudencia como un concepto que surge de la interpretación conjunta de los derechos a la vida, la dignidad humana, la libertad y la igualdad, que tampoco son derechos emergentes.

Otra perspectiva que debe ser considerada es la planteada por Liliana Galdámez, que acertadamente demuestra que la construcción de nuevos derechos es un problema frente a crisis económicas porque se debilitan en estos contextos críticos.⁵⁰³ Es decir, el planteamiento de nuevos derechos es desfavorable a su propia protección, ya que tienden a desaparecer o debilitarse cuando el país en que se ha desarrollado se enfrenta a una crisis económica. Buscar nuevos contenidos dogmáticos en derechos tradicionales, como la libertad, la integridad, la igualdad, la dignidad humana, es mucho más eficaz, ya que estos derechos no sufren debilidad alguna frente a crisis económicas.⁵⁰⁴

⁵⁰³ GALDÁMEZ ZELADA, L. 2015. "Constitución, Estado Social y Crisis Económica". En: SQUELLA NARDUCCI, A. y ARRIAGADA CÁCERES, M. B. 2015. *Sobre los Derechos Sociales*, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Número Especial, p. 360.

⁵⁰⁴ *Ibídem*.

Ergo, consideramos que el mínimo vital no es un derecho autónomo, sino un principio jurídico derivado de una interpretación constitucional que tiene un contenido axiológico privilegiado (por ende con mayor fuerza argumentativa), que debe ser ponderado una vez que se le invoque en juicio.

Expuestos estos argumentos, reconocer el mínimo vital como un nuevo derecho autónomo no es una solución viable, pues debilitaría su tutela, que ya tiene bases jurídicas sólidas en su surgimiento. Además, dentro del escenario que tenemos hoy día, con relación a su inexistencia expresa en un tratado internacional o en un texto constitucional, no hay abertura para afirmar esta autonomía.

Como dijimos, nos posicionamos a defender el mínimo vital como un principio jurídico, que surgió de la interpretación constitucional de los derechos a la vida, la dignidad humana, la igualdad y la libertad, siendo materializado a través del esfuerzo de toda la sociedad por medio de un Estado proactivo. Por ende, es menester demostrar por qué optamos por definirlo como un principio, y no como una regla o un valor.

2.9 El mínimo vital como principio jurídico

Algo que siempre preocupa a los juristas cuando están frente a una disposición que puede tener aplicación en la práctica judicial es la naturaleza

jurídica de tal disposición. La naturaleza jurídica permitirá al jurista dar el debido tratamiento al mínimo vital, y conocer sus límites de aplicación. Para esto, utilizaremos los conceptos de regla, valor y principio, de forma a aclarar la naturaleza jurídica del mínimo vital y posibilitar la mejor tutela para este concepto.

2.9.1 El mínimo vital no es un valor

¿Podría el mínimo vital ser considerado como valor? Si se establece la diferencia propuesta por Alexy entre valor y principio, tenemos que el principio es lo “debido” y el valor es lo “mejor”.⁵⁰⁵ “Lo que en el modelo de los valores es lo mejor *prima facie*, en el modelo de los principios es debido *prima facie*; y lo que en el modelo de los valores es lo mejor en definitiva, en el modelo de los principios es debido en definitiva. De esta manera, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud del carácter deontológico de los primeros y del carácter axiológico de los segundos.”⁵⁰⁶ Un valor será siempre algo que está por sobre todo, aunque el principio clame por su rebaja en el caso concreto.⁵⁰⁷

Considerar el mínimo vital como valor, sería lo mismo que atribuirle el carácter de absoluto, o en las palabras de Rafael de Lazari, atribuirle la

⁵⁰⁵ ALEXY, R. 2014. *Op. Cit.*, p. 125.

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

⁵⁰⁷ DE LAZARI, R. 2016. Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma Constitucional em face da realidade, 2ª edição – revista e atualizada. Curitiba, Juruá Editora, p. 67.

característica de una cláusula afirmativa indiscriminada.⁵⁰⁸ Esta visión permitiría aplicar el mínimo vital en toda y cualquier situación llevada al conocimiento del Poder Judicial, sin más. Es decir, se retiraría toda la discrecionalidad del juzgador cuando existiere un conflicto que involucre el mínimo vital.

De ser así, una vez que alguien demandase al Estado por una prestación positiva en materia de alimentación y la fundamentara en el mínimo vital, por ejemplo, el Poder Judicial jamás podría negarse a concederla, y debiera – siempre– obligar al Estado al pago de la alimentación mínima, independiente de las posibilidades presupuestarias del ente público. Esto porque, el valor no puede ser evaluado, es siempre lo mejor, y está por sobre todo lo demás en el orden jurídico.

No obstante, esto no funciona así. En el caso de demandas prestacionales del mínimo vital su contrapunto para la ponderación es la reserva de lo posible (que estudiaremos en el punto 2.10). Las situaciones concretas deben ser evaluadas para reconocer si efectivamente hay una situación que permite la concesión de una prestación fáctica fundamentada en el mínimo vital, o si este argumento fue utilizado sin precedentes.

Por lo expuesto, hay que rechazar de inmediato la naturaleza jurídica de valor al mínimo vital.

⁵⁰⁸ DE LAZARI, R. 2016. *Op. Cit.*, p. 113.

2.9.2 El mínimo vital no es una regla

La siguiente posibilidad con respecto a la naturaleza jurídica del mínimo vital es considerarlo como una regla jurídica. Nuevamente, vamos a Alexy para comprender que las reglas “exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si este no es el caso, entonces lo que la regla establece tiene validez definitiva.”⁵⁰⁹

Dworkin nos acuerda que las reglas utilizan un criterio de todo o nada, es decir, si tienen validez se aplican y si no, no se aplican. Según Dworkin, “si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.”⁵¹⁰

Para el autor, cuando existe un conflicto entre reglas, una de ellas simplemente no puede ser válida⁵¹¹, ya que una de las dos reglas sustituye la otra en virtud de criterios específicos para los conflictos de esta naturaleza.

El problema del conflicto de las reglas se soluciona a través de criterios como “*lex superior derogat legi inferiori*”; “*lex posterior derogat legi priori*”; y “*lex*

⁵⁰⁹ ALEXY, R. 2014. *Op. Cit.*, p. 80.

⁵¹⁰ DWORKIN, R. 1989. *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino. Barcelona, Editorial Ariel, p. 75.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 78.

especialis derogat legi generali".⁵¹² Con estos criterios, resulta muy difícil comprender al mínimo vital como regla, teniendo en cuenta que su contenido es variable, depende del lugar dónde se aplica y del tiempo. La idiosincrasia de la sociedad influencia el contenido de este derecho, y la extensión de su contenido dependerá del grado de satisfacción alcanzado por esta sociedad.

Por esta razón, "sería mucho más plausible la idea del mínimo como regla si se supiera qué es lo que lo integra. Y como esto no ocurre, será necesario ponderar anticipadamente los derechos, para conocer qué, en el caso concreto, está consubstanciado en el mínimo."⁵¹³

El segundo argumento, presentado por De Lazari, es que el mínimo vital está conectado a la dignidad humana (y esto fue debidamente tratado en el capítulo 1 de nuestra tesis), y si es así, la dignidad humana que no puede ser vulnerada, no puede estar sujeta a reglas de todo o nada.⁵¹⁴

El mínimo vital como regla, con la aplicación del todo o nada, consideraría la hipótesis de que en algunos casos el "todo" prevalecería (es decir, el reconocimiento del pedido del autor), pero en otras situaciones, el "nada" se impondría (es decir, la negación completa de la pretensión del demandante), y esta situación desconsideraría la posibilidad de un "medio término" entre la

⁵¹² ALEXY, R. 2014. *Op. Cit.*, p. 70.

⁵¹³ DE LAZARI, R. 2016. *Op. Cit.*, p. 115.

⁵¹⁴ *Ibidem*.

necesidad no tan grande del que demanda y la insuficiencia presupuestaria no tan crítica del que debe proveer algún derecho social prestacional, por ejemplo, conectado al mínimo vital.⁵¹⁵

Concluimos que el mínimo vital, que necesita de ponderación en el caso concreto, tampoco puede tener la naturaleza jurídica de una regla.

2.9.3 El mínimo vital como principio

Después de verificar las posibilidades anteriores y su respectivo rechazo, queda verificar la posibilidad de comprender el mínimo vital como un principio jurídico.

Según Robert Alexy “los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos.”⁵¹⁶

Los principios exigen la máxima realización posible dentro de la estructura del ordenamiento jurídico. Pueden ser cumplidos en diferentes grados, dependiendo de las posibilidades reales y jurídicas. Estos límites reales y

⁵¹⁵ DE LAZARI, R. 2016. *Op. Cit.*, p. 116.

⁵¹⁶ ALEXY, R. 2014. *Op. Cit.*, p. 68.

jurídicos son determinados por las reglas de derechos y por los principios que juegan en sentido contrario, lo que implica el uso de la ponderación para solucionar los conflictos entre principios jurídicos.

En este sentido, se elimina el criterio del todo o nada –utilizado para las reglas– que no permite un medio término para solucionar el caso concreto. El decisor, se aprovecha de la elasticidad de contracción y avance del uso de un determinado principio para no sacrificar por completo ningún principio aplicable al caso.

Los principios sirven de fundamento e inspiración para el legislador, sirven como forma de integración de las normas, eliminando las lagunas y omisiones del ordenamiento jurídico, y sirven como orientación en la exégesis de la norma. Así, se resume la tríplice función de los principios, informativa, normativa e interpretativa.⁵¹⁷

Es fundamental reconocer que existe una diferencia entre reglas y principios. Aunque existan autores que critican tal diferencia, abogando por la pérdida de protagonismo de esta distinción⁵¹⁸, la didáctica de la clasificación es actual y merece el estudio pormenorizado, porque permite utilizar diferentes criterios para dirimir los conflictos existentes entre unos y otros.

⁵¹⁷ SQUELLA NARDUCCI, A. 2000. Introducción al Derecho. Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, pp. 286 y ss.

⁵¹⁸ Ver ATRIA, F. 2000. “Las circunstancias de la derrotabilidad”, *En: Revista de ciencias sociales*, N° 45, Valparaíso, Edeval, p. 464.

Dworkin afirma que “los principios tienen una dimensión que falta a las normas: la dimensión de peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (...) quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia.”⁵¹⁹

Parece conclusivo que tratar el mínimo vital como principio es acertado, en la medida que se extrae de su contenido la imposibilidad de universalización. El mínimo vital no puede ser asegurado judicialmente sin considerar el contexto en que se aplica, la idiosincrasia de la sociedad donde se propone una demanda, lo que es ofrecido por el Estado con relación a su contenido establecido, y los déficits en materia de derechos fundamentales del lugar en cuestión.

El mínimo vital debe ser ponderado (principalmente en su prisma positivo/prestacional), y para esto es menester el análisis del grado de esencialidad y del grado de excepcionalidad de la pretensión.⁵²⁰ Gustavo Amaral explica que el aplicador de la norma deberá ponderar ambos elementos, de modo que si la esencialidad es mayor que la excepcionalidad, el objeto de la demanda debe ser concedido, de lo contrario, la discrecionalidad del Estado en elegir cómo

⁵¹⁹ DWORKIN, R. 1989. *Op. Cit.*, p. 77 y 78.

⁵²⁰ AMARAL, G. 2001. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.* Rio de Janeiro, Renovar, pp. 215-216.

aplicar sus recursos será legítima, impidiendo que el Poder Judicial se inmiscuya en la materia.⁵²¹

No obstante, tratar el mínimo vital como principio lleva a una discusión aún más amplia, y peligrosa. Si el mínimo vital es un principio, significa que puede ser desconsiderado en una ponderación hermenéutica constitucional, y existen tesis que consideran que el mínimo vital no puede ser rechazado cuando el Estado invoca la reserva de lo posible.⁵²² Por ende, la posibilidad de ser rechazado retiraría del mínimo vital el motivo principal de su nacimiento.⁵²³

En definitiva esto no es así. El mínimo vital tiene alta carga valorativa por estar vinculado a otros principios fundamentales de las constituciones modernas (la vida, la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad), y es igualmente cierto que esta no es una característica exclusivamente suya; ya que estos mismos principios citados tienen su alta carga axiológica y su conexión entre ellos mismos. Empero, no se puede considerar el mínimo vital como un principio cualquiera, él es dotado de esta carga compleja que debe ser considerada como una ventaja en la protección de su contenido.

⁵²¹ AMARAL, G. 2001. *Op. Cit.*, pp. 215-216.

⁵²² Ver por ejemplo el argumento del Supremo Tribunal Federal brasileño en BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso Mello. *Op. Cit.*, que afirma “cumple advertir, así, que la cláusula de la ‘reserva de lo posible’ —considerada la ocurrencia de justo motivo objetivamente verificable— no puede ser invocada por el Estado con la finalidad de exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, especialmente cuando, de esa conducta gubernamental negativa, pueda resultar la nulidad o, incluso, la aniquilación de derechos constitucionales impregnados de un especial sentido de fundamentalidad.” Traducción nuestra del original en portugués.

⁵²³ DE LAZARI, R. 2016. *Op. Cit.*, p. 117.

Por alguna razón se habla en un mínimo para la vida digna. En este caso, una vez identificada la necesidad de protección del contenido del mínimo vital, el magistrado deberá considerar su ventaja para la protección de los intereses de las personas, siempre y cuando cualquier acto pueda vulnerar su mínimo vital, con la misma lógica que existe en el principio de protección en materia laboral, que busca el equilibrio perfecto en una relación donde una de las partes está en clara ventaja y la otra es la hiposuficiente.⁵²⁴

Para rechazar la pretensión deducida en una demanda judicial, el argumento contrario deberá estar perfectamente fundamentado en los criterios que analizaremos en seguida con la reserva de lo posible, y además deberá estar dotado de un *onus* argumentativo mayor para que se pueda acogerlo. Es lo que De Lazari comenta cuando ejemplifica que si el mínimo vital tiene una fuerza axiológica “X”, el contra-argumento deberá presentar un contenido axiológico que sea, por lo menos “X+1”.⁵²⁵

Así, Daniel Sarmiento afirma que “será prácticamente imposible, por ejemplo, justificar la no extensión del saneamiento básico para una determinada comunidad carente, cuando el Poder Público esté gastando de forma contundente en publicidad u obras faraónicas. En otras palabras, la inserción de

⁵²⁴ Para ver más sobre la ventaja protectora en materia laboral: PLÁ RODRIGUEZ, A. 2015. Los principios del derecho del trabajo, edición al cuidado de Hugo Barreto Ghione, 4ª edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 73-90.

⁵²⁵ DE LAZARI, Rafael. 2016. *Op. Cit.*, p. 118.

determinada prestación en el ámbito del mínimo existencial tiende a desequilibrar la ponderación de intereses para favorecer la concesión del derecho vindicado. Pero no existe un derecho definitivo a la garantía del mínimo existencial, inmune a una ponderación y a la reserva de lo posible.”⁵²⁶

En este mismo sentido, Allard Soto, Hennig Leal y Galdámez Zelada comentan que cuando el Supremo Tribunal federal brasileño concede indiscriminadamente los objetos de pretensión judicial en materia de salud, bajo el argumento del mínimo vital en contra de la reserva de lo posible (como explicado anteriormente), “es extremadamente positivo que esos derechos encuentren su realización, pero ella no se puede dar de forma desconectada de la realidad, sin tomar en cuenta los eventuales impactos en otros ámbitos o la viabilidad de garantía de otros derechos o de otras personas (especialmente de la colectividad), igualmente importantes.”^{527 528}

⁵²⁶ SARMENTO, D. 2010. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. En: NOVELINO, M. (org.). 2010. *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*, 4ª edição, Salvador, JusPODIVM, p. 419.

⁵²⁷ ALLARD SOTO, R.; HENNIG LEAL, M.; GALDAMEZ ZELADA, L. 2016. “El Derecho a la Salud y su (Des)protección en el Estado Subsidiario”. En: *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 14, n. 1, p. 95-138, jul. 2016. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000100004&lng=es&nrm=iso> [consulta: 25 agosto 2016].

⁵²⁸ En sentido contrario, acompañando la sentencia del STF brasileño, tenemos a Reinhard Gaier que es favorable al carácter absoluto del mínimo, no aplicándose la reserva de lo posible. No estamos de acuerdo con este criterio por las razones ya expuestas. Ver GAIER, R. 2011. *Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível*. II Seminário Internacional Brasil-Alemania (Florianópolis/SC). Centro de Estudios Judiciales (cej) del Consejo de la Justicia Federal (cjf), Brasília: Serie Cuadernos cej, 27.

Concluimos que definitivamente el mínimo vital es un principio y debe ser utilizado en vía judicial a través de las características que ofrece esta categoría normativa. Pero, es un principio con una carga valorativa preponderante, que para ser rechazado deberá tener en contra una justificación plausible (reserva de lo posible), que demuestre que su rechazo considera la protección de otros derechos fundamentales de forma mucho más amplia de lo que se daría con su concesión en el caso concreto.

2.10 Mínimo vital y la reserva de lo posible

Una vez identificada la responsabilidad del Estado por proteger el mínimo vital, establecido su contenido, e identificado el mínimo vital como un principio jurídico extraído de la interpretación constitucional de los derechos a la dignidad humana, la vida, la libertad y la igualdad, que se materializan a través de un Estado activo que se fundamenta en el principio de la solidaridad, cabe ahora detenerse para complementar que el mínimo vital, aunque sea un principio con alta carga axiológica que concede ventajas en la ponderación, no es un principio absoluto, como ningún principio lo es.

El contrapunto del mínimo vital es la reserva de lo posible, que es la traducción de la expresión *Vorberhalt des Möglichen* utilizada por el Tribunal

Constitucional de Alemania (BVerGE 33, p. 303/33) en 1972 y adoptada igualmente por la doctrina germana.⁵²⁹

La tesis del Tribunal Constitucional alemán es que las decisiones incondicionadas en determinadas materias, a favor de quien la pide, puede originar un altísimo volumen de acciones idénticas en el Poder Judicial, transformando esta vía de discusión del derecho –inicialmente vista como una vía segura– en excesos, por la plena incapacidad de la Administración de atender a todas las determinaciones judiciales.⁵³⁰

Cuando hablamos de la judicialización de los derechos sociales en el primer capítulo, apuntamos la necesidad de coordinar las acciones judiciales con el Poder Ejecutivo. Una vez que existiere una respuesta positiva del Ejecutivo, las decisiones del Poder Judicial incentivarán a otros actores en la búsqueda por la tutela de sus derechos por esta vía.⁵³¹

Consecuentemente, una vez que la Administración Pública identifique que resulta más costoso responder a las demandas judiciales que modificar las políticas públicas que concretizan los derechos sociales, resultará más viable, desde la eficiencia económica, mejorar la prestación positiva del derecho

⁵²⁹ Ver ISENSEE, J. 1980. “Verfassung ohne soziale Grundrechte”. *En: Der Staat*, 191:371; y BADURA, P. 1975. “Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland”. *En: Der Staat*, 14/27.

⁵³⁰ DE LAZARI, R. 2016. *Op. Cit.*, p. 77.

⁵³¹ BRINKS, D. 2010. *Op. Cit.*, p.04.

vulnerado que seguir esperando por más decisiones judiciales de cumplimiento forzoso y caro.⁵³²

De esta forma, lo que la reserva de lo posible intenta hacer con los derechos sociales en su prisma prestacional –que son importantes para el mínimo vital, por ser parte de su contenido–, es encontrar un punto de equilibrio que permita a la Administración Pública seguir trabajando en atención a todos los demás derechos a través de sus políticas, sin causar mayores problemas en el presupuesto público.

Sin embargo, tal cual hicimos con el mínimo vital, será necesario analizar cuál es la naturaleza jurídica de la reserva de lo posible, para saber la forma correcta con que el Estado puede invocar este argumento en su defensa. Por el estudio que hicimos en el punto 2.9, el camino aquí será más corto, ya que al discutir la viabilidad de encajar al mínimo vital como valor, principio o regla, la doctrina necesaria para este efecto será plenamente válida para la reserva de lo posible.

En pocas palabras, la reserva de lo posible jamás podría ser considerada como un valor. El valor, establecido como lo mejor a ser utilizado en el caso concreto, generaría el “riesgo de supremacía de la negación a la aplicación de los derechos fundamentales sociales que tal clasificación puede causar.”⁵³³

⁵³² BRINKS, D. 2010. *Op. Cit.*, p. 310.

⁵³³ DE LAZARI, R. 2016. *Op. Cit.*, p. 68.

Si fuera así, la reserva de lo posible siempre sería siempre la tesis vencedora cuando se pide cualquier prestación positiva en materia de derechos sociales, inviabilizando cualquier tipo de demanda en este sentido.

Por otro lado, también podemos rechazar la posibilidad de comprender la reserva de lo posible como una regla, para evitar el criterio del “todo o nada” que planteó Dworkin y que tratamos anteriormente. Comprenderla como regla, nos llevaría a ver situaciones en que analizada la demanda de contenido positivo del mínimo vital, el Estado se defendería con la reserva de lo posible, y habría dos únicas alternativas para la solución: o se acoge el argumento del Estado y se rechaza completamente la demanda dejando al demandante sin la prestación fáctica, o se rechaza completamente el argumento del ente estatal concediendo la totalidad de la pretensión deducida en juicio, lo que podría llevar a complicaciones financieras para el Estado. Por ende, la clasificación como regla no permitiría una tercera vía, propuesta por el juzgador en el sentido de equilibrar ambos puntos de vista, si fuera posible en el caso concreto.

La única alternativa viable en esta materia es verlo como un principio jurídico. De Lazari afirma que para que exista la “subsistencia de la reserva de lo posible como principio ella debe ser opuesta (y contra ella se deben oponer) otras normas principiológicas en el sentido de llegar a ‘lo que es debido’ sin que esto signifique un sacrificio eterno para una de las partes.”⁵³⁴

⁵³⁴ DE LAZARI, R. 2016. *Op. Cit.*, p. 72 (traducción nuestra del original en portugués).

Entonces, hasta el momento, podemos comprender que la reserva de lo posible ha surgido como una forma de protección del Estado para el uso indiscriminado de acciones judiciales que tienen por objetivo la satisfacción positiva de un derecho prestacional, y que su naturaleza jurídica es la de un principio jurídico, por permitir una ponderación en el caso concreto.

Si esto es así, necesitamos saber cuándo y cómo puede el ente estatal utilizar este principio en su defensa sin que esto se configure también como un uso indiscriminado y sin razones plausibles para negar el derecho pretendido por el demandante.

2.10.1 Base jurídica de la reserva de lo posible

Cuando estudiamos el mínimo vital, llegamos a la conclusión que este principio extrae sus bases de los derechos a la dignidad humana, la vida, la libertad, la igualdad, y que se materializa por el principio de la solidaridad. Definimos el mínimo vital como un principio jurídico con dimensiones positivas y negativas, y establecimos su contrapunto para la ponderación es la reserva de lo posible.

Para utilizar correctamente la reserva de lo posible como un principio jurídico, será trascendente conocer su base jurídica, tal cual lo hicimos con el mínimo vital.

Como un principio utilizado para la ponderación de la dimensión prestacional de los derechos fundamentales, el Estado deberá utilizarlo correctamente, para justificar la opción por el uso del presupuesto público en la garantía de los derechos fundamentales a través de las políticas públicas.

Es común que los “países en fase de desarrollo, como es el caso brasileño y de otras repúblicas del Sur y Centroamérica, por ejemplo, tienden a prever en sus textos constitucionales derechos fundamentales en demasía, como sana medida a la mantención de sus recientes y/o frágiles democracias.”⁵³⁵

Por esta razón, se forma el escenario propicio a la judicialización de los derechos fundamentales, entre ellos los de segunda dimensión, como hemos visto en el Capítulo 1; principalmente, en el caso brasileño donde demostramos la existencia de muchas herramientas procesales para solicitar del Poder Judicial una solución concreta para las demandas por derechos sociales de prestación.

Sin embargo, no es menor recordar la máxima de la economía: las necesidades son infinitas, pero los recursos son finitos.⁵³⁶ Cuando una constitución promete demasiado, se olvida que para cumplir todo lo que ha positivado en su texto dependerá de recursos del erario público.

⁵³⁵ DE LAZARI, R. 2016. *Op. Cit.*, p. 57 (traducción nuestra del original en portugués).

⁵³⁶ LARROULET, C. y MOCHÓN, F. 1995. *Economía*. Santiago (Chile), McGraw-Hill, p. 37.

Esta situación puede llevar a una frustración colectiva, tal cual la explicó Konrad Hesse: “se promete, entonces, en la Constitución, algo que no se puede cumplir y, de esta forma, puede que esperanzas, que se refieren a determinaciones de objetivos estatales en la Constitución, sean fácilmente frustradas.”⁵³⁷ Esto lo advierte también Bruce Ackerman, cuando señala que la previsión constitucional de los derechos sociales corre el riesgo de convertirse en un ejercicio de futilidades.⁵³⁸

Por lo tanto, cabe a la Administración Pública gestionar el erario de forma a cumplir con todos los objetivos del Estado, y en muchos casos, determinar las prioridades en la aplicación de los recursos necesarios para satisfacer las demandas por los derechos fundamentales.

Si es el Estado quien determina cómo se efectuarán los comandos prestacionales contenidos en la norma, él es el único que puede utilizar la reserva de lo posible como forma de defensa, cuando comprenda que no es capaz de atender a la solicitud del demandante. Esta primera observación, limita el uso de la reserva de lo posible por los particulares, cuando, por ejemplo, un particular es ejecutado en juicio para pagar una cuantía cierta y quiere defenderse utilizando este principio.⁵³⁹

⁵³⁷ HESSE, K. 1998. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, p. 171.

⁵³⁸ ACKERMAN, B. 2007. La nueva división de poderes. México, Fondo de Cultura Económica, pp. 121-122.

⁵³⁹ DE LAZARI, R. 2016. *Op. Cit.*, p. 61.

El uso exclusivo de la reserva de lo posible por parte del ente estatal se justifica por las bases de este principio jurídico, cuáles sean: el principio democrático, ya que es el Estado el legitimado a gestionar la conducción de la sociedad bajo su tutela; la discrecionalidad administrativa; y la separación de funciones.

Gaier igualmente concluye de esta forma, cuando afirma que la reserva se fundamenta en la autolimitación judicial (*judicial selfrestraint*) gravitada en el principio de la división de funciones. El autor comenta que la aplicación de la reserva de lo posible no tiene lugar donde no se exige la protección del margen de discrecionalidad inherente a otros poderes del Estado.⁵⁴⁰

Por ende, la separación de funciones, la discrecionalidad administrativa y el principio democrático son las bases jurídicas que justifican la reserva de lo posible. Empero, no se puede olvidar que al tratar del mínimo vital, confirmamos su posición de ventaja frente a la reserva, que no podrá ser invocada como una “defensa genérica” del Estado para todos los casos en que se demande una prestación fáctica.

Por esta razón, estudiaremos ahora los criterios para el uso correcto de la reserva de lo posible, de forma a reconocer la ventaja que tiene el mínimo vital

⁵⁴⁰ GAIER, R. 2011. *Op. Cit.*

en la ponderación, sin que esto transforme cualquiera de los dos principios en criterios absolutos.

2.7.2 Criterios para el uso de la reserva de lo posible

Cuando se demande el ente estatal por prestaciones fácticas relacionadas con los derechos fundamentales que componen el contenido del mínimo vital, no se podrá simplemente alegar la reserva de lo posible como una defensa genérica, sin fundamentos. Será necesario que se compruebe una serie de factores para que este argumento tenga lugar.

Primeramente, el Poder Judicial deberá considerar que las demandas por las prestaciones positivas relacionadas con el mínimo vital contienen una alta conexión con la realidad. El mínimo vital, como ya estudiado, no tiene un contenido universal, y depende mucho de la forma como el propio Estado satisface los derechos que considera como parte del contenido del mínimo para una vida digna –entre ellos los derechos sociales prestacionales– a través de sus políticas públicas.

Analizando la situación particular del demandante, se podrá verificar si los “mínimos” están debidamente cumplidos o si existe efectivamente un déficit prestacional relacionado con los derechos que componen el concepto de mínimo vital en aquella sociedad. La conexión con la realidad debe llevar al magistrado

al análisis pormenorizado de los elementos de la demanda para preservar el carácter abierto de la interpretación constitucional.

Peter Häberle afirma que en el proceso de interpretación constitucional están vinculados todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. Por ende, no se debe establecerse un rol cerrado o previamente fijado de forma taxativa de los intérpretes de la Constitución.⁵⁴¹ Para Häberle, quien vive la norma termina por interpretarla o por lo menos co-interpretarla, luego, es impensable una interpretación constitucional sin el ciudadano activo y sin las potencias públicas mencionadas.⁵⁴²

Entonces, el primer punto para la ponderación se dará a través de un diálogo dinámico entre los actores involucrados, para poder interpretar el contenido constitucional y determinar si el contenido solicitado es parte del mínimo vital (siempre y cuando no exista una definición clara del legislador sobre este contenido). Para esto, hay que analizar los elementos que componen el mínimo vital, la forma como el Estado garantiza estos mínimos, y el orden de prioridad que tiene cada elemento en las políticas públicas.

En seguida, identificado que estamos frente a una demanda por una prestación relacionada con el contenido del mínimo vital, si el Estado alega como

⁵⁴¹ HÄBERLE, P. 1997. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, p. 13-14.

⁵⁴² *Ibidem*.

defensa la reserva de lo posible, el Poder Judicial deberá verificar si se trata de una alegación sin fundamentos o si fue demostrado, a través de pruebas contundentes, que en el manejo presupuestario del erario público no hay una posibilidad real de atender la petición por una prestación positiva, y que el Poder Público ha priorizado, en su gestión, la inversión de los recursos financieros en políticas que objetivan atender de la forma más eficiente posible los derechos fundamentales.⁵⁴³

Posteriormente, hay que verificar el grado de importancia de los elementos contrapuestos. En este punto, hay que recordar que el mínimo vital tiene una posición de ventaja en la ponderación, por la fuerza axiológica de las bases jurídicas que le dan existencia. Por esta razón, si el mínimo vital tiene una fuerza axiológica "X", el contra-argumento (la reserva de lo posible) deberá presentar un contenido axiológico que sea, por lo menos, "X+1".

Por consiguiente, para negar la prestación fundamentada en el mínimo vital, el Estado tendrá que demostrar que en su gestión presupuestaria tiene inversiones prioritarias en prestaciones de derechos fundamentales, que son más importantes que la pretensión del demandante, y que si fuera obligado a cumplir con una posible ejecución judicial, desatendería otras prioridades de contenido

⁵⁴³ DE LAZARI, R. 2016. *Op. Cit.*, p. 186.

axiológico más fuerte. Si no es así, el argumento de la reserva debe ser descartado.⁵⁴⁴

Si ambos argumentos tienen el mismo contenido axiológico, el próximo paso es verificar si el Estado, reconociendo que ambos argumentos contienen el mismo valor, quiso transferir el *onus probatorio* para el particular, y así dificultar su acceso al bien jurídico solicitado. Si se reconociera que la estrategia judicial del ente estatal fue transferir el *onus probando* al particular, el argumento del Estado debe ser rechazado para evitar perjuicio al demandante.⁵⁴⁵

El último paso es verificar de forma contundente si los datos financieros presentados por el Estado son verdaderos, es decir, que no son datos “mascarados” para justificar su negativa en atender a la demanda del individuo.⁵⁴⁶

En resumen, los criterios a analizar son: si se trata de un caso efectivo de una demanda por una prestación relacionada con el contenido del mínimo vital; si el Estado fundamenta su respuesta con datos concretos, y no solamente alega la reserva de lo posible sin más; si los datos son fidedignos y se comprueba que el ente estatal gestiona correctamente los recursos públicos sin priorizar gastos innecesarios, y buscando la eficiencia en la prestación y garantía de los derechos fundamentales a través de sus políticas públicas; si se verifica que el contenido

⁵⁴⁴ DE LAZARI, R. 2016. *Op. Cit.*, p. 186.

⁵⁴⁵ *Ibidem.*

⁵⁴⁶ *Ibidem.*

axiológico de los argumentos es, por lo menos, equivalente; y si se comprueba que el Estado no está transfiriendo el *onus probandi* al demandante, resta al juzgador ponderar los argumentos y buscar la solución más adecuada a la realidad, equilibrando la solicitud del individuo con la posibilidad real del Estado, sin descartar completamente uno u otro principio jurídico.

Con estos criterios, será posible preservar la preferencia del mínimo vital –sin considerarlo como criterio absoluto, por ser completamente ajeno a las posibilidades reales del erario público en el caso concreto– y verificar, al mismo tiempo, si se hace un buen uso de la reserva de lo posible.

Obviamente, aquí, estamos tratando del contenido positivo del mínimo vital, que considera la prestación fáctica de determinados derechos fundamentales, según el caso concreto. Cuando tratamos de la dimensión negativa del mínimo vital (como una defensa contra el actuar del Poder Público en desmedro del mínimo para la vida digna de una persona) el ente público no podrá utilizar la reserva de lo posible en su defensa.

2.11 Conclusiones

En este capítulo abordamos el eje central de la tesis, cuyo problema a investigar comprendió determinar cómo se configura el mínimo vital, cuál es su origen, alcance y restricciones.

Para esto, planteamos y contestamos algunos temas, primero cuándo surgió la preocupación del Estado por hacerse cargo de un mínimo de sobrevivencia a los ciudadanos.

Vimos que existen manifestaciones muy antiguas que demuestran la preocupación del Estado con respecto a un mínimo para la vida digna, principalmente a través de la *Lex Sempronia Frumentaria* en Roma, año 123 a.C.

En la Edad Media, igualmente encontramos manifestaciones con respecto al deber del Estado para hacerse cargo de las personas en situación de penuria, entre los cuales citamos a Juan Luis Vives. En esta época, la caridad se presentaba como un deber moral cristiano, pero la innovación de la obra de Vives apuntó a transferir esta carga para los gobernantes.

Esta preocupación con los mínimos siguió con las *Old Poor Laws* en 1579, la *Workhouse Test Act* de 1723, y el tan citado sistema de *Speenhamland* de 1795, que estableció la primera idea concreta de renta básica para la sobrevivencia de las personas bajo la tutela del Estado.

Con Robert Owen se rescató nuevamente esta propuesta de asistencia por parte del Estado (ya que los pobres no deberían ser abandonados a su propia suerte) y se idealizaron las comunidades cooperativas como solución para el problema de la pobreza.

Con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, la asistencia pública dejó de ser un fruto del sentimiento cristiano de amor al prójimo, para pasar a ser concebida como derecho natural de los ciudadanos. Este hito, modificó completamente la forma como el Estado debería posicionarse en la protección de los mínimo para la vida digna.

La Doctrina Social de la Iglesia Católica se sumó a esta evolución en materia del establecimiento de mínimos que deberían ser protegidos, y de la participación del Estado como principal deudor de la ayuda social. A partir de ahí, hoy día, el argumento de la necesidad de una fuerte presencia para participar en la vida social y auxiliar a los que se encuentran en situación de pobreza es corroborada con la fórmula del Estado Social implementada en muchos países, como visto en el Capítulo 1.

En esta capítulo, igualmente planteamos que la discusión sobre el mínimo vital está presente también en la teoría liberal que argumenta la participación del Estado activo en la protección del bienestar común. En esta ocasión analizamos a John Rawls, Joseph Raz y Jeremy Waldron como principales referencias en esta corriente doctrinaria.

Hemos hecho la advertencia de que, aunque la discusión sobre mínimos y el deber del estado en garantizarlos estuvo presente en la historia como una forma de protección de los más pobres, esto no refleja la realidad del concepto de mínimo vital moderno, que es debido y debe ser tutelado para todas las personas.

En seguida, estudiamos una definición de mínimo vital dada por el Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales, y sus respectivos problemas. Establecimos el marco de discusión entre el mínimo vital, el mínimo existencial, el mínimo social, el núcleo esencial de los derechos fundamentales, el *minimum core obligations*, la renta básica (de inserción o universal) y su relación con la asistencia social. Esta parte de nuestro trabajo fue fundamental para diferenciar el mínimo vital de estos conceptos, y así, estructurarlo de forma a darle la mejor tutela posible por parte del Estado.

Cuanto al contenido del mínimo vital, llegamos a la conclusión que no es viable el intento de establecer un contenido universal, ya que es menester verificar el estándar de vida y la garantía de los derechos fundamentales en cada sociedad en un momento cronológico, aunque es posible decir que existe un cierto consenso dentro una sociedad sobre lo que se considera como esencial para la vida digna, por ende, la participación ciudadana es importante para determinar este contenido. Luego, abogamos por mantener el contenido de

mínimo vital abierto, lo que no impide su judicialización (tema tratado en el Capítulo 1 de la tesis).

Demostramos que el mínimo vital tiene una dimensión positiva y otra negativa, que permite su manifestación en acciones prestacionales o como defensa contra la injerencia estatal en su contenido.

Analizamos dos modelos de configuración del mínimo vital, el modelo europeo y el modelo brasileño. Verificamos que la doctrina y la jurisprudencia de ambos modelos permiten identificar el mínimo vital como una construcción basada en la interpretación constitucional, que surge de la exégesis de los derechos a la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, y que se materializa a través de la actuación del Estado en un contexto de solidaridad.

El modelo europeo nos mostró la posibilidad de construir el mínimo vital en Estados cuya Constitución no tiene un catálogo amplio de derechos sociales (como el caso Alemán) a partir de principios generales, pero también en Constituciones que sí tienen en su texto la protección explícita amplia de los derechos de primera y segunda dimensión.

En el análisis del modelo europeo, visualizamos las dos dimensiones (positiva y negativa) del mínimo vital, corroborando con nuestra conceptualización anterior. Constatamos que en el modelo europeo, el mínimo para la vida digna no está libre de ponderación, y que esta ponderación se da

conjuntamente a la reserva de lo posible, en los casos en que hubo un pedido prestacional al Estado.

En el caso brasileño, muy influenciado por el derecho alemán, la fórmula de construcción del mínimo vital también se basa en los derechos a la dignidad humana, la igualdad, la vida y la libertad. En este modelo, tal cual se ha observado en Europa, el mínimo vital se materializará a través de un Estado proactivo, que genere las condiciones necesarias para proteger el mínimo vital en un contexto de solidaridad.

El Poder Judicial brasileño reconoce la posibilidad de violación constitucional por omisión, luego se constata la dimensión negativa del mínimo vital, y también acepta la dimensión positiva, concediendo prestaciones fácticas para su concretización.

En el modelo brasileño, la ponderación es reconocida como necesaria, por ende el mínimo vital no es un principio absoluto.

Estudiamos que no existen referencias constitucionales explícitas para la protección de mínimo vital y, por esta razón, no resulta viable considerarlo como un nuevo derecho autónomo, más bien, es una interpretación constitucional basada en los derechos a la vida, la dignidad humana, la libertad, la igualdad.

Para establecer su naturaleza jurídica, estudiamos si mínimo vital se conforma como una regla, un valor o un principio. Llegamos a la conclusión de

que es un principio jurídico ya que no es absoluto (para ser un valor), ni tampoco se puede decir que está sujeto al criterio del “todo o nada”, para ser una regla. Al contrario, necesita ponderación por la indeterminación de su contenido y la preservación de la autonomía individual. Lo que utilizará los criterios de concesión de derechos sociales vistos en el Capítulo 1, en los casos que permitan demandas por prestaciones fácticas relacionadas con el mínimo vital.

Establecer el mínimo como principio nos lleva a la necesidad de comprender cómo se relaciona el mínimo vital con la reserva de lo posible. En este caso vimos que la reserva es su contrapunto en la ponderación, cuando existiere una demanda por prestaciones positivas del Estado (prisma positivo del mínimo vital). Para la ponderación, la principal defensa del Estado es la reserva de lo posible, que debe considerar el mínimo vital con un principio preferente, y por ende, tendrá que utilizar los criterios anteriormente mencionados para que la reserva sea plausible en su defensa.

CAPÍTULO III - EL MÍNIMO VITAL Y LOS PROBLEMAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN ÓPTIMA EN CHILE

3.1 Introducción

Para poder comprender cómo surgió el mínimo vital a través de una construcción dogmática y jurisprudencial en Europa, tuvimos que partir del estudio de la forma de Estado y de la protección de los derechos fundamentales en este contexto. La evolución al Estado Social y Democrático de Derecho fue responsable por el cambio en la tutela de los derechos fundamentales (principalmente cuanto a los derechos sociales) y esta forma de comprender el ente público permitió reconocerlo como deudor del mínimo vital a todas las personas.

En el primer Capítulo, se ha demostrado que la evolución del Estado Liberal al Estado Social, posibilitó la reaproximación del Estado y la sociedad en la persecución del bien común. Igualmente se comprobó que la libertad dejó de ser vista como libertad negativa (no injerencia estatal) para ser promovida como real acceso a oportunidades. La igualdad en el Estado Social tampoco considera que todos están en las mismas condiciones de acceder a las oportunidades y bienes básicos para la vida digna, sino que considera las diferencias en la sociedad y establece el deber de actuar para permitir el mayor acceso posible a

las oportunidades y, por ende, mayor libertad para todos. También la solidaridad es establecida como principio de responsabilidad del Estado, que conjuntamente a la institucionalización y promoción de los derechos fundamentales, principalmente los de segunda dimensión, conforman el conjunto de características más deseables para la manifestación óptima del mínimo vital.

Por ende, la evolución de los derechos fundamentales conjuntamente con la evolución de la forma de Estado, posibilitó una interpretación moderna para antiguos derechos fundamentales (mutación constitucional⁵⁴⁷) y abrió espacio para la configuración del mínimo vital, por medio de la interpretación constitucional que han recibido los derechos a la vida, la dignidad humana, la libertad y la igualdad dentro de un contexto de solidaridad.

En ese mismo Capítulo, analizamos los problemas relacionados con los derechos sociales, que también componen el contenido del mínimo vital, y cuyo análisis fue fundamental para zanjar los aspectos doctrinarios que permitieron determinar el contenido del mínimo para la vida digna.

Entre los problemas analizados con respecto a los derechos sociales, estudiamos su configuración, los límites en cuanto a su contenido prestacional y su judicialización. Vimos que todos los derechos, sean de primera, segunda o

⁵⁴⁷ La mutación constitucional se da por una transformación del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que esta transformación se aplique al texto constitucional vigente. En LOEWENSTEIN, K. 1983. Teoría de la Constitución, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Editorial Ariel, p. 165.

tercera dimensión de los derechos fundamentales, tienen un contenido positivo y otro negativo a la vez. El mínimo vital, como una interpretación constitucional que protegerá los derechos considerados mínimos para la vida digna, igualmente tendrá una dimensión positiva y una negativa, siendo la dimensión positiva la que está estrechamente conectada a los derechos sociales prestacionales, y la dimensión negativa, la defensa de las personas contra el actuar del Estado en una situación que vulnere el mínimo vital.

Comprender las dificultades que se relacionan con los derechos fundamentales prestacionales fue importante para ofrecer una solución en materia de tutela de los derechos de segunda dimensión de los derechos fundamentales, que forman parte del contenido del mínimo para una vida digna.

Posteriormente, observamos cómo a lo largo de la historia se atribuyó al Estado la responsabilidad de tutelar el mínimo para una vida digna, y hemos establecido los alcances, características y límites del mínimo vital, de forma a posibilitar su mejor protección posible en cualquier ordenamiento jurídico.

El segundo Capítulo nos permitió establecer cuándo surgió el deber del Estado de hacerse cargo de los mínimos para una vida digna, como forma de promocionar el bien común, y consecuentemente, estudiamos el prisma positivo del mínimo vital, basado en prestaciones del Estado y su prisma negativo, basado en la no interferencia en su contenido. Estudiamos los problemas conceptuales en la doctrina, el contenido abierto del mínimo vital, su fuerza axiológica como

principio jurídico y su contra argumento, que es utilizado por el Estado como defensa cuando hay que justificar la negativa del ente público en conceder derechos prestacionales por razones presupuestarias: la reserva de lo posible.

Básicamente, la tarea de configurar el mínimo vital está hecha en las líneas anteriores. Sin embargo, el resultado final de la hipótesis aún demanda otro esfuerzo más. Es trascendente verificar los problemas relacionados con el Estado chileno, por la presencia de una pugna interpretativa en la Constitución de 1980 y el consecuente conflicto que esta misma pugna confiere a la interpretación de los derechos fundamentales, principalmente cuanto a los derechos de segunda dimensión de los derechos fundamentales. Así, podremos observar cómo estos problemas resultan en un obstáculo para tutelar –de forma óptima– el mínimo vital en Chile.

Las líneas siguientes se harán cargo de esta labor buscando, a través de la doctrina y la jurisprudencia, la mejor interpretación de las disposiciones chilenas que permitan acercarse a la doctrina jurídica del mínimo vital y su ponderación en el caso concreto.

3.2 Los problemas con el modelo de Estado en Chile

Inicialmente, contextualizaremos los problemas con la evolución del modelo de Estado chileno, que será esencial para comprender la pugna

interpretativa existente en la doctrina jurídica con respecto a la forma y los objetivos del ente público, para, posteriormente, demostrar que esta pugna interpretativa también tiene reflejos en la tutela de los derechos fundamentales por el Estado chileno.

Este trabajo, no pretende agotar los detalles histórico-constitucionales de Chile⁵⁴⁸, buscaremos comprender las interrupciones en el avance hacia el Estado Social y Democrático de Derecho, y la pugna interpretativa existente en la actual Carta Magna, para demostrar que, basado en este conflicto exegético, la protección e interpretación de los derechos fundamentales puede verse debilitada, y éste no es un problema menor si queremos concretizar el mínimo vital en Chile.

Debemos recordar lo dicho en la introducción de esta investigación: por forma de Estado acompañamos a Giuseppe de Vergottini, que la define como “el conjunto de elementos que caracterizan globalmente a un ordenamiento referido en particular a las finalidades planteadas como objetivos de acción de los órganos constitucionales. Empero caen dentro de su ámbito también los consiguientes criterios relativos a la disciplina del Estado-comunidad, al papel del individuo y de los grupos y los relativos al Estado-aparato y a sus modalidades de

⁵⁴⁸ Para esto ver CAMPOS HARRIET, F. 1997. Historia Constitucional de Chile: las instituciones políticas y sociales. Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile; igualmente SALAZAR, G. 2005. Construcción del Estado en Chile (1800-1837). Santiago (Chile), Editorial Sudamericana; NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2012. Derecho constitucional chileno, Tomo I. Santiago (Chile), Thomson Reuters y RUÍZ-TAGLE, P. 2016. Cinco repúblicas y una tradición: constitucionalismo chileno comparado. Santiago (Chile), LOM Ediciones.

intervención.”⁵⁴⁹ Basado en esta definición, buscaremos en el análisis de la forma de Estado en Chile, hacer especial referencia a los derechos de los individuos frente al ente público y al papel que el Estado representa en la gestión del orden social.

3.2.1 Breves consideraciones sobre la evolución del modelo de Estado chileno

El inicio de la historia de independencia de Chile, en 1810⁵⁵⁰, estuvo marcada por la voluntad de determinar la independencia del país frente a España, y por adoptar medidas para establecer un autogobierno.⁵⁵¹ Para esto, la primera Constitución, del año 1818, estableció el Estado de Chile como una unidad política.⁵⁵²

El constitucionalismo latinoamericano del inicio de la independencia estaba permeado por documentos que invocaban la voluntad popular, la soberanía del pueblo, y el contrato social. A la nueva sociedad que quedaba constituida a partir del pacto constitucional, se le ofrecía la ley como una expresión genuina e indudable del sentimiento mayoritario, y se invocaba que los derechos naturales, esenciales e inalienables, correspondían a todos por igual.⁵⁵³

⁵⁴⁹ DE VERGOTTINI, G. 2004. *Op. Cit.*, pp. 89 y 90.

⁵⁵⁰ CAMPOS HARRIET, F. 1997. *Op. Cit.*, p. 92.

⁵⁵¹ RUIZ-TAGLE, P. y CRISTI, R. 2006. *Op. Cit.*, p. 82.

⁵⁵² SALAZAR, G. 2005. *Op. Cit.*, p. 157.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 23.

Los derechos fundamentales, consagrados en el título 1° del texto constitucional de 1818, fundaron las bases de la libertad, igualdad y el derecho de propiedad. Es decir, una visión liberal de los derechos fundamentales, acompañando un modelo de Estado también liberal.

Este inicio de la historia constitucional de Chile, que sigue la tendencia histórica Latinoamérica para este periodo, presenta el problema de que todos los involucrados en el proceso de independencia pensaban que ella traería consigo una inmediata prosperidad general, pero los que quedaron fuera de la participación en el poder y en los derechos, ahora comenzaban a reclamar por los derechos y privilegios que les correspondían.⁵⁵⁴

Los conflictos por esta exclusión en la participación política y en los derechos, llevó a la sustitución de la Carta de 1818 por la de 1822, que en la práctica mantuvo una fuerte concentración del poder en manos del Director Supremo. Es decir, no alteró la realidad sobre el poder que existía en la Constitución de 1818.⁵⁵⁵

La tensión y descontento, llevó a la caída del Director Supremo, con un consecuente vacío en el poder. Para remediar este vacío, se estableció un Congreso constituyente para aprobar rápidamente un nuevo texto constitucional,

⁵⁵⁴ GARGARELLA, R. 2005. *Op. Cit.*, p. 15.

⁵⁵⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2012. *Op. Cit.*, p. 32.

la Constitución de 1823.⁵⁵⁶ El texto de esta Constitución era confuso, distante de la realidad del país. Por esto, resultó inaplicable⁵⁵⁷, y fue sustituida rápidamente por la Carta Política de 1828.⁵⁵⁸

La forma de Estado en la Constitución de 1828 era liberal.⁵⁵⁹ Adoptó la forma de República representativa popular, la división de poderes y disminuyó las atribuciones del Poder Ejecutivo como forma de equilibrar las funciones de los poderes del Estado.⁵⁶⁰ Los derechos fundamentales enfatizados en su redacción comprendieron la igualdad, la libertad, la propiedad, el derecho de petición, la facultad de publicar opiniones y la inviolabilidad de correspondencia.⁵⁶¹

Los objetivos planteados con este nuevo Estado liberal comprendían “terminar con las instituciones que restringen la igualdad y la libre circulación de bienes, y con las que puedan ser consideradas formas de dominación, tales como los mayorazgos y ciertos privilegios eclesiásticos.”⁵⁶²

⁵⁵⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2012. *Op. Cit.*, p. 35.

⁵⁵⁷ CAMPOS HARRIET, F. 1997. *Op. Cit.*, p. 347. En el mismo sentido HUNEEUS, J. 1890. Obras de don Jorge Huneeus. Santiago (Chile), Cervantes, p. 51.

⁵⁵⁸ RUIZ-TAGLE, P. y CRISTI, R. 2006. *Op. Cit.*, p. 88. Los autores comentan que a partir de este texto, se logra parcialmente consolidar el primer republicanismo en Chile, que significa el sometimiento de todos los poderes del Estado al imperio de la ley. *Ibidem*, p. 93.

⁵⁵⁹ Liberal porque pretende destruir toda forma de dominación, tales como los mayorazgos y los privilegios eclesiásticos. En: RUIZ-TAGLE, P. y CRISTI, R. 2006. *Op. Cit.*, p. 93.

⁵⁶⁰ CARRASCO, S. 2002. Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos, 3ª edición actualizada. Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, p. 97.

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 97 y 98.

⁵⁶² RUIZ-TAGLE, P. 2016. *Op. Cit.*, p. 77.

Entre las propuestas constitucionales del liberalismo en Latinoamérica podemos considerar, junto a Roberto Gargarella, la pretensión de asegurar el respeto a los derechos individuales, limitar el poder de los órganos populares, restringir las facultades del presidente, fortalecer los órganos de control y consagrar un sistema de frenos y contrapesos.⁵⁶³

Este escenario planteado por Gargarella era el existente en Chile, y la preponderancia del Poder Legislativo por sobre los demás poderes en la Carta del 1828 fue responsable por una nueva tensión en el modelo de Estado chileno. Había un rechazo a la concepción liberal de Estado y de los derechos, consagrados en la Constitución de 1828, porque existía una evidente concentración de la propiedad en las manos de un grupo oligárquico, cuyos intereses chocaban con los principios liberales.⁵⁶⁴ Por estas razones, a partir de 1830, se inició el proceso de reemplazo de este modelo para implementar un hiperpresidencialismo autoritario.⁵⁶⁵ La oposición autoritaria, cuyo objetivo inicial era reformar la Carta de 1828, terminó por imponer un nuevo texto magno, la Constitución de 1833.⁵⁶⁶

La Carta Constitucional de 1833, creó un gobierno central fuerte, que debilitó la separación de poderes en favor del Presidente de la República y

⁵⁶³ GARGARELLA, R. 2005. *Op. Cit.*, pp. 197 y 198.

⁵⁶⁴ RÚJZ-TAGLE, P. 2016. *Op. Cit.*, p. 85.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 80.

⁵⁶⁶ LASTARRIA, J. 1865. *Elementos de Derecho Público Constitucional*. Santiago (Chile) Imprenta Chilena, pp. 202 y 203.

permitió la restricción de los derechos constitucionales a través de facultades extraordinarias.⁵⁶⁷ El texto aprobado era hostil a los derechos individuales debido a que el hiperpresidencialismo permitía al jefe del Ejecutivo limitar exageradamente los derechos de los individuos.⁵⁶⁸

Esta visión hiperpresidencialista, tampoco generó la estabilidad política deseada, por lo que, a través de la influencia de algunas doctrinas que permeaban el constitucionalismo chileno de la época⁵⁶⁹, fue modificada en el tiempo. Estas doctrinas eran favorables a establecer un régimen parlamentario en el país⁵⁷⁰, y por la imposibilidad textual de la Constitución de 1833, buscó su justificación a través de la interpretación Constitucional.⁵⁷¹

Entre los derechos individuales, surgió con la Carta de 1833 el derecho de reunión, el derecho de asociación y la libertad de enseñanza. Además, se flexibilizó la forma de adquisición de la nacionalidad e igualmente se facilitaron los trámites necesarios para una reforma constitucional.⁵⁷²

⁵⁶⁷ RUIZ-TAGLE, P. y CRISTI, R. 2006. *Op. Cit.*, p. 94.

⁵⁶⁸ GARGARELLA, R. 2005. *Op. Cit.*, p. 151.

⁵⁶⁹ Como es el caso de Andrés Bello, Jorge Huneeus y Manuel Carrasco Albano. RUIZ-TAGLE, P. y CRISTI, R. 2006. *Op. Cit.*, p. 101.

⁵⁷⁰ RUIZ-TAGLE, P. y CRISTI, R. 2006. *Op. Cit.*, p. 101.

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 102.

⁵⁷² AMUNÁTEGUI, G. 1951. Regímenes Políticos. Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, pp. 197 y 198.

Pero, a fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, la cuestión social comenzó a ganar fuerza por influencia de la Doctrina Social de la Iglesia Católica (DSI), iniciada con la encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII.⁵⁷³

Pablo Ruíz-Tagle demuestra que en Chile hubo dos posiciones frente a la cuestión social, “la primera de carácter conservador, atribuyó a la pobreza un carácter individual, moral y, en consecuencia, trató de dar soluciones paternalistas y no institucionales. La segunda posición, que adoptaron grupos liberales, radicales y social demócratas, consistió en reconocer el carácter estructural de la pobreza y atribuirla a la existencia de grupos desventajados que requieren de regulación jurídica preferente para salir de la exclusión y de la marginalidad.”⁵⁷⁴ La posición que reconoce el carácter estructural de la pobreza, rechazando la idea individual, prosperó en Chile y fomentó la promulgación de diversas leyes sociales.⁵⁷⁵

En 1925, junto a las reformas de las leyes sociales, fue promulgada una nueva constitución, previo un plebiscito. El régimen era presidencial, con un sistema representativo de gobierno. Esta Carta Magna separó la Iglesia del Estado e introdujo modernos principios sociales⁵⁷⁶, siguiendo la tendencia de la Constitución mexicana de 1917. La Constitución de 1925, reconoció la doctrina

⁵⁷³ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2012. *Op. Cit.*, p. 49.

⁵⁷⁴ RUÍZ-TAGLE, P. 2016. *Op. Cit.*, p. 116.

⁵⁷⁵ FRÍAS VALENZUELA, F. 2011. *Op. Cit.*, pp. 412 y ss.

⁵⁷⁶ CAMPOS HARRIET, F. 1997. *Op. Cit.*, p. 374.

de los derechos de segunda dimensión de los derechos fundamentales y se destacó en la tutela del trabajo, de la industria y de la previsión social. Buscó garantizar a los ciudadanos un mínimo de bienestar que incluía la protección a la salud y la seguridad social.⁵⁷⁷

El texto constitucional de 1925 se centró en las nuevas proyecciones de los derechos clásicos frente a las necesidades económicas y sociales, la intervención del Estado en la economía, y, posteriormente, con respecto a la propiedad y al papel de ente público en la planificación económica, se inició la nacionalización de gran parte de la banca, la industria y la minería.⁵⁷⁸

Este periodo, representó el inicio del avance del Estado chileno hacia el Estado Social y Democrático de Derecho. Es posible observar, tanto una evolución de la forma de Estado como la evolución y protección de los derechos fundamentales, acompañando la tendencia europea en la consagración del Estado Social.⁵⁷⁹

Esta evolución, representó un giro de la democracia liberal (supremacía política y social de un grupo oligárquico, con acceso privilegiado a la propiedad y

⁵⁷⁷ RUÍZ-TAGLE, P. 2016. *Op. Cit.*, p. 128.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 125.

⁵⁷⁹ Ver la obra "*Rechtsstaat der Diktatur*" de Hermann Heller, que actualizó el término Estado Social utilizado por primera vez por Von Stein en 1850, con su obra "*Geschichte der Sozialen Bewegung*". Todos estos hitos del Estado Social europeo fueron estudiados en el primer capítulo de nuestra investigación.

la educación)⁵⁸⁰ a la democracia social (con la consagración de la función social de la propiedad, el surgimiento de la seguridad social, de la educación primaria obligatoria y la progresión tributaria)⁵⁸¹, con una clara ampliación de los derechos constitucionales de las personas.

Con este giro, los derechos de primera dimensión de los derechos fundamentales también ganaron nuevas proyecciones.⁵⁸² Esto confirma que los derechos constitucionales, están en constante proceso de modificación, lo que igualmente significa que no se pueden aceptar retrocesos respecto de ellos.⁵⁸³ Explica Pablo Ruíz-Tagle que “este proceso se mueve inspirado en una serie de esfuerzos intelectuales y en la disputa ideológica que caracteriza la competencia política y la argumentación constitucional que se da en una sociedad abierta entre visiones alternativas.”⁵⁸⁴

No obstante, por causas difíciles de determinar, el constitucionalismo democrático fue quebrado antes mismo de la intervención militar de 1973.⁵⁸⁵ Se inició un periodo de intervención militar en 1927 que solamente terminó en 1932,

⁵⁸⁰ HEISE. J. 1996. 150 años de evolución industrial, 9ª edición. Santiago (Chile), Editorial Andrés Bello, p. 127.

⁵⁸¹ HEISE. J. 1996. *Op. Cit.*, p. 137.

⁵⁸² NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2012. *Op. Cit.*, p. 61. Esto será mejor desarrollado más adelante en este Capítulo.

⁵⁸³ RUÍZ-TAGLE, P. 2016. *Op. Cit.*, p. 130.

⁵⁸⁴ *Ibidem*.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 124.

cuando se consolidó el gobierno constitucional y hubo una clara restauración institucional en Chile.⁵⁸⁶

Con la restauración institucional, el país retomó las reformas con miras a establecer la democracia social. La Reforma Agraria es una de ellas, y fue responsable por una nueva tensión política.⁵⁸⁷ Para agravar estos problemas, “el proceso económico y productivo se desorganiza, se produce desabastecimiento, la inflación se desarrolla en una espiral que en 1973 supera el doscientos por ciento.”⁵⁸⁸

La polarización política, y los problemas económicos llevaron al nuevo golpe de Estado con la intervención militar el 11 de septiembre de 1973. Desde esta fecha y hasta el año 1990, se instauró la dictadura militar, con nefastas consecuencias para el constitucionalismo nacional.

El Poder Constituyente fue transferido del pueblo para la Junta Militar, se otorgó una nueva constitución el año 1980, se asignó a los militares una función política y se eliminó la subordinación militar al poder civil.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ Hubo una “reanudación del proceso político en los términos previstos por la Constitución; el respeto de los militares a los gobernantes civiles democráticamente elegidos, y el imperio de la autoridad dentro del Estado de Derecho.” CEA EGAÑA, J. L. 2008. Derecho Constitucional Chileno, tomo I, segunda edición actualizada. Santiago (Chile), Ediciones UC, p. 33.

⁵⁸⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2012. *Op. Cit.*, pp. 66 y 67.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 67.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 156.

Este periodo representó un quiebre con el avance del Estado chileno hacia el Estado Social y Democrático de Derecho, y fue responsable por el inicio de un periodo constitucional que instauró una pugna interpretativa en el texto magno otorgado por el régimen militar que perduró mismo después de restaurada la democracia (a partir del año 1990).

Esta pugna interpretativa representa, en los días de hoy, una polarización en lo que concierne al modelo de Estado chileno y, consecuentemente, en la forma como el Estado de Chile tutela los derechos fundamentales (con agravantes en materia de los derechos de segunda dimensión de los derechos fundamentales).

Examinaremos, en seguida, cómo se instauró este conflicto exegético en la Constitución Política de la República de Chile de 1980 y cuáles son las consecuencias de esta tensión doctrinaria en la forma de Estado, y luego en la tutela de los derechos fundamentales. Esta argumentación comprobará, al final, que esta pugna interpretativa es el principal factor que genera una debilidad en la tutela del mínimo vital en Chile.

3.2.2 La génesis de la Constitución de 1980 y la pugna interpretativa cuanto al modelo de Estado

En la génesis de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, la incorporación de algunas ideologías en la discusión de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución⁵⁹⁰, fue responsable por generar una aprensión de la doctrina con respecto a la legitimidad de la propia Carta Magna del 1980⁵⁹¹, y también por abrir espacio para una interpretación originalista que estableció un conflicto con respecto al modelo de Estado chileno y la protección de los derechos fundamentales.

Es necesario tener en cuenta que "la actividad interpretativa construye una visión de nosotros mismos, de nuestra comunidad. Pero no produce como resultado una visión única de la realidad; por el contrario, da origen a diversos relatos o tradiciones, las cuales se relacionan entre sí compitiendo en cuanto a su capacidad para dar cuenta de la realidad."⁵⁹² Por ende, no es extraño que existan diferentes interpretaciones del texto constitucional, según las convicciones de los sectores sociales y políticos que quieren interpretar la norma

⁵⁹⁰ Principalmente la prioridad ontológica del hombre por sobre el cuerpo social, el bien común, la subsidiariedad y la concepción de la propiedad como un derecho natural y real, que se explicarán más adelante.

⁵⁹¹ CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE, P. 2014. El constitucionalismo del miedo: propiedad, bien común y poder constituyente. Santiago (Chile), LOM Ediciones, p. 74.

⁵⁹² MUNOZ LEÓN, F. 2007. "La interpretación originalista de nuestra Constitución; ¿es posible y deseable?" *En: Revista de Derecho Público*, Santiago (Chile) Universidad de Chile, vol. 69, p. 383.

ápice. Sobre esto, ya nos advirtió Böckenförde con su teoría sobre la interpretación de los derechos fundamentales.⁵⁹³

Una de las interpretaciones posibles de la forma de Estado chileno es la que se apoya en la interpretación originalista⁵⁹⁴, que buscó establecer en Chile el concepto de Estado mínimo, cuyos efectos se reflejaron en la práctica constitucional y en tutela de los derechos fundamentales por parte del ente público.

Esta interpretación originalista se apoya, principalmente, en la prioridad ontológica del hombre por sobre el cuerpo social, el bien común, la subsidiariedad y la concepción de la propiedad como un derecho natural y real. Veamos, someramente, qué pretende aportar cada uno de estos conceptos.

La **prioridad ontológica**, basada en la encíclica de Juan XXIII, *Mater et Magistra*, afirmó existir una “prioridad del hombre individual sobre la sociedad civil, y, por consiguiente, la necesaria subordinación teológica de la sociedad civil al hombre.”⁵⁹⁵ ⁵⁹⁶ Este concepto estaba presente en las discusiones de la CENC⁵⁹⁷ y sirvió de base para abogar por el modelo de Estado mínimo.

⁵⁹³ BOCKENFORDE, E. 1993. *Op. Cit.*, p. 67 y ss.

⁵⁹⁴ MUÑOZ LEÓN, F. 2007. *Op. Cit.*, p. 385.

⁵⁹⁵ Juan XXIII. 1961. Encíclica *Mater et Magistra*. [en línea]
<http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html> [consulta: 27 octubre 2016].

⁵⁹⁶ GUZMÁN ERRÁZURIZ, J. 1965. *Op. Cit.*, p. 4.

⁵⁹⁷ GOBIERNO DE CHILE. 1974a. Declaración de Principios del Gobierno de Chile, [en línea]
<http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0005.pdf> [consulta: 27 octubre 2016].

Con esto, se definió el ideal de la supremacía del individuo frente al Estado, y se propuso en definitiva que el ente estatal debe estar al servicio del hombre, no el hombre al servicio del ente estatal. Este modelo de Estado que favorece la libertad individual, evidenció un compromiso con la doctrina de Hayek.⁵⁹⁸ Friedrich August von Hayek apunta que es necesaria existencia de la meritocracia, donde el individuo no debería recibir ayuda para acceder a las oportunidades en la vida social, ya que el Estado no sabe qué es mejor para el uso óptimo de las inteligencias individuales disponibles en la sociedad.⁵⁹⁹

El autor afirma que “una vez que se aceptase el principio de la recompensa de acuerdo con el mérito como justa base para la distribución de la renta, la justicia exigiría que todos aquellos que lo desearan fuesen recompensados de acuerdo con dicho fundamento.”⁶⁰⁰

El segundo concepto, adoptado por los partidarios de la interpretación originalista, es el de **bien común**. La Comisión Constituyente en 1974 afirmó que el fin del Estado es el bien común y, que este concepto debiera consagrarse en el texto constitucional.⁶⁰¹ Sin embargo, la visión de bien común que se encuentra en el Acta de la sesión 37ª de 1974, atestigua que su interpretación de bien común comprende las condiciones para que cada uno se desarrolle

⁵⁹⁸ CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE, P. 2014. *Op. Cit.*, p. 85.

⁵⁹⁹ HAYEK, F. 2006. *Los Fundamentos de la Libertad*, 7ª edición. Madrid, Unión Editorial, p. 129.

⁶⁰⁰ HAYEK, F. 2006. *Op. Cit.*, p. 138.

⁶⁰¹ GOBIERNO DE CHILE. 1974a. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Tomo I, Sesión 37ª, celebrada en 2 de mayo de 1974.

personalmente, siendo cada persona un individuo independiente separado del todo, es decir, separado de la sociedad.⁶⁰²

Con esto, hay una sistematización de la prioridad ontológica del hombre con la noción de bien común. Pues, si el hombre tiene prioridad por sobre la sociedad y el Estado existe para servir al hombre, el hecho de que el bien común sea un concepto relacionado con la libertad individual –por la meritocracia, como dijo Hayek– entonces se abre espacio para la configuración del Estado mínimo.

Al final, como dicho, el artículo 1° de la CPR de 1980 positivó la noción de bien común, cuya interpretación originalista se parece mucho más a una definición de libertad negativa.

En tercer lugar debemos examinar la **subsidiariedad** según las actas de la génesis constitucional. Con la prioridad ontológica, el hombre es superior al Estado. Con el bien común –individualista y meritocrático– se demuestra que el Estado debe apartarse si quiere que cada quien logre sus objetivos de vida. Y con la subsidiariedad (tal como la explica esta interpretación originalista), se consagra de una vez que el individuo y los cuerpos intermedios son los responsables para alcanzar los fines de las personas, sin que sea necesaria la participación del Estado en este proceso. Por ende, la finalidad del Estado, en esta perspectiva, es preservar la libertad individual y respetar los cuerpos

⁶⁰² GOBIERNO DE CHILE. 1974a. *Op. Cit.*

intermedios para así lograr la visión de bien común planteada en la génesis de la Carta Política del 80.⁶⁰³

Esta noción de subsidiariedad plantea la existencia de una sociedad escalonada, jerarquizada, en que los individuos deben buscar sus propios fines y concretarlos por sus propias fuerzas. Cuando los individuos no pueden lograr algo por sus propias fuerzas, entonces deben buscar a los cuerpos intermedios (v.g. la familia, la Iglesia, los gremios), y cuando los cuerpos intermedios no logran ayudar a los individuos en concretar sus objetivos de vida y a acceder a los bienes necesarios para tener una vida digna, entonces finalmente el Estado actúa.

En esta visión, “el Estado es subsidiario no sólo respecto del hombre en cuanto tal, sino también respecto de la familia, de los municipios, de los gremios y de todas las llamadas ‘sociedades intermedias’.”⁶⁰⁴ Ésta es la forma de lograr una sociedad orgánica.⁶⁰⁵

⁶⁰³ GOBIERNO DE CHILE. 1974b. Declaración de Principios del Gobierno de Chile, [en línea]
<http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0005.pdf>
[consulta: 27 octubre 2016].

⁶⁰⁴ GUZMÁN ERRÁZURIZ, J. 1969. “El miedo: síntoma de la realidad político-social chilena” en Portada, nº 2, febrero 1969, en FONTAINE TALAVERA, A. (comp.), “El miedo y otros escritos. El pensamiento político de Jaime Guzmán E.”, En: Estudios Públicos, Santiago de Chile, nº 42, 1991, p. 256, [en línea]
<http://www.cepchile.cl/cep/site/tax/port/all/taxport_71_166_263_1.html> [consulta: 28 octubre 2016].

⁶⁰⁵ Es decir una sociedad que obedece la ley natural de las cosas y que cada parte hace lo suyo sin interferir en las demás. En GUZMÁN ERRÁZURIZ, J. 1969. *Op. Cit.*

La defensa de la subsidiariedad tiene sus adherentes en nuestro país. Entre algunos que afirman su consagración en la Constitución chilena de 1980 están (v.g.) José Luis Cea Egaña⁶⁰⁶, Alejandro Silva Bascuñan⁶⁰⁷ y también Arturo Fermandois.⁶⁰⁸ Entre los que dicen que la subsidiariedad no es parte de nuestro sistema constitucional están (v.g.) Pablo Ruiz-Tagle⁶⁰⁹, Rodrigo Vallejo y Diego Pardow.⁶¹⁰

Por fin, tenemos el **derecho de propiedad individual**, interpretado a través de las actas constitucionales como un derecho natural y caracterizado como un derecho real.

Las ideas apuntadas en este apartado, que acompañan la interpretación originalista de la CPR de 1980, buscaron frenar la política redistributiva propia de un Estado Social, con el objetivo de priorizar la defensa de la propiedad individual y defender la idea de que existe una estrecha conexión entre la propiedad y la libertad.⁶¹¹

⁶⁰⁶ CEA EGAÑA, J. L. 1999. El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis crítica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, p. 30.

⁶⁰⁷ Que afirma que la Constitución pretende que se respete la subsidiariedad. SILVA BASCUÑÁN, A. 1997. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, 2ª edición. Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, p. 52.

⁶⁰⁸ FERMANDOIS VÓHRINGER, A. 2011. Derecho constitucional económico, tomo I, segunda edición actualizada. Santiago (Chile), Ediciones UC, p. 89.

⁶⁰⁹ RUIZ-TAGLE, P. 2000b. "Principios constitucionales del Estado empresario", En: Revista de Derecho Público (U. de Chile), n° 62, pp. 49-65.

⁶¹⁰ VALLEJO, R. y PARDOW, D. 2008. "Derribando mitos sobre el Estado empresario", En: Revista Chilena de Derecho, 35, n° 1, pp. 135-156.

⁶¹¹ CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE, P. 2014. *Op. Cit.*, p. 19.

Sin embargo, la propiedad es un dilema a ser enfrentado por la CENC, porque la función social de la propiedad, que estaba en el texto de la Constitución de 1925, fue lo que “legitimó la Reforma Agraria durante el gobierno de Frei (...) y luego las medidas expropiatorias de la Unidad Popular”⁶¹², pero es un concepto que estaba presente en la ideología de algunos de los miembros de la Comisión, y para seguir su propia ideología tendrían que consagrarlo en el texto constitucional.⁶¹³

Por esta razón, para ser coherente con los demás conceptos ya expuestos, hubo la aceptación de la función social de la propiedad, que, a pesar de todo, fue domada, es decir, tuvieron que enmarcarla dentro ciertos límites para impedir aplicaciones radicales.⁶¹⁴ Para tanto, fue necesario definir correctamente la noción de bien común e intentar proponer la incorporación del bien común también en el marco del derecho de propiedad, lo que al final no ocurrió.

La sesión 148ª del 16 de agosto de 1975 inauguró el estudio del derecho de propiedad. A partir de ahí, iniciaron los intentos de inclusión del concepto de bien común en el texto constitucional. El registro de la sesión 161ª de 28 de octubre de 1975 aclaró la concepción natural del derecho de propiedad, que se conecta a la prioridad ontológica del hombre y a la subsidiariedad.⁶¹⁵

⁶¹² CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE, P. 2014. *Op. Cit.*, p. 19.

⁶¹³ GOBIERNO DE CHILE. 1974c. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Tomo IV, sesión 161ª de 28 de octubre de 1975.

⁶¹⁴ CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE, P. 2014. *Op. Cit.*, p. 79.

⁶¹⁵ GOBIERNO DE CHILE. 1974c. *Op. Cit.*

Si la propiedad es un derecho natural (en la interpretación originalista), y por ende, un derecho humano, el Estado no podría alcanzar el bien común vulnerando este derecho. Esta clasificación de la propiedad eliminaría la posibilidad de injerencia del ente estatal, asegurando la libertad individual y manteniendo la estructura jerárquica y orgánica de la sociedad.

Estos conceptos consagraron la crisis de legitimidad de la CPR de 1980, que posteriormente resultó como superada por el uso, evolución y reforma de su texto por leyes promulgadas durante la democracia en el país.⁶¹⁶ Sin embargo, la adopción de estas nociones recién presentadas por muchos juristas chilenos, impuso trabas a la evolución del modelo de Estado en Chile, e, incluso, al avance en defensa de los derechos fundamentales (especialmente los sociales).

Reflejo de esto es que, entre 1973 y 1990, la jurisprudencia destacó la prevalencia del derecho a la vida por sobre los demás derechos, dio poca importancia al derecho de igualdad y mucho más importancia a los derechos civiles y políticos. El escaso reconocimiento de derechos de segunda dimensión de derechos fundamentales limitó la práctica judicial a reconocerlos de forma precaria con especial énfasis en la no interferencia del Estado.⁶¹⁷

⁶¹⁶ Como anteriormente citados, en esta línea tenemos, por ejemplo, CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE VIAL, P. 2006. *La República en Chile, Teoría del Constitucionalismo Republicano*. Santiago (Chile), LOM, pp. 130 y ss. ATRIA, F.; FERRADA BÓRQUEZ, J. C. *et al.* 2013. "Bases de la Nueva Constitución para Chile: primer informe". En: ZÚÑIGA URBINA, F. (coordinador) 2013. *Nueva Constitución y momento constitucional: visiones, antecedentes y debates*. Santiago (Chile), Thomson Reuters, p. 145 y ss.

⁶¹⁷ RUIZ-TAGLE, P. 2016. *Op. Cit.*, p. 201.

El objetivo de la adopción de esta interpretación que consagraba un modelo de Estado mínimo fue finalizar la historia del Estado de Bienestar en Chile, conjuntamente al Estado empresario.⁶¹⁸ Aunque el Estado empresario fue casi por completo extinguido⁶¹⁹, el modelo no logró destruir el Estado de Bienestar.

Por otra parte, la interpretación originalista no es la única posibilidad para enmarcar los objetivos del Estado chileno ni la forma como éste tutela los derechos fundamentales. Hay distintas interpretaciones que, como apuntábamos en el inicio de este Capítulo, buscaron dar otro contenido a la forma de Estado en Chile.

En este contexto, algunos juristas nacionales afirmaron que el Estado Social y Democrático de Derecho estaba consagrado en el texto de la Carta Magna de 1980. Esta interpretación, partió del artículo 1° de la CPR del 80, donde el establecimiento de los fines del Estado como v.g., la persecución del bien común, proporcionó la base fundamental para impulsar su posición doctrinaria.

Esta exégesis alternativa, rechazó la interpretación originalista de la Constitución, afirmando la existencia de otro modelo de Estado consagrado en el

⁶¹⁸ HUNEEUS, C. y LANAS, M. 2002. "Ciencia Política e Historia: Eduardo Cruz-Coke y el Estado de Bienestar en Chile, 1937-1938". *En*: Historia (Santiago), vol.35, pp.151-186 [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-71942002003500007&lng=es&nrm=iso> [consulta: 27 junio 2017].

⁶¹⁹ Huneeus y Lanás apuntan que la política del Gobierno Militar logró extinguir el Estado empresario con excepción de la ENAP y CODELCO. HUNEEUS, C. y LANAS, M. 2002. *Op. Cit.*

texto ápice.⁶²⁰ No obstante, la propuesta no fue bien acogida por la debilidad de sus tesis, y no faltan críticas contundentes a estos escritos.⁶²¹

Para nosotros, no es posible afirmar la existencia de un Estado Social y Democrático de Derecho en Chile, porque, en que pese las innúmeras reformas al texto de la Constitución de 1980⁶²², incluida la del año 2005, que es la más grande de todas las reformas, no fue posible cambiar sustancialmente sus bases. Sigue existiendo “una excesiva preeminencia del Ejecutivo por sobre el Congreso Nacional, lo que debilita la división de poderes. En cuanto a los derechos, aún se privilegia el derecho de propiedad de una manera excesiva, respecto de los derechos de igualdad y los derechos políticos y, en general, se enfatiza la idea de reforzar el aspecto de libertad y no de igualdad de todos los derechos, particularmente en aquellos que se definen como económicos y sociales.”⁶²³

⁶²⁰ Ver José Luis Cea Egaña y la Democracia Social como consecuencia del fin del Estado en la promoción del bien común y el auxilio a las personas en la búsqueda de sus objetivos, CEA EGAÑA, J. L. 1983. “Garantías constitucionales en el Estado social de derecho”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 10, N° 1. Augusto Quintana Benavides, que aboga por la fuerte presencia de la solidaridad en el texto constitucional. QUINTANA BENAVIDES, A. 1989. “El principio de solidaridad en la Constitución”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, N° 2-3. Jorge Luis Varela del Solar, que igualmente habla de los fines del Estado chileno como concretización de la Democracia Social, y consecuentemente del Estado Social. VARELA DEL SOLAR, J. L. 1984. “Estudio sobre el artículo primero de la Constitución de 1980”. En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 11, N° 2-3. Enzo Solari Alliende, que aboga por una clase de primacía del artículo 1° de la CPR, que irradia su contenido por toda la Carta Política. Por ende, todas las ideologías en el texto constitucional deben reverencia al artículo 1° y a través de él deben ser interpretadas, lo que permite la consagración del Estado Social como promotor de la igualdad y de los derechos sociales que igualmente están consagrados en el texto constitucional. SOLARI ALLIENDE, E. 1993. “Recepción en Chile del Estado Social de Derecho”. En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 20, N° 2-3.

⁶²¹ Ver por ejemplo VIERA ÁLVAREZ, C. 2014. “Estado Social como fórmula en la Constitución Chilena”. En: *Revista de derecho* (Coquimbo), 21(2).

⁶²² RUÍZ-TAGLE, P. 2016. *Op. Cit.*, p. 166.

⁶²³ *Ibidem*, p. 167.

Si constatamos, además, la escasa posibilidad de judicialización de los DESC, podemos afirmar que faltan herramientas para la promoción e institucionalización de los derechos de segunda dimensión de los derechos fundamentales⁶²⁴, lo que es una característica importante de un Estado Social. Basta recordar que en el primer Capítulo de esta tesis, estudiamos las características del Estado Social, y vimos que aunque los derechos sociales surgieron antes del Estado Social y Democrático de Derecho, esta forma de Estado fue necesaria para tutelar debidamente los derechos económicos, sociales y culturales.

Por otra parte, la interpretación originalista pretende instaurar un Estado mínimo, que objetiva dejar a los particulares libres para alcanzar los planes de vida que quieren alcanzar y acceder a los bienes y oportunidades para una vida digna. Empero, en nuestro texto magno vigente no existe ninguna prohibición expresa de actuación del Estado en forma directa o indirecta en ninguna materia.⁶²⁵ Al contrario, existe un mandamiento en el artículo 1º, determinando que el Estado está al servicio de la persona humana y que 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 material y espiritual posible. Este mismo artículo afirma que el Estado DEBE dar protección a la población y a la familia,

⁶²⁴ Veremos esto más adelante.

⁶²⁵ QUINTANA BENAVIDES, A. 2014. *Op. Cit.*, p. 128.

propendiendo al fortalecimiento de ésta y promoviendo la integración armónica de la nación, de forma que todos puedan participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Esto significa que el Estado chileno debe ser activo y respetar ciertos límites para no suprimir totalmente los derechos fundamentales de las personas bajo su tutela (art. 5° de la CPR de 1980) ni la autonomía individual (art. 1°, inciso III de la CPR de 1980).⁶²⁶

Si entendemos que el Estado chileno tiene proyección activa por mandamiento constitucional, la interpretación originalista no suma nada de positivo a la forma de comprenderlo. Primero porque, aunque las actas representan un valorado trabajo de profesionales destacados en el escenario nacional, con discusiones y reflexiones sobre los objetivos del Estado chileno y la interpretación de derechos que componen su cuerpo, el anteproyecto de la Constitución que fue debatido por la Comisión Ortuzar no fue integralmente acogido por la Junta Militar.⁶²⁷ Segundo porque, se discute sobre la ilegitimidad de la redacción de un texto constitucional en un periodo dictatorial, lo que enviciaría también esta labor interpretativa utilizada en la interpretación originalista como ilegítima.⁶²⁸ Tercero porque, el uso de la interpretación

⁶²⁶ QUINTANA BENAVIDES, A. 2014. *Op. Cit.*, p. 130.

⁶²⁷ MUÑOZ LEÓN, F. 2007. *Op. Cit.*, p. 385.

⁶²⁸ *Ibidem*, p. 386.

originalista en los días de hoy impide buscar una “versión de la Constitución más acorde con la democracia.”⁶²⁹

Si bien no tenemos un Estado Social y Democrático de Derecho establecido constitucionalmente, Chile busca retomar la senda de la evolución de su modelo de Estado en esta dirección, a partir de su modelo de Bienestar.⁶³⁰ Prueba de esto se verifica en la forma como algunos gobiernos en Chile han promocionado la protección social de forma amplia, a través de políticas sociales, activando los poderes públicos para la defensa de la salud, la seguridad social, el trabajo y la educación, con el abandono de la concepción de protección de las libertades constitucionales en su esfera negativa, y la manifiesta actuación estatal en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. Esto representa un concepto conectado al Estado Social y Democrático de Derecho, pero que aún es imperfecto, si consideramos las características estudiadas en el Capítulo I con respecto a este modelo de Estado.⁶³¹

Hoy por hoy, la forma de Estado en nuestro país puede ser interpretada como un Estado Asistencial (o Estado de Bienestar⁶³²) que representa un proceso de transición del Estado Liberal al Estado Social, que se dio post

⁶²⁹ MUÑOZ LEÓN, F. 2007. *Op. Cit.*, p. 386.

⁶³⁰ RUÍZ-TAGLE, P. 2016. *Op. Cit.*, p. 162.

⁶³¹ ATRIA, F.; FERRADA BÓRQUEZ, J. C. et al. 2013. *Op. Cit.*, p. 145.

⁶³² Término utilizado por primera vez por William Temple (1988-1944), Arzobispo de York. También atribuible a los socialistas de cátedra que apoyaban a Otto Von Bismarck (1815-1898), y utilizaron el término Wohlfahrtsstaat. DE LA VILLA GIL, L. 2015. *Op. Cit.*, p. 18 y 19.

Segunda Guerra Mundial en Europa, y que surge a partir de dos acontecimientos: “i) el reconocimiento de los Derechos Humanos a escala universal (Declaración de 1948) y ii) el desarrollo de los programas nacionales de protección social a partir del modelo Beveridge (1941-1944).”⁶³³ Una de sus características principales es el carácter asistencial mínimo, que se materializa principalmente por la Seguridad Social.

El Estado de Bienestar no es Estado Social, ya que el Estado Social tiene mayor amplitud y representa una forma de Estado mucho más activa, que busca la constante promoción del bien común, la alianza con la sociedad en la persecución de los fines de cada persona y la promoción e institucionalización de todos los derechos fundamentales (principalmente los derechos de segunda dimensión). Como afirma Luciano Parejo Alfonso, “aunque pueda y deba ser cierta la afirmación ‘todo Estado Social es un Estado de Bienestar, no lo es en modo alguno, la inversa, como es bien evidente.”⁶³⁴

La formación del Estado de Bienestar en Chile se consolidó con las leyes sociales de 1924 –como ya estudiamos–, lo que representó una respuesta a la cuestión social; luego se extendió con la presión de diferentes grupos de trabajadores (1925-1952); entró en crisis cuando las demandas superaron la

⁶³³ DE LA VILLA GIL, L. 2015. *Op. Cit.*, p. 15.

⁶³⁴ PAREJO ALFONSO, L. 1947. “Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional”. En: AA.VV. (Coord. Carlos Manuel Fernández Otheo), *Las estructuras del Estado del Bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*. Madrid, Escuela Libre Editorial, Editorial Civitas y Fundación ONCE, p. 794.

capacidad económica y política (1952-1973); se instaló de manera residual durante el régimen militar del período 1973 a 1989; y se restableció con los gobiernos de la Concertación, restaurando las políticas de protección social con miras a reducir la vulnerabilidad de las personas frente a las contingencias sociales.⁶³⁵

El Estado de Chile, actualmente, representa mucho más que un Estado mínimo. Es un Estado participativo en la promoción del bienestar, cumpliendo con el mandamiento constitucional que está presente en el artículo 1° del texto magno. Desde la década de 90 se busca mejoras en el sistema de educación⁶³⁶; el año 2006 inició la reforma del sistema de pensiones para incluir el pilar solidario⁶³⁷ y ahora pretende mejorar el sistema con propuestas enviadas por la Comisión Asesora Presidencial de Pensiones⁶³⁸; el año 2000 reformó el sistema de salud y abrió espacio para la incorporación del Plan AUGE⁶³⁹; a partir también del año 2000 inició una política de viviendas que procuró soluciones habitacionales a través de programas sociales del gobierno⁶⁴⁰; por fin, desde el inicio de la redemocratización y la retomada por las políticas de bienestar, Chile

⁶³⁵ LARRAÑAGA, O. 2010. El Estado Bienestar en Chile: 1910 - 2010. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – Chile, Área de Reducción de la Pobreza y la Desigualdad, Documento de Trabajo [en línea] <http://www.cl.undp.org/content/dam/chile/docs/pobreza/undp_cl_pobreza_estado_bienestar.pdf> [consulta: 31 octubre 2017], p. 2.

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 61 y ss.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 65 y ss.

⁶³⁸ UTHOFF, A. 2017. “La tarea pendiente sobre la reforma previsional en Chile”. En: AA.VV. *Bachelet II: el difícil camino hacia un Estado democrático social de derechos*, Barómetro de Política y Equidad, vol. 13. Santiago (Chile), Ediciones SUR, p. 122.

⁶³⁹ LARRAÑAGA, O. 2010. *Op. Cit.*, p. 67 y ss.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 69 y ss.

ha logrado reducir la pobreza de 39% de la población nacional a un 13,7% el año 2006⁶⁴¹ y ahora, según la encuesta CASEN 2015, este número cayó para 11,7%.^{642 643}

Esta interpretación sobre el modelo de Estado en la Constitución del 1980 es mucho más compatible con los mandamientos del propio texto magno. Consecuentemente, si retomamos la senda de la evolución de nuestra forma de Estado, y queremos que se consolide un Estado Social y Democrático de Derecho en nuestro país, será necesario reconocer que la interpretación que posiciona a Chile como un Estado de bienestar, le proporciona un rol más activo y permitirá avanzar hacia un cambio sustancial que le permita posicionarse de forma más eficiente frente a las necesidades sociales, y así tutelar el mínimo para la vida digna.

⁶⁴¹ LARRAÑAGA, O. 2010. *Op. Cit.*, p. 70.

⁶⁴² GOBIERNO DE CHILE. 2015. Ministerio de Desarrollo Social. Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional [en línea] <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/CASEN_2015_Situacion_Pobreza.pdf> [consulta: 31 octubre 2017].

⁶⁴³ Otras manifestaciones de la participación del Estado chileno en la vida social, principalmente en la concretización del bien común pueden ser observadas el último diagnóstico del gobierno Bachelet, que demostró los importantes cambios que conducen a una mayor participación política (eliminación del sistema binominal, inicio de debates para la nueva Constitución, aumento de la transparencia, nueva ley de partidos políticos y ley de cuotas para mujeres), la reforma tributaria con fines de financiar políticas sociales redistributivas, las modificaciones en el sistema de pensiones con la ampliación del pilar solidario, la gratuidad de la educación superior para los estudiantes de menores ingresos, etc. Ver el análisis completo en AA.VV. 2017. Bachelet II: el difícil camino hacia un Estado democrático social de derechos. Santiago (Chile), Ediciones SUR.

Hace falta una estructura jurídica que respalde el actuar del Estado en este rol de protección al mínimo vital, es decir una estructura constitucional que consagre el Estado Social y permita un mejor resultado en la promoción e institucionalización de los derechos fundamentales (principalmente los de segunda dimensión) y en el apoyo social para la persecución de sus fines. Estos son los problemas que encontramos en nuestra estructura actual y que son fundamentales para la defensa del mínimo vital.

El clamor por el cambio en la estructura del Estado y de la Constitución está presente hoy día en la sociedad. Se pide desde nuevas modificaciones a la Carta Política vigente, hasta la adopción de un nuevo texto constitucional.⁶⁴⁴ Para compatibilizar la forma de Estado en Chile con los anhelos sociales, es esencial adecuar el Orden Constitucional a la realidad social, de forma a que el texto ápice pueda estructurar una forma de Estado que permita la tutela eficiente de los derechos fundamentales, la promoción del bien común y la garantía del mínimo vital.

En esta evolución, hay que tener en cuenta las advertencias que hace Roberto Gargarella en la historia del constitucionalismo de Latinoamérica. Para el autor argentino, “las actuales Constituciones latinoamericanas siguen estando marcadas por dos rasgos fundamentales, uno relacionado con su organización de poderes, y adquirido a mediados del siglo XIX; y otro relacionado con su

⁶⁴⁴ RUÍZ-TAGLE, P. 2016. *Op. Cit.*, p. 161.

organización de derechos, adquirido a mediados del siglo XX. Desde entonces a hoy, las Constituciones no han hecho más que moderar o, sobre todo, reforzar tales rasgos, sin imponer sobre ellos modificaciones sustantivas. De allí que no pueda hablarse, en un sentido interesante, de un 'nuevo' constitucionalismo latinoamericano."⁶⁴⁵

Para Gargarella, la tendencia en la ampliación del catálogo de derechos en la mayoría de las constituciones latinoamericanas no logrará una tutela eficiente de los derechos fundamentales por el hecho de que la parte orgánica, de distribución del poder, no acompaña la evolución del catálogo de derechos. En sus palabras, "las «viejas estructuras» bloquean las «nuevas propuestas» o tornan difícil su implementación: típicamente, en este caso, el modo en que la vieja organización del poder obstaculiza la realización de los nuevos derechos sociales y multiculturales."⁶⁴⁶

Sin el afán de entrar en la discusión sobre la influencia y los obstáculos generados por la estructura del poder en la garantía de los derechos, lo que efectivamente nos interesa para fines de nuestra tesis, es que Chile, en un probable cambio constitucional futuro, más que preocuparse con la ampliación

⁶⁴⁵ GARGARELLA, R. (s. f.). Lo "viejo" del "nuevo" constitucionalismo latinoamericano. Recuperado de <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf> [consulta: 24 agosto 2017], p. 8.

⁶⁴⁶ GARGARELLA, R. 2015. "La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericanas: Entre lo viejo y lo nuevo". *En: Nueva Sociedad*, N° 257, julio-agosto de 2015, p. 104.

de un catálogo de derechos fundamentales, tiene que preocuparse también con la parte orgánica constitucional, donde define su forma de Estado, para que el ente público pueda funcionar eficientemente, tutelando los derechos fundamentales por estar dotado de una estructura que así lo posibilite.

El Estado Social y Democrático de Derecho, es necesario para garantizar a todos un nivel de vida mínimo y eliminar la pobreza.⁶⁴⁷ Él actúa constantemente para corregir las desigualdades y promocionar el aumento de las capacidades para que cada uno pueda hacer concreto sus propios planes de vida, y acceder a los bienes indispensables para una vida digna, librando a las personas de una eterna dependencia de la caridad del Estado, que no es diferente de la dependencia de la caridad privada.

Por ende, para hablar de mínimo vital en Chile, en su configuración óptima, necesitaremos un Estado Social, que pueda tutelarlos debidamente y cuya Constitución Política pueda acompañar nuestros tiempos actuales, de forma a actualizar sus disposiciones en conformidad con el periodo histórico en que rige.⁶⁴⁸

Una vez aclarada la pugna interpretativa con respecto al modelo de Estado en Chile, y posicionando la mejor interpretación como la que sigue los

⁶⁴⁷ ASCOLI, U. y TORRES, J. 1987. "Estado de bienestar y acción voluntaria". *En: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, No. 38 (Abril - Junio, 1987), pp. 119-162, p. 120.

⁶⁴⁸ RUÍZ-TAGLE, P. 2016. *Op. Cit.*, p. 168.

mandamientos constitucionales de un Estado activo y promotor del bien común, analizaremos cómo esta pugna interpretativa sobre el modelo de Estado se refleja con la misma intensidad en la tutela de los derechos fundamentales, con especial énfasis en los problemas relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema jurídico chileno, ya que ellos representan un obstáculo para la plena realización del Estado Social y Democrático de Derecho y para la materialización del mínimo vital.

3.3 La influencia de la pugna interpretativa del modelo de Estado chileno en la tutela de los derechos fundamentales

Hemos visto en los párrafos anteriores, que en la Constitución Política de la República de Chile del 1980 existe una pugna interpretativa que tensiona la forma como se puede comprender el Estado chileno.

Con la adopción de la interpretación originalista, lo que se busca es comprender el modelo chileno como un Estado Liberal (mínimo y subsidiario), que garantiza tan sólo las libertades negativas, la autonomía individual y el derecho de propiedad por sobre los demás derechos, mientras que a través de la interpretación de los mandamientos constitucionales que determinan la obligación del Estado de Chile en promover el bien común (art. 1º, inciso III de la CPR de 1980), asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de

oportunidades en la vida nacional (art. 1º, inciso final de la CPR de 1980) y 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 (art. 1º, inciso III de la CPR de 1980), se puede comprender el Estado chileno como un Estado de Bienestar que tiene la pretensión de avanzar en dirección al Estado Social.

Si estos es así, esta pugna interpretativa tendrá reflejos en la forma como se comprende y se tutela los derechos fundamentales, ya que la teoría sobre los derechos fundamentales está relacionada con la forma de Estado.

Böckenförde, define la teoría de los derechos fundamentales como "una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales."⁶⁴⁹ Esta teoría de los derechos fundamentales tiene como punto de referencia una determinada concepción de Estado y/o una determinada teoría de la Constitución. La forma de reflexión sobre los derechos fundamentales y su forma de solución de conflictos se inspira en una determinada concepción de Estado/teoría de la Constitución.⁶⁵⁰

Para el autor alemán, las principales teorías de los derechos fundamentales, que se utilizan de forma alternativa o combinadas son: la teoría

⁶⁴⁹ BÖCKENFÖRDE, E. 1993. *Op. Cit.*, p. 45.

⁶⁵⁰ *Ibidem.*

liberal, la teoría institucional, la teoría axiológica, y la teoría del Estado Social.⁶⁵¹ Para la teoría liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado, mientras que la teoría del Estado Social busca superar la libertad jurídica ofrecida en la teoría liberal, para transformarla en una libertad real. "Para ello, los derechos fundamentales ya no tienen sólo un carácter delimitador-negativo, sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones de prestación social ante el Estado."⁶⁵²

Consecuentemente, una vez que exista un conflicto exegético con respecto a la forma de Estado chileno, habrá también un conflicto exegético sobre la forma como se debe tutelar los derechos fundamentales.

El mayor problema relacionado con esta pugna interpretativa estará concentrado en los derechos sociales, ya que ellos son los que, en general, no se consideran derechos propiamente dichos en el modelo liberal. Luego, para que se pueda efectivamente caminar en dirección al Estado Social, Chile tendrá que modificar la forma como tutela los derechos fundamentales de segunda dimensión.⁶⁵³

Los adherentes de la interpretación originalista en la CPR de 1980 adoptan una posición que considera lo público como sinónimo de falla de mercado.⁶⁵⁴

⁶⁵¹ BÖCKENFÖRDE, E. 1993. *Op. Cit.*, p. 47.

⁶⁵² *Ibidem*, p. 64.

⁶⁵³ RUIZ-TAGLE, P. 2016. *Op. Cit.*, p. 205.

⁶⁵⁴ ATRIA, F. et al. 2013. *El otro modelo: del orden neoliberal al régimen de lo público*. Santiago (Chile), Editora Debate, p. 167.

Observa Atria que en esta perspectiva " los problemas de interés público son únicamente aquellos en los cuales es posible asociar alguna falla de mercado. Esto implica que el rol del Estado se reduce a generar condiciones institucionales para superar dichas fallas y para que se desarrollen mercados en todas las áreas posibles."⁶⁵⁵

La lógica del mercado –como estudiado en el Capítulo 1– parte de la premisa de que todos se encuentran en igualdad de condiciones para competir por los bienes básicos para la vida digna y por el acceso a las oportunidades de concretar los planes de vida que quieren lograr, y por esto, el suceso o fracaso de cada uno es resultado de su propia acción. Si logra tener acceso a los bienes y oportunidades (como explicado en aquella oportunidad) es porque es emprendedor, movido, competente. Si no, es perezoso, relajado e incompetente.

Basado en esta igualdad promovida por el Estado Liberal, el modelo se inclina a un Estado mínimo, ya que el ente estatal no debería intervenir en la vida particular, pues esto violaría la individualidad de la persona. Por ende, nadie debe ser obligado a contribuir con el bienestar de los demás, tampoco ceder bienes que ha adquirido por sus propios talentos.⁶⁵⁶

El principal reflejo que este modelo impone es que los derechos fundamentales se comprenden como normas de competencia negativas

⁶⁵⁵ ATRIA, F. 2013. *Op. Cit.*, p. 167.

⁶⁵⁶ ZÚÑIGA, A. 2012. *Op. Cit.*, p. 51.

(delimitaciones) relativas al obrar del poder del Estado.⁶⁵⁷ Como consecuencia, las repercusiones en la interpretación de los derechos fundamentales comprenden, según Böckenförde: i) que la libertad es una libertad sin más, no una libertad para algún fin u objetivo ("fomento del proceso político-democrático, realización de valores, integración de la comunidad política, y cosas semejantes"⁶⁵⁸); ii) que la libertad conserva un carácter de preexistente al Estado, por ende, preexiste a las posibilidades de intervención o delimitación⁶⁵⁹; iii) que "al Estado no le corresponde ninguna obligación de aseguramiento o garantía para la realización de la libertad del derecho fundamental. La realización efectiva de la libertad garantizada jurídicamente se deja a la iniciativa individual o social."⁶⁶⁰

La interpretación originalista es una manifestación de estas características, e igualmente se apoya en las actas de la CENC para fundamentar su posición con respecto a los derechos fundamentales. El resultado es el menoscabo de los derechos sociales frente a la necesidad económica que ellos demandan.

En la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución se debatió la falta de necesidad de otorgar garantías procesales a los derechos sociales, teniendo

⁶⁵⁷ BÖCKENFÖRDE, E. 1993. *Op. Cit.*, p. 48.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 51.

en cuenta que son derechos que dependen de recursos económicos del Estado, y por ende, no debieran recibir este tratamiento constitucional.⁶⁶¹ Las motivaciones de la CENC eran claras en apuntar que no se podría proteger a una categoría de derechos que depende estrechamente de la capacidad económica del Estado.⁶⁶²

Esta visión sobre los DD.FF. en nuestro sistema, llevó a la afirmación de la doctrina de que en nuestra actual Carta Política existe un déficit en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC)⁶⁶³, y que existe una primacía de los derechos civiles y políticos por sobre los derechos sociales.⁶⁶⁴

La Constitución vigente presenta un catálogo estricto de derechos de segunda dimensión de derechos fundamentales (básicamente y de forma precaria algunos derechos laborales, el derecho a la seguridad social [débil y sin garantías, dificultando que efectivamente pueda ser llamado social]⁶⁶⁵, el derecho

⁶⁶¹ GOBIERNO DE CHILE. 1974d. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Tomo VI, Sesión 182 a 214 [en línea]
<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 24 agosto 2017], p. 244.

⁶⁶² GOBIERNO DE CHILE. 1974e. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Tomo XI, Sesión 407, celebrada el miércoles 9 de agosto de 1978. [en línea]
<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_XI_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 25 octubre 2016].

⁶⁶³ Ver ZÚÑIGA, A. 2012. "La teoría de la justicia detrás de nuestra constitución. El caso de los derechos sociales". En: CAVALLO, A. (coord.) Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno. Santiago (Chile), Librotecnia.

⁶⁶⁴ BUSTOS BOTTAI, R. 2012. "Derechos sociales y Constitución: algunas reflexiones sobre el modelo chileno". En: Derechos Fundamentales, libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda, Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, p. 53.

⁶⁶⁵ Ver CIFUENTES LILLO, H.; WALKER ERRÁZURIZ, F; Y ARELLANO ORTÍZ, P. 2013. Seguridad Social: parte general y pensiones. Santiago (Chile), Librotecnia, pp. 226 y ss.

a la salud [también de forma deficitaria]⁶⁶⁶, el derecho a la educación y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación), y es caracterizada por la ausencia de herramientas procesales que permitan la judicialización de los DESC.⁶⁶⁷ El Recurso de Protección, regulado en el artículo 20 de la CPR del 1980, garantiza la tutela estatal solamente para los derechos civiles y políticos, no a los DESC en su totalidad.⁶⁶⁸

Como habíamos comentado con respecto a la forma de Estado, la interpretación originalista no aporta mucho a la evolución del sistema chileno. Ella impide que las disposiciones constitucionales se adecuen a la realidad democrática y dificultan la actualización de estas disposiciones a las necesidades sociales actuales. En la perspectiva que considera los derechos fundamentales como libertades sin más, y que parte del presupuesto de que todos están en las mismas condiciones de acceder a los bienes básicos para una vida digna y a las oportunidades para concretar sus planes de vida, “las diferencias de los individuos, ya sean de recursos, ideológicas, religiosas, de género, etc., quedan invisibilizadas.”⁶⁶⁹

⁶⁶⁶ Ver FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R. 2013. "El derecho a la salud". *En: Estudios Constitucionales*, año 11, n° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 283 a 332.

⁶⁶⁷ BUSTOS BOTTAI, R. 2012. *Op. Cit.*, p. 55.

⁶⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁶⁹ BECERRA VALDIVIA, K. 2015. "Lo colectivo, principio de solidaridad y derechos sociales: ¿es posible conciliar estos conceptos en Chile?" *En: SQUELLA, A. y ARRIAGADA, M. B. (dirección), Sobre los Derechos Sociales, Revista de Ciencias Sociales, Número Especial, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, p. 381.*

Por esta razón, es trascendente comprender el Estado chileno como un Estado activo, que tiene por finalidad promover el bien común, garantizando la participación en la vida nacional en igualdad de oportunidades y auxiliando a todos a tener la mayor realización material y espiritual posible, de forma a que esto se refleje, también, en la manera como el Estado de Chile protegerá los derechos fundamentales.

Para auxiliar el ente público en esta labor, el año 1989 la ley n° 18.825 modificó la CPR de 1980 para incluir un importante inciso en el artículo 5° de la Carta Política. Dice el texto 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.”

Este texto, juntamente con la teoría del Bloque de Constitucionalidad⁶⁷⁰, permitió al modelo chileno reconocer de forma amplia qué comprende su

⁶⁷⁰ Con origen en Francia inicialmente ("*Bloc de constitutionnalité*") a partir de la Constitución Francesa de 1958 y de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Ver NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2015. "El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, El Parámetro de Control y Consideraciones Comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia". *En*: Estudios constitucionales, 13(2), 301-350. [en línea] <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>> [consulta: 09 noviembre 2016]. FAVOREU, L.; RUBIO LLÓRENTE, F. y PÉREZ ROYO, F. J. 1991. Bloque de Constitucionalidad. Sevilla, Editora Civitas. Es definida como un "conjunto de derechos de la persona (atributos y garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de *ius cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 letra c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, conforma límites al

catálogo de derechos fundamentales, e incorporar principios constantes en los tratados internacionales ratificados por el país, de forma a considerarlos como parte de su ordenamiento jurídico.

En este sentido, afirma Bidart Campos que "cuando una Constitución hace alguna referencia a tratados internacionales de derechos humanos nos permite respaldar la idea de que estos derechos que constan en normas que se hallan fuera de la Constitución deben meritarse como derechos implícitos en el hospedaje de esa Constitución."⁶⁷¹

De esta forma, la interpretación alternativa, que considera el Estado de Chile como un Estado activo, viene respaldada por un mandamiento constitucional (a partir del año 1989) que soluciona el problema del catálogo de derechos fundamentales. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico chileno considera como derechos fundamentales aquellos que buscan asegurar, respetar, garantizar y promover, sea por el orden jurídico estatal o internacional, la dignidad de la persona humana, consagrada en nuestro texto magno en el artículo 1º,

ejercicio de la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5º, inciso segundo de la Constitución Chilena vigente." NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2012. "La concepción de constitución, el bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales y el control de convencionalidad en la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Chile". En: Derechos Fundamentales, libro en homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda, Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, p. 226.

⁶⁷¹ BIDART CAMPOS, G. 2002. "Los derechos "no enumerados" en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional". En: Memoria del CONGRESO Iberoamericano de Derecho Constitucional (7º, 2002, México D.F, México). Universidad Nacional Autónoma de México, p.106. [En Línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/342/6.pdf>> [consulta: 09 noviembre 2016].

inciso 1°. La dignidad humana constituye un mínimo invulnerable que debe ser asegurado a través del respeto de todos los derechos fundamentales, ya que ellos son la principal herramienta de desarrollo de la dignidad humana.⁶⁷²

Luego, los derechos sociales no existen en un ordenamiento jurídico solamente cuando, a ejemplo de algunas Constituciones modernas, hay un extenso rol de derechos y garantías fundamentales para darles existencia en el mundo jurídico. Estos derechos existen cuando el ordenamiento jurídico es capaz de ofrecer a la persona humana su contenido esencial a través de su estructura completa.⁶⁷³

El uso de la normativa internacional ratificada por Chile es imprescindible para construir un catálogo coherente de derechos sociales. Esto permitirá, a lo menos, identificar que estos derechos deben ser objeto de protección por parte del Estado, que deberá buscar una forma eficiente de solucionar conflictos e interpretar los derechos fundamentales.

Claudio Nash afirma la importancia de utilizar los tratados internacionales como fuente de resolución de conflictos en materia de derechos fundamentales. Utiliza como soporte la sentencia 300-1990 de la Sala Constitucional de Costa Rica que considera la "posibilidad de dotar de un contenido normativo concreto

⁶⁷² NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2015. *Op. Cit.*

⁶⁷³ NOGUEIRA ALCALA, H. 2009. *Op. Cit.*

en el ámbito interno a un derecho fundamental que surge de un principio consagrado en instrumentos internacionales de los derechos humanos".⁶⁷⁴

La tendencia jurisprudencial, cuando en los casos concretos se enfrentan con principios generales que necesiten de concreción normativa para ser operativos, es de recurrir al derecho internacional de los derechos humanos para darles contenido.⁶⁷⁵

Nash Rojas respalda, que tal estructura de los estándares normativos y la forma de resolver conflictos entre principios es perfectamente aplicable en Chile sobre la base del actual texto constitucional. Los principios constitucionales que se refieren a derechos fundamentales pueden encontrar contenido en el derecho internacional dándoles plena eficacia en el ámbito interno.⁶⁷⁶

En la misma línea, Bidart Campos señala que "la fuente interna y la internacional se retroalimentan. Los egoísmos interpretativos, cualquiera sea su origen y cualquiera el método que empleen para reducir el sistema en vez de procurar su ampliación y plenitud, no obedecen ni responden condignamente a la génesis y a la razón histórica del sistema de derechos, que nunca fue ni pudo

⁶⁷⁴ NASH ROJAS, C. 2008. La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales. Tesis (Doctorado en Derecho). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 103.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 107.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 114.

ser –ni debe ser– de estrechez o angostamiento, sino de optimización en el marco histórico y situacional”.⁶⁷⁷

La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno afirma el reconocimiento del bloque constitucional de derechos fundamentales, con apertura para reconocer la existencia de derechos fundamentales, aunque no estén consagrados en el texto constitucional. El Tribunal Constitucional chileno afirma que las personas son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.⁶⁷⁸

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Chile en el fallo Rol N° 3452-2006, y Recurso de Casación, Rol N° 6186-2006, reconoce que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento y son invocables por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.

⁶⁷⁷ BIDART CAMPOS, G. 1994. La interpretación de los derechos humanos, Buenos Aires, Ed. Ediar, pp. 30-31.

⁶⁷⁸ Tribunal Constitucional, "Ley sobre Libertad de Información", 30 de octubre de 1995 (declaración de inconstitucionalidad), Rol N° 226. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=391>> [consulta: 10 julio 2015].

Esta lógica se refuerza en los artículos 1º, incisos I y IV⁶⁷⁹, 5º, incisos I y II⁶⁸⁰ y 6º⁶⁸¹ de la Constitución de la República de Chile de 1980. Con ellos se sostiene que “los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos de participación consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile, han adquirido rango constitucional y, por tanto, obligan a todo el aparato del Estado (efecto de irradiación de los derechos fundamentales), incluido el poder legislativo y el judicial en el ámbito de sus competencias.”⁶⁸²

El mayor problema, entonces, no es reconocimiento de los derechos sociales, ni la posibilidad de comprender el Estado de Chile como un Estado activo. El verdadero problema, es que mismo que exista este doble reconocimiento, hay que reforzar la deficitaria garantía en materia de

⁶⁷⁹ Constitución Política de la República de Chile. Boletín Oficial, 24 de octubre de 1980, Edición del texto actualizado hasta mayo de 2017, Artículo 1º - Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. IV - Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

⁶⁸⁰ Constitución Política de la República de Chile. Boletín Oficial, 24 de octubre de 1980, Edición del texto actualizado hasta mayo de 2017, Artículo 5º - La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. II - El ejercicio de la soberanía reconoce único 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.

⁶⁸¹ Constitución Política de la República de Chile. Boletín Oficial, 24 de octubre de 1980, Edición del texto actualizado hasta mayo de 2017, Artículo 6º - Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

⁶⁸² NASH ROJAS, C. 2008. *Op. Cit.*, pp. 253 y 254.

herramientas procesales para judicializar los derechos sociales (respecto a su contenido prestacional) en Chile, garantizando la subjetividad (que una persona tenga la posición jurídica de exigir del Estado una prestación a que éste está obligado) como característica esencial de los derechos fundamentales.⁶⁸³

De esta forma, aunque una de las interpretaciones existentes en nuestro ámbito afirme que modelo de Estado chileno puede actuar, por ausencia de un mandamiento constitucional que prohíba su actividad, o mismo por las disposiciones constitucionales del artículo 1° ya analizadas, esto no está respaldado por la subjetividad de los derechos que permita su judicialización y consecuentemente obligue al Estado a cumplir sus obligaciones en la promoción del bien común y en el auxilio al acceso a los bienes básicos para una vida digna y el acceso a las oportunidades con igualdad de condiciones para participar en la vida nacional.

Por esta razón, las limitaciones de judicialización de los derechos sociales hacen con que Chile, además, incurra en un incumplimiento de los propios tratados internacionales en que es signatario. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por Chile el 08 de octubre de 1990, afirma en su artículo 2°

⁶⁸³ Ver ALEXY, R. 2014. *Op. Cit.*; PECES-BARBA, G. 1999. Curso de derechos fundamentales teoría general. Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado; y CRUZ VILLALÓN, P. 1989. "Formación y evolución de los derechos fundamentales". *En: Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Nº 25.

el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para la garantía de los derechos constantes en la Convención.⁶⁸⁴ En este mismo sentido está el artículo 2.2 del PIDESC, que afirma que los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian.

Si hasta aquí podemos entender que la pugna interpretativa que afirma la existencia o de un Estado mínimo o de un Estado activo tiene reflejo en la forma cómo el ente estatal chileno tutela los derechos fundamentales, por la conexión existente entre la teoría de los derechos fundamentales y la forma de Estado, es necesario demostrar esto en la práctica jurídica.

Por un lado, y respaldando la interpretación originalista, las sentencias rol N°309-2000 y N° 1050-2008 del Tribunal Constitucional, en discusión sobre la constitucionalidad de los artículos 6º, N° 1, letra a), y N° 2, y 7º, N° 1, oración segunda, del Convenio 169 de la OIT, encontramos un pronunciamiento que determinó el carácter programático de los derechos sociales. En esta tesis, defendida por el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, se afirmó que las disposiciones del Convenio 169 de la OIT no son ejecutables y que revisten carácter programático, como la mayoría de los tratados internacionales.⁶⁸⁵

⁶⁸⁴ Artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁶⁸⁵ Tribunal Constitucional, "Control de constitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la

Por otra parte, el Tribunal Constitucional chileno, por medio de la sentencia Rol N° 976 de 2008 presentó una importante visión sobre la forma como los derechos de segunda dimensión pueden ser vistos en el sistema chileno. El considerando 27° afirmó categóricamente que "que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando que poner en duda su practicabilidad de realización es una idea confusa, porque esa reserva de lo posible lleva a sostener que la Constitución ha de ser desactivada, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización"⁶⁸⁶

La sentencia Rol N° 1710 de 06 de agosto de 2010, también trata de casos de salud, y nuevamente el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre los derechos sociales que no deben ser vulnerados, ni por el Estado, ni por particulares cuando actúan en cooperación para su promoción. El considerando 106° afirma "(...) que la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales (...)." ⁶⁸⁷

Organización Internacional del Trabajo, de 27 de junio de 1989", 3 de abril de 2008, Rol N° 1050 [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=34479> [consulta: 22 noviembre 2017].

⁶⁸⁶ Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A.", 26 de junio de 2008, Rol n° 976 [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=35183> [consulta: 22 noviembre 2017].

⁶⁸⁷ Tribunal Constitucional, "Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional con relación al artículo 38 ter de la Ley 18.933", 06 de agosto de 2010, Rol n°

Esta pugna interpretativa no tiene importancia solamente con respecto a los derechos sociales, también impacta sobre cómo comprender todos los derechos fundamentales, independiente de su dimensión. Una teoría de derechos fundamentales del Estado Liberal, como dicho anteriormente, considerará que los derechos fundamentales se interpretarán siempre como restricciones al actuar del Estado.⁶⁸⁸ Por otro lado, una teoría de los derechos fundamentales del Estado Social, considerará que los derechos fundamentales cimientan los presupuestos sociales para que el Estado pueda promover la libertad real al mayor número de personas.⁶⁸⁹ Es decir, son derechos que respaldan el actuar del Estado en la promoción del bien común.

De ahí la importancia de la estructura del Estado Social y Democrático de Derecho. En el Capítulo I vimos que los derechos sociales surgieron antes del Estado Social, pero necesitaron esta estructura estatal para poder tutelar debidamente los derechos de segunda dimensión. Sin el Estado Social, los derechos sociales no encontrarán el escenario favorable para su efectiva protección. La consecuencia de esto es que difícilmente el Estado podrá asegurar a todas las personas lo que es indispensable para la vida digna (mínimo vital), porque el contenido de este mínimo está formado también por derechos sociales prestacionales (v.g. alimentación, vivienda, vestido). Es decir, los derechos

1710 [en línea] <<https://www.camara.cl/camara/media/docs/fallos/rol1710.pdf>> [consulta: 22 noviembre 2017].

⁶⁸⁸ BÖCKENFÖRDE, E. 1993. *Op. Cit.*, p. 50.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 64.

sociales, sin la estructura del Estado Social estarán destinados a la materia de políticas públicas, sin que se estructuren como derechos subjetivos en el ordenamiento jurídico.

En nuestra opinión, los derechos sociales no deben ser únicamente materia de políticas públicas. De la misma forma como discutimos en el Capítulo I, que los derechos sociales son derechos y que tienen un prisma negativo y otro positivo, que demandan recursos al igual que los derechos de primera dimensión, y que por ende pueden ser identificados como derechos subjetivos, el Poder Judicial es la instancia correcta para reclamar su vulneración.⁶⁹⁰

La imposibilidad de llevar estas demandas al conocimiento del Poder Judicial representa una traba en el sentido de garantizar, promover e institucionalizar los derechos fundamentales de segunda dimensión, y esta perspectiva es contraria al Estado Social y Democrático de Derecho.

La perspectiva individual que reclama cada derecho debe considerar la posibilidad concreta de acusar su violación y pedir su reparación, o discutir sus alcances en el Poder Judicial cuando existieren dudas sobre su aplicación en un caso concreto.

⁶⁹⁰ Para Fernando Atria existe un malentendido con respecto a los derechos sociales, ya que no se debería defenderlos por la vía de volverlos judiciales, es decir de asociarlos a derechos subjetivos (p. 36). Para el autor esta es una visión individualista de los derechos sociales, incompatible con su estructura. La visión correcta, según Atria es ver los derechos sociales desde la perspectiva de la ciudadanía, ya que existen “ciertos aspectos del bienestar de cada uno que son responsabilidad de todos” (p. 51) ATRIA, F. 2014. Los derechos sociales y la educación. Santiago (Chile), Lom.

Carlos Nino ya señalaba sobre el equívoco en considerar a los derechos sociales como derechos que solamente pueden ser gozados por grupos y no por individuos.⁶⁹¹ Rodolfo Arango, igualmente estableció que los derechos sociales son derechos que pueden ser cobrados por el individuo al Estado (subjetividad).⁶⁹² En la misma dirección, María Beatriz Arriagada comenta que “la posibilidad de considerar a los ‘derechos sociales’ como derechos subjetivos existe siempre que exista la de que una norma imponga una obligación positiva al Estado y, correlativamente, atribuya un derecho a los individuos, al margen de cuál sea la fundamentación última de esta imposición-atribución.”⁶⁹³

Este problema confirma por qué no nos afiliamos a los que intentaron afirmar la existencia del Estado Social en Chile, y por qué corroboramos con la necesidad de un cambio constitucional si queremos una efectiva tutela de los derechos fundamentales en su totalidad.

La pugna interpretativa que impacta el modelo chileno representa un obstáculo importante en el establecimiento del deber del Estado de asegurar el mínimo vital, y, hoy por hoy, representa un impedimento de garantizar su prisma positivo (prestacional), por la ausencia de subjetividad de los derechos sociales en el sistema chileno.

⁶⁹¹ NINO, C. 2007. “Sobre los derechos sociales”. *En: Los escritos de Carlos S. Nino*, volumen 2, Gedisa, Buenos Aires, p. 68.

⁶⁹² ARANGO, R. 2005. *Op. Cit.*, p. 113.

⁶⁹³ ARRIAGADA CÁCERES, M. B. 2013. *Op. Cit.*, pp. 53 y 54.

Además, la existencia de esta disputa exegética se refleja en la forma como los derechos que representan la base del surgimiento del mínimo vital en Europa serán tratados en nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, por veces serán vistos como libertades frente al ente público, con miras a la no intervención en la esfera individual, por otras serán dotados de contenido positivo que permitirá al Estado tutelar cada uno de estos derechos (vida, dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad) en un contexto proactivo. Veamos esto con mayor detalle.

3.4 El impacto de la pugna interpretativa en la tutela de los derechos que sirven de base para el mínimo vital

El propósito de este Capítulo está en demostrar cómo el conflicto exegético sobre la forma de Estado en Chile se refleja en la tutela de los derechos fundamentales, a través de la correspondencia entre una teoría de los derechos fundamentales y la forma de Estado. Esta relación fue trascendente en la construcción del modelo europeo del mínimo vital, y para comprobar nuestra hipótesis de investigación, necesitamos comprender cómo este proceso se desarrolló en el caso chileno.

La adopción de una interpretación originalista de la Constitución, como en parte se viene utilizando en nuestra realidad jurídica, llevará a la comprensión de

que el Estado de Chile es un Estado mínimo, que no debe intervenir en la esfera individual de las personas. Por otra parte, la adopción de una interpretación que considera el Estado de Chile como un Estado activo, permitirá un mejor desarrollo en la protección de los derechos fundamentales, con miras a adecuarlos a la realidad social y permitir el avance en la protección que el ente público debe otorgar a estos derechos, incluso, con proyecciones activas (prestacionales) del Estado chileno.

Con la transición del modelo liberal de Estado hacia el Estado Social en Europa, vimos que la libertad y la igualdad ganaron nuevas interpretaciones, y que la vida y la dignidad humana igualmente fueron dotadas de una proyección activa en la tutela por parte del ente estatal. Además, el énfasis en la solidaridad, existente en el Estado Social y Democrático de Derecho, demostró que el esfuerzo conjunto del Estado y la sociedad es la forma más eficiente de lograr el bien común.⁶⁹⁴

A través de esta doctrina, se produjo la interpretación que llevó al surgimiento del mínimo vital, debido por el Estado a todas las personas y materializado por prestaciones positivas y como forma de defensa (prismas positivo y negativo del mínimo vital).

⁶⁹⁴ Este análisis está en el Capítulo I de nuestra investigación, y tales conclusiones son parte de este marco teórico.

Específicamente en el caso chileno, vimos que la actual Carta Política del 1980 se encuentra en el medio de un conflicto interpretativo que pretende dar al Estado chileno ora una interpretación que conduce al Estado mínimo, ora una interpretación que permite la configuración de un Estado activo en la persecución del bien común.

Aunque se haya intentado constantemente modificar la Constitución del 1980, la ciudadanía chilena no estuvo satisfecha con los cambios constitucionales.⁶⁹⁵ En este sentido, el avance para entregar nuevas perspectivas a los derechos garantizados en nuestro texto constitucional se dio principalmente a través de la interpretación jurídica.⁶⁹⁶

El óptimo para la consagración del mínimo vital en el modelo chileno demandaría un reemplazo constitucional, no nuevas reformas, que han demostrado ser insuficientes para superar los problemas originados con la Constitución del 80.⁶⁹⁷ No obstante, mientras no logremos sustituir el texto anterior tan reformado y que aún tiene a la mayoría descontentos, tenemos que hacer uso de la interpretación jurídica para posibilitar seguir la senda del Estado Social. Y así poder ofrecer mayor protección a los derechos fundamentales en

⁶⁹⁵ RUIZ-TAGLE, P. 2016. *Op. Cit.*, p. 161.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, p. 205.

⁶⁹⁷ Para mayores detalles sobre este debate ver ZÚÑIGA URBINA, F. 2013. "Nueva Constitución y operación constituyente: algunas notas de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente". En: *Estudios constitucionales*, 11(1) [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100014&lng=es&nrm=iso>. accedido en 01 dic. 2017. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100014>> [consulta: 01 diciembre 2017].

todas sus dimensiones. Esto será primordial para encontrar la fuerza axiológica necesaria en los derechos a la vida, la dignidad humana, la libertad y la igualdad en un contexto solidario para poder hablar de la existencia de la protección del mínimo para la vida digna en Chile.

Nogueira Alcalá comenta que “la Constitución no es sólo un conjunto de principios y reglas de aplicación directa, sino que éstas se van transformando en contacto con el tiempo y los acontecimientos sociales, los cuales van haciendo variar el sentido y alcance de los vocablos empleados en el texto constitucional, como asimismo las concepciones que se desprenden del mismo, el cual debe irse actualizando para mantenerse como un instrumento de gobierno efectivo.”⁶⁹⁸

En el mismo sentido, Böckenförde demuestra que existen muchos métodos de interpretación constitucional, siendo la menos recomendable la hermenéutico-clásica, que visualiza la constitución como una ley y la explica a través de la interpretación sistemática, histórica, lógica y gramatical.⁶⁹⁹ Los demás métodos (tópico orientado al problema, orientado a las ciencias de la realidad, interpretación como concretización) consideran el carácter evolutivo que debe tener el contenido constitucional según el énfasis que da cada una de ellas.⁷⁰⁰

⁶⁹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2012. *Op. Cit.*, pp. 221 y 222.

⁶⁹⁹ BÖCKENFÖRDE, E. 1993. *Op. Cit.*, p. 16.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, pp. 19-35.

El contenido constitucional debe corresponder a la evolución social y tener una fuerza adaptativa que también permita la correspondencia del contenido de los derechos fundamentales a lo que espera la comunidad con respecto a su protección por parte del Estado.⁷⁰¹

Por esta razón, solamente el abandono de la interpretación originalista permitirá comprender los derechos que cimentaron el mínimo vital con las mismas características que le dio el modelo europeo y que se proyectó en Latinoamérica post Segunda Guerra Mundial.

La existencia de esta pugna interpretativa aun representa un importante obstáculo en la formación de un consenso con respecto a la manifestación de los derechos fundamentales como defensa contra la intervención del Estado, o como forma de concretizar la libertad real, la igualdad material, la dignidad y la defensa activa de la vida en el contexto chileno, es decir como forma de permitir la defensa del mínimo vital.

Para verificar lo dicho anteriormente en la práctica, utilizaremos también el análisis de algunas sentencias de los tribunales chilenos. En este punto, se hace necesario reforzar la advertencia de la introducción de la tesis, ocasión en que afirmamos que el análisis jurisprudencial no es el método principal de nuestra

⁷⁰¹ RUIZ-TAGLE, P. 2006. "Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario". En: BORDALÍ SALAMANCA, A. (coordinador), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago (Chile), Editorial Lexis Nexis, p. 94.

investigación. Su carácter es complementario. De la misma manera, se advierte que el uso de la jurisprudencia en este apartado está limitada a demostrar la pugna interpretativa que existe en el sistema chileno con respecto a la teoría de los derechos fundamentales, comprobando lo que fue establecido anteriormente, al inicio del Capítulo 3.

3.4.1 La dignidad humana en Chile

Conforme estudiamos en el Capítulo 1 de la tesis, la dignidad humana es un principio esencial para la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales en todas sus dimensiones. Como derecho, ella está positivada en el texto magno chileno en el artículo primero, inciso I de la Constitución vigente: "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos." El inciso 2° del artículo 5° del mismo texto complementa: "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

Por un lado, la adopción de la interpretación originalista permite visualizar la dignidad humana como principio constitucional base en que está radicada la libertad y la igualdad ante el derecho.⁷⁰² Desde las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, la dignidad es el respeto hacia el hombre

⁷⁰² FERNANDOIS VÖHRINGER, A. 2004. "La píldora del día después: aspectos normativos". En: *Revista Estudios Públicos*, n° 95 (invierno 2004), p. 101.

como persona. Se trata de una condición dada al hombre a través de las libertades negativas y la igualdad ante la ley, características que se alían a la idea de que las personas tienen dignidad por ser una imagen de Dios, luego, libres e iguales.⁷⁰³

Más allá, en las Metas u objetivos fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República de 26 de noviembre de 1973, un mes antes de haber sido designada la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, ya se afirmaba que la nueva Carta Política se basaría en una concepción de dignidad del hombre como ser dotado de espiritualidad, que tiene como consecuencia, que el hombre tiene "derechos naturales anteriores y superiores al Estado, que el Estado está al servicio de la persona humana y no al revés, que el fin del Estado es el bien común de la sociedad política en el orden temporal, que el bien común exige respetar el principio de subsidiariedad, el cual supone el derecho de propiedad privada y de libre iniciativa en el campo económico."⁷⁰⁴

Esta perspectiva lleva a comprender que no es posible vulnerar la libertad individual (no interferencia del Estado), ni la igualdad ante el derecho (todos están en las mismas condiciones, por ende deben ser tratados igualmente por la ley), so pena de ver violada la dignidad humana. Se trata de una interpretación de la

⁷⁰³ GOBIERNO DE CHILE. 1974d. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Tomo III, Sesión 83 a 115 [en línea]
<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3767/2/Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 06 noviembre 2017], p. 270.

⁷⁰⁴ SOTO KLOSS, E. 1994. "La familia en la Constitución Política". *En: Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, n° 2, p. 219 y 220.

dignidad vinculada a la teoría del Estado Liberal (en la clasificación de Böckenförde ya estudiada), que impide la injerencia estatal en la vida social.

Por otro lado, es posible comprender la dignidad humana como base y justificación de los derechos fundamentales en un Estado activo, que promueve la dignidad humana en concreto.

El Tribunal Constitucional chileno, en el fallo Rol N° 976 de 26 de junio de 2008, considerandos 23° y 24°, afirmó que la dignidad humana comprende un cúmulo de atributos, con los que la persona nace y conserva durante toda su vida. Entre ellos los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. La dignidad humana tiene vínculo directo con el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud. Para el Tribunal Constitucional la preservación de la dignidad humana viene conectada con la promoción y protección de los derechos fundamentales.⁷⁰⁵

De esta forma, la dignidad, atributo de toda persona, comprende la garantía de protección y promoción de los derechos fundamentales, incluidos – obviamente– no solamente los que constan en el texto constitucional, sino

⁷⁰⁵ Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A.", 26 de junio de 2008, Rol n° 976. *Op. Cit.*

también los que fueron incorporados al sistema jurídico nacional vía ratificación de tratados internacionales vigentes, conformando un bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales. Debe ser asegurada, respetada, garantizada y promovida.⁷⁰⁶

Para que una persona pueda tener dignidad, debe tener garantizada su situación jurídica de pedir al ente estatal el pleno respeto y promoción de sus derechos fundamentales (derecho subjetivo), rechazándose cualquier interpretación o actuación estatal la suprima.⁷⁰⁷

Tener igual dignidad es tener igual acceso a las oportunidades de participación en la vida social e igual participación en las oportunidades para concretar los planes de vida que uno valora, lo que representará mayor libertad y la concretización de la vida digna. La dignidad humana comprende el acceso a garantías mínimas para una vida digna y esta es una expresión positiva que debe ser tutelada por el Estado.⁷⁰⁸

⁷⁰⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2015. "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia". En: *Estudios constitucionales*, 13(2) [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000200011> [consulta: 19 octubre 2016], p. 302.

⁷⁰⁷ Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inconstitucionalidad de un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia", 26 de junio de 2001, Rol n° 325 [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=28795> [consulta: 22 noviembre 2017].

⁷⁰⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2015. *Op. Cit.*, p. 303.

Si la dignidad humana, como dijo el propio Tribunal Constitucional chileno, es inalienable, imprescriptible e inviolable, su protección y promoción deben ser una constante en el actuar estatal. Luego, “la dignidad humana constituye así el mínimo invulnerable del ser humano que el ordenamiento jurídico debe asegurar respecto de cada uno y todos los derechos fundamentales, los cuales tienen en ella su fundamento y base sustantiva, en la medida que todos ellos contribuyen a desarrollar ámbitos propios de la dignidad humana.”⁷⁰⁹

Si esto es así, entonces hay que considerar, junto al fallo Rol N° 943 de 10 de junio de 2008 del Tribunal Constitucional chileno, que los principios y valores constitucionales no son declaraciones programáticas, sino mandatos expresos. Por ende, debe haber la maximización de las posibilidades de ejercicio de los derechos fundamentales en su totalidad⁷¹⁰, no una limitación del Estado, como pretende la interpretación originalista.

La interpretación del Tribunal Constitucional, comprende la dignidad humana como elemento a ser asegurado y promovido por el Estado. Una Constitución que consagra la dignidad humana como un principio fundamental de su cuerpo normativo camina en dirección a la participación estatal en la vida de las personas bajo su tutela. No se puede sostener que el Estado promoverá la

⁷⁰⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2015. *Op. Cit.*, p. 304.

⁷¹⁰ Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Luis Carlos Valdés Correa en relación al artículo 2.331 del Código Civil", 10 de junio de 2007, Rol n° 943 [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=34927> [consulta: 22 noviembre 2017].

dignidad humana basada en la observación pasiva de las irregularidades y distorsiones sociales provocadas por el libre mercado.

En este punto, en que se identifica la tensión entre dos corrientes distintas que se propaga para los derechos fundamentales, es posible identificar lo que afirmamos anteriormente, con respecto a la tensión entre dos interpretaciones posibles en nuestro sistema jurídico. Esta misma lógica será observada en los demás derechos fundamentales. Pero, por ahora, nos interesa ver esta tensión en las bases del mínimo vital. Sigamos.

3.4.2 De la igualdad formal a la igualdad material

Sobre el derecho a la igualdad, también es posible verificar la influencia de la pugna interpretativa en la Constitución del 80, ora inclinándose hacia una teoría liberal de los derechos fundamentales, ora inclinándose hacia una teoría del Estado Social en los derechos fundamentales.

Cuando la doctrina se hace valer de la teoría liberal de los derechos fundamentales, lo que se ve es la adopción de un concepto formal de igualdad, considerando que todos están en el mismo grado de competencias para acceder a los bienes básicos para la vida digna y acceder a las oportunidades para concretar los planes de vida valorados. Esta doctrina critica la igualdad material por su contenido utópico, y a esto se suma la opinión de que promover la igualdad

material es irreconciliable con la libertad, la familia e incluso la identidad personal; es decir, la generación de diferencias de acceso a oportunidades sería un factor que limitaría la libertad, y ofendería la identidad personal.⁷¹¹

Las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución demuestran la amplitud de la discusión con respecto al artículo 1° del proyecto de la Carta Política, ya que la propuesta del texto “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” podría llevar a comprender que las personas son iguales en derechos y que pueden tener acceso a los derechos de forma también igualitaria. Se afirmó en las discusiones que los hombres no son iguales en derechos, son iguales ante el derecho, y que esta debiera ser la postura que la Constitución tendría que adoptar.⁷¹²

Esta interpretación originalista que compite con la interpretación proactiva del Estado chileno en la promoción de la dignidad humana a través de la igualdad material, es señalada por los tribunales locales. En la Corte de Apelaciones de Antofagasta, fallo rol n° 782/2010 de 21 de diciembre de 2010, se determinó que una interpretación apunta a la “prohibición absoluta al legislador de privilegiar a

⁷¹¹ DÍAZ DE VALDÉS, J. M. 2015. “La Igualdad Constitucional: Múltiple y Compleja”. En: *Revista chilena de derecho*, 42(1), 153-187 [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000100007&lng=es&nrm=iso> [consulta: 18 abril 2017]. Ver también FONTAINE, F. 1986. “Libertad e igualdad”. En: *Revista Estudios Públicos*, n° 22 [en línea] <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183139/rev22_fcofontaine.pdf> [consulta: 29 agosto 2017].

⁷¹² GOBIERNO DE CHILE. 1974d. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Tomo III, Sesión 83 a 115. *Op. Cit.*, pp. 219 y ss.

persona o grupo alguno, interpretación que sólo miraría a la igualdad formal. En cambio, conforme al segundo modo de interpretar esta disposición, ella impone al legislador el deber de velar porque en Chile no existan personas ni grupos privilegiados, interpretación que miraría a establecer la igualdad social y sería perfectamente compatible con la discriminación positiva (...) Cuando la Constitución estipula que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, la forma correcta de interpretar este enunciado es que la igualdad implica tratar de igual modo a los iguales y de modo diverso a los diferentes, y este último imperativo deviene en la obligación de los órganos del Estado de asumir acciones afirmativas para poder ampararlos en sus derechos, de manera tal que sólo así se logrará garantizar que a grupos que se hallen en situaciones desiguales, no se les vea vulnerada esta garantía constitucional.”⁷¹³

Esta interpretación de la igualdad como igualdad material es compatible con la teoría del Estado Social, que supone una distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Por esto mismo, el fallo del Tribunal Constitucional rol N° 698 del 2006 afirma que aunque el artículo 19, N° 2, inciso III de la CPR de 1980 haya dicho que en Chile no hay personas o grupos privilegiados, esto no quiere decir que “la Carta Fundamental haya excluido la posibilidad de establecer un trato diferente y proporcionado a las personas que

⁷¹³ Corte de Apelaciones de Antofagasta, "Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y Comunidad Atacameña Toconao con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta", 21 de diciembre de 2010, Rol n° 782.

se encuentren en una situación diversa y que obedezca a circunstancias objetivas y relevantes para la diversidad de trato que la ley introduce.”⁷¹⁴ En el mismo sentido, la Corte Suprema afirma que “si bien el artículo 1º de la Constitución impone la igualdad formal de las personas, su dignidad determina el reconocimiento de sus diferencias.”⁷¹⁵

La doctrina también refuerza este entendimiento, planteando que la igualdad debe ser comprendida como igualdad de acceso de oportunidades.⁷¹⁶ Esta visión estaría consagrada en el artículo 1º, inciso V de la CPR de 1980 y también sería citada en el artículo 19, N° 10 del mismo texto con respecto a la igualdad de oportunidades en la educación.⁷¹⁷ Esto representa el reconocimiento de que existen personas en situación de desventaja (económica, social, política, etc.) que necesitan de intervención estatal para permitir que puedan acceder a los bienes y oportunidades para lograr sus objetivos de vida subjetivamente valorados.

⁷¹⁴ Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Ivonne Osses Gálvez, respecto del artículo 174 del Código del Trabajo", 14 de septiembre de 2007, Rol n° 698 [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=23449> [consulta: 22 noviembre 2017].

⁷¹⁵ Corte Suprema, "Recurso de nulidad en el fallo O-73-2015 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol", 20 de enero de 2016, Rol n° 28842.

⁷¹⁶ CEA EGAÑA, J. L. 2012. *Op. Cit.*, p. 134. En el mismo sentido NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2009. *Op. Cit.* Ver también CISTERNAS REYES, M. S. 2004. "Ordenamiento jurídico chileno frente al fenómeno discriminatorio". *En: Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, No. 3 (Septiembre - Diciembre 2004), pp. 409-437, p. 413 y ss.

⁷¹⁷ CEA EGAÑA, J. L. 2012. *Op. Cit.*, p. 134.

Nogueira Alcalá cita otras disposiciones de la CPR del 80 que apuntan hacia una perspectiva igualadora de oportunidades. Entre ellas, el artículo 19, N° 3 que garantiza asistencia judicial a los pobres; el artículo 19, N° 10, que asegura la educación básica para todos en forma gratuita; el artículo 19, N° 20, que establece la progresividad del sistema tributario; y el artículo 19 N° 24 que asegura la función social de la propiedad.⁷¹⁸

Por ende, aunque exista la posibilidad de adoptar una interpretación originalista vinculada a la no intervención del Estado (teoría liberal de los derechos fundamentales), la jurisprudencia chilena viene evolucionando para darle al principio de igualdad constitucional “un reconocimiento robusto y multiforme.”⁷¹⁹

Nosotros corroboramos con la posibilidad de adoptar el concepto de la igualdad como justicia y acceso de oportunidades en la Constitución chilena, por determinación del propio texto constitucional, que afirma 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 (que significa interpretar el rol del ente público en

⁷¹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2006. “El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas”. *En: Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 13 - N° 2, p. 95.

⁷¹⁹ RUIZ-TAGLE, P. 2000a. "Apuntes sobre la igualdad constitucional en Chile". *En: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, SELA 1999, Argentina (2000), p. 36.

favor de la promoción del bien común, que incluiría la igualdad de acceso a las oportunidades). Conjuntamente, el texto constitucional asegura a las personas la participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional.⁷²⁰

Para la concretización de esta forma de interpretar el derecho a la igualdad se hace necesario el rol activo del Estado para “generar equilibrios sociales, y la protección de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación.”⁷²¹ Esto supone que el ente estatal “abandone su [aparente] neutralidad y que cuente con herramientas de *diagnóstico* de la situación social para saber qué grupos o sectores *debe recibir* en un momento histórico determinado *medidas urgentes y especiales* de protección.”⁷²²

Para la concretización del mínimo vital es menester que todos tengan acceso a bienes mínimos que garanticen un nivel de vida digno y que permita que en sus diferencias pueden recibir soporte para alcanzar las oportunidades de participación en la vida social. Los que están excluidos de la participación de la vida social por inercia del Estado, no son tratados de forma igual, porque en la situación en que se encuentran no podrán alcanzar los bienes mínimos y las oportunidades por cuenta propia.

⁷²⁰ Artículo 1°, incisos 3° y 4° de la Constitución chilena de 1980.

⁷²¹ RONCONI, L. 2015. “Derechos sociales e igualdad: el rol de los tribunales de justicia”. En: SQUELLA NARDUCCI, A. y ARRIAGADA CÁCERES, M. B. 2015. *Sobre los Derechos Sociales*, *Revista de Ciencias Sociales*. Universidad de Valparaíso, Número Especial, p 217.

⁷²² *Ibídem*.

3.4.3 El derecho a la vida y sus proyecciones

Con respecto al derecho a la vida, la tensión en la teoría de los derechos fundamentales determinará si debemos comprender este derecho únicamente como un derecho subjetivo contra acciones atentatorias a la vida, o, más bien, si el derecho a la vida igualmente comprende otra forma de protección por parte del Estado, siguiendo la interpretación del Tribunal Administrativo Federal alemán y del Tribunal Constitucional alemán en la década de 50, que entendió que la vida, junto a la dignidad humana, tiene una proyección proactiva solidaria, donde el Estado debe garantizar las condiciones para que una persona pueda vivir dignamente.⁷²³

Por las dificultades en resolver la pugna interpretativa en el modelo chileno, encontramos las dos posiciones, estableciendo una tensión en la forma como se debe interpretar y tutelar el derecho a la vida.

Por una parte, se entiende el derecho a la vida como “el derecho de mantenerla o conservarla frente a los demás hombres, o si se quiere, es el derecho a que nadie nos la quite, y a que no pueda suprimirla ni cercenarla ni siquiera su propio sujeto.”⁷²⁴

⁷²³ Ver Capítulo 2 de la tesis.

⁷²⁴ UGARTE GODOY, J. 2006. "El Derecho a La Vida y La Constitución". En: *Revista chilena de derecho*, n° 33(3), p. 514.

En este mismo sentido, Mario Verdugo explica que el derecho a la vida representa la "facultad jurídica, o poder, de exigir la conservación y la protección de la vida humana, o sea, de este estado de actividad sustancial propio del hombre. No sólo, pues, en su dimensión biológica, en la integridad física, sino que también en lo psíquico."⁷²⁵ Eduardo Soto Kloss cita que la conservación de la vida es una ley natural que direcciona cualquier acción a la conservación de la vida del hombre e impide su destrucción.⁷²⁶

Las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, explicitaron la protección a la vida como "reacción de los hombres de derecho ante los atroces crímenes contra la humanidad perpetrados antes y durante el conflicto bélico."⁷²⁷ Por esta razón, para algunos autores, nuestro texto constitucional, siguiendo los dictámenes en materia de derechos humanos de esta época, habría tenido preocupación solamente con esta vertiente del derecho a la vida, protegiendo la integridad física y síquica de las personas contra la tortura, los malos tratos y la destrucción de la persona.

En las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, la sesión 87^a comenzó el estudio sobre el Derecho a la Vida, y una de las principales preocupaciones fue el de cambiar el texto del artículo 19 para expresar que la

⁷²⁵ VERDUGO MARINKOVIC, M. PFEFFER URQUIAGA, E. NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005. Derecho constitucional, Tomo I. Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, p. 199.

⁷²⁶ SOTO KLOSS, E. 2010. "Derecho a la Vida y Recurso de Protección" *En: Doctrinas Esenciales: Derecho Constitucional*, Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, p. 631.

⁷²⁷ VERDUGO MARINKOVIC, M.; PFEFFER URQUIAGA, E. y NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005. *Op. Cit.*, p. 197.

Constitución reconocerá el derecho a la vida, no asegurará. Según expresado por uno de los miembros de la comisión, "cuando en la Constitución se dice que 'asegura' a alguien un derecho es que le da seguridad que va a alcanzar ese derecho, lo que no ocurre, muchas veces, en la realidad. Entonces, es preferible usar la expresión la Constitución 'reconoce' y, en seguida, en las medidas de protección ver cómo se asegura aquello que puede asegurar, porque al 'reconocerse' el Estado tiene que propender a su consecución. De manera que sugiere a la Comisión que analice la conveniencia de reemplazar el término 'asegura' por 'reconoce'."⁷²⁸

Los derechos comprenden tres niveles de obligaciones: una obligación primaria de respetar, una obligación secundaria de proteger, y una obligación terciaria de satisfacer-cumplir.⁷²⁹ La interpretación originalista considera solamente las dos primeras obligaciones y no determina la existencia de una obligación de satisfacer, que significa atribuir al Estado el deber de realizar acciones concretas para alcanzar el goce efectivo y pleno del derecho a la vida. Rodolfo Figueroa García-Huidobro afirma que "el Estado no tiene obligaciones derivadas del derecho a la vida de hacer cosas para que la vida de las personas

⁷²⁸ GOBIERNO DE CHILE. 1974d. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Tomo III, Sesión 83 a 115. *Op. Cit.*, pp. 112 y ss.

⁷²⁹ Ver SHUE, H. 1980. *Basic Rights. Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy.* Princeton, New Jersey, Princeton University Press, p. 52; EIDE, A. 1989. "Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach." *En: HRLJ*, vol 10, N. 1-2, p. 37; EIDE, A. 1992. "National Sovereignty and International Efforts to Realize Human Rights." *En: Human Rights in Perspective: A Global Assessment.* (Eds.) Oxford, Blackwell Publishers, p. 5; y ALEXY, R. 2014. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *Op. Cit.*, p. 188.

sea más plena o significativa para ellas. Ideas como llevar una vida digna o un cierto estándar de vida deben considerarse ajenas a este derecho."⁷³⁰

Sin embargo, si adoptamos una teoría de los derechos fundamentales vinculada al concepto de un Estado activo, no podemos comprender que el derecho a la vida corresponde solamente a una obligación negativa de no matar arbitrariamente a una persona, y de obligaciones positivas secundarias necesarias para prevenir que se mate arbitrariamente a una persona.⁷³¹ En este caso, debemos comprender que existe una abertura para aceptar la posición de Otto Bachof, estudiadas en el modelo europeo del mínimo vital (Capítulo 2 de nuestra tesis) sobre la dimensión positiva de la vida, que significa tener garantizada las condiciones mínimas para poder vivir, es decir condiciones para preservar la vida.

Esta posición se verifica cuando la doctrina, analizando el derecho a la vida en la jurisprudencia, indica que su protección no está limitada por las restricciones económicas del Estado.⁷³² Conjuntamente, el Tribunal Constitucional chileno afirmó que “el Estado debe velar, como se lo exige la Constitución, por la vida de las personas. Lo hace directamente a través de su

⁷³⁰ FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R. 2008. "Concepto de derecho a la vida". *En: Ius et Praxis*, 14(1). [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100010&lng=es&nrm=iso> [consulta: 01 diciembre 2017].

⁷³¹ *Ibidem*.

⁷³² TÓRTORA ARAVENA. H. 2011. El derecho a la vida en la jurisprudencia. Análisis particular de sus limitaciones. Santiago (Chile), Editorial Metropolitana, p. 188.

poder público (...).⁷³³ Para el Tribunal Constitucional chileno, es imperativa la necesidad de proteger al ser humano en su derecho a la existencia. Para esto, el Estado tiene la obligación de conservar la vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal.⁷³⁴

En la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3729(3751)-17, sobre las tres causales de aborto, el considerando 49° afirmó que “el derecho a la vida supone dos contenidos básicos: el derecho a tener y vivir una vida en condiciones dignas y el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella.”⁷³⁵ Esta posición de la Corte Constitucional chilena apunta a la comprensión del derecho a la vida como un derecho que también necesita de ciertas condiciones dignas para gozarlo.

En esta base del mínimo vital se evidencia la tensión generada por la pugna entre las teorías de derechos fundamentales. Esta pugna es demostrada de forma bastante completa por el análisis del profesor Gastón Gómez Bernal.

⁷³³ Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores respecto de los artículos 7º, 10 y 11 del proyecto de ley sobre trasplantes de órganos", 13 de agosto de 1995, Rol n° 220 [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=27137> [consulta: 22 noviembre 2017].

⁷³⁴ Tribunal Constitucional, "Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional con relación al artículo 38 ter de la Ley 18.933", 06 de agosto de 2010, Rol n° 1710, *Op. Cit.*

⁷³⁵ Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-11", 02 de agosto de 2017, Rol n° 3729 [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia.php?id=3515> [consulta: 04 diciembre 2017].

Gastón Gómez define que "desde un punto de vista constitucional, el enunciado que garantiza el derecho a la vida implica o exige acciones positivas y negativas de parte del Estado."⁷³⁶ Luego, las posiciones amparadas por este derecho comprenderían: (1) exigir que el Estado no prive a las personas de su vida de forma ilegítima (ni la integridad física y psíquica); y (2) exigir que el Estado evite que terceros priven a las personas ilegítimamente a sus vidas y a su integridad física y psíquica. El autor reconoce la asociación de la dimensión negativa del derecho a la vida a la teoría liberal de los derechos fundamentales, como límite al poder estatal.⁷³⁷

El conflicto sobre el contenido y los límites de este derecho fundamental se establece pues: si las cortes de nuestro país reconocieran que el derecho a la vida es indisponible, entonces entre las obligaciones del Estado estaría la de asegurar el "mínimo para subsistir."⁷³⁸ "En cambio, si el derecho a la vida se concibiera bajo la estructura de un derecho de libertad o autonomía, el titular"⁷³⁹ configuraría autónomamente "los fines, medios y bienes que considera valiosos y perseguibles según 'su plan de vida'"⁷⁴⁰ sin la participación del Estado.

Sobre la posición de los tribunales chilenos con respecto al derecho a la vida, Gastón Gómez señala que existe una incoherencia en los fallos, ya que ora

⁷³⁶ GÓMEZ BERNALES, G. 2005. Derechos fundamentales y recursos de protección. Santiago (Chile), Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, p. 249.

⁷³⁷ *Ibidem*.

⁷³⁸ *Ibidem*, p. 252.

⁷³⁹ *Ibidem*, p. 253.

⁷⁴⁰ *Ibidem*.

estructuran este derecho fundamental como si fuera un derecho de libertad (donde el Estado no debe actuar para suplir las carencias necesarias para la sobrevivencia), y ora niegan la disponibilidad del derecho a la vida, reconociendo la vida de las personas como un bien valioso, independiente de las contingencias a que se someten, lo que supondría una posición en que el Estado debe intervenir para proteger la vida, incluso proveyendo lo necesario para la subsistencia.⁷⁴¹

Si esto es así, entonces la interpretación que concede al Estado un rol activo en nuestro ordenamiento jurídico, y consecuentemente conecta la teoría de los derechos fundamentales con este rol activo, posibilita la adecuación del derecho a la vida con la dignidad humana en la promoción de las condiciones necesarias para la vida digna de las personas. Lo que apunta al reconocimiento del deber del Estado en la tutela del mínimo vital en el ordenamiento jurídico chileno.

3.4.4 La tensión con el derecho de libertad

Por fin el derecho de libertad, que tiene estrecha vinculación con la interpretación del modelo de Estado, ya que, para una teoría de derechos fundamentales del Estado liberal, la libertad será vista como libertad negativa (no interferencia), mientras que para una teoría del Estado social, ella tendrá una

⁷⁴¹ GÓMEZ BERNALES, G. 2005. *Op. Cit.*, p. 255.

proyección activa, que significa que la intervención del Estado no limitaría la libertad, al contrario, actuando para promover el acceso de oportunidades para el mayor número posible de personas, habría la promoción de la libertad en el sentido de ampliarla.

Siguiendo las ideas de la interpretación originalista, la libertad será interpretada como no intervención del Estado en la vida particular. En este caso, el énfasis estará en la libertad individual como no privación de libertad.

En este sentido, la doctrina que aboga por la no intervención, comprenderá que cualquier promoción de acceso a los bienes necesarios para la vida digna y acceso a las oportunidades para concretar los planes de vida subjetivamente valorados, siempre representarán una limitación de la libertad de algunos. Fointaine, por ejemplo, asevera que “para todo aquel que comparta este postulado de libertad, resulta evidente que conceptos en boga hoy día como el de igualdad sustancial o material, cuya promoción necesariamente queda a cargo de la autoridad, se le contraponen abiertamente, en la medida en que la deseada supresión de las desigualdades exige en gran parte la restricción y limitación de las libertades de cada cual, ya que todos pasan a convertirse en sujetos de unas normas que regulan e intervienen la actividad de los distintos individuos con miras a la consecución del objetivo igualitario perseguido por la autoridad.”⁷⁴² Esta posición rechaza la solidaridad en el modelo de Estado, porque para la teoría del

⁷⁴² FONTAINE, F. 1986. *Op. Cit.*, p. 221.

Estado liberal, nadie debe estar obligado a contribuir para el crecimiento de los demás.⁷⁴³

En sentido contrario, Nogueira Alcalá comenta la perspectiva de la libertad como una garantía que debe venir acompañada de condiciones existenciales básicas que posibiliten la práctica de la libertad.⁷⁴⁴ La libertad como participación y como acción positiva estatal también es defendida por Peña González.⁷⁴⁵

El tratamiento digno a las personas y la promoción de la igualdad como justicia social permitirá a todos a acceder a más bienes y oportunidades en la vida nacional, lo que representará una ampliación de la libertad. La verdadera libertad es la que permite tener la capacidad para ejercer los derechos. No basta tener un derecho garantizado en textos legales o constitucionales, es fundamental que tales derechos puedan efectivamente ser ejercidos por las personas a quienes se les atribuyen.⁷⁴⁶

⁷⁴³ En este sentido ver también TÓRTORA ARAVENA, H. 2010. "Las limitaciones a los derechos fundamentales". *En: Revista Estudios Constitucionales*, 8(2), 167-200.

⁷⁴⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2013. *Op. Cit.*

⁷⁴⁵ PEÑA GONZÁLEZ, C. 2000. *Op. Cit.*

⁷⁴⁶ La libertad, según los criterios señalados, sería una capacidad para la autonomía. Es decir, la capacidad que una persona tiene de orientar su propia vida siguiendo sus propias decisiones. Elegir un plan de vida que considere valioso y tornarlo efectivo. El buen ejemplo de García Manrique puntúa que "una cosa es tener la libertad de leer un libro y otra distinta es tener la capacidad de leer un libro, o una cosa es ser libre de pernoctar en un hotel y otra cosa es ser capaz de pernoctar en un hotel. En el primer caso, la libertad de leer un libro no implica saber leer, pero la capacidad parece que sí. En el segundo caso, la libertad de pernoctar en un hotel no implica tener dinero suficiente para pagar la estancia, pero la capacidad parece que sí. En cambio, yo supondré que quien no sabe leer no es libre de leer un libro y quien no tiene dinero para pagar la estancia en un hotel no es libre de pernoctar en un hotel". En GARCÍA MANRIQUE, R. 2013. *Op. Cit.*, p. 155. El mismo autor explica, aún, que la libertad no es autonomía. Son cosas distintas. La libertad es la capacidad para la autonomía, una capacidad que puede ser ejercida o no. Libre es la persona que tiene la posibilidad de elegir un plan de vida valioso, es capaz de hacerlo. Autónomo es el que

Para concretar este prisma de la libertad es importante comprender que la libertad es un "resultado que se alcanza en comunidad con otros y es indisoluble, por tanto, del diálogo y de la participación."⁷⁴⁷

Como afirmamos, la libertad negativa es fácilmente vinculada al liberalismo clásico, mientras que la perspectiva de la libertad como participación es un rasgo de la tradición democrática, por ende, de la política moderna.⁷⁴⁸ Si queremos avanzar en dirección al Estado Social y Democrático de Derecho en Chile, la adopción de la libertad como participación y ampliación de oportunidades para todas las personas es fundamental.

Ser realmente libre no significa que nadie interfiera en la vida privada, sino que existan condiciones para que todos sean efectivamente libres, es decir puedan gozar de los derechos asegurados en la sociedad que vive, pueda

efectivamente elige este plan de vida en vez de elegir otra cosa o en vez de no ejercer su capacidad. En *Ibidem*, p. 156.

Amartya Sen dialoga en el mismo sentido, afirmando que el centro de atención de la discusión sobre la libertad es tener la capacidad para elegir la vida que una persona tiene razón para valorar según sus propios criterios. Para él, la capacidad es un tipo de libertad: "la libertad fundamental para conseguir distintas combinaciones de funciones (o, en términos menos formales, la libertad para lograr diferentes estilos de vida). Por ejemplo, una persona rica que ayune puede conseguir los mismos resultados funcionales en lo que se refiere a comer o a nutrirse que una persona desfavorecida que se vea obligada a pasar hambre, pero la primera tiene un 'conjunto de capacidades' diferente al de la segunda (la primera **puede** decidir comer bien y estar bien nutrida, mientras que la segunda no)". En SEN, A. 2000. *Op. Cit.*, p. 99 y 100. En otra obra, Amartya Sen afirmó que "la libertad real [de una persona] se representa por la capacidad que tiene la persona para conseguir las varias combinaciones alternativas de realizaciones o de haceres y estares". En SEN, A. 1997. Bienestar, justicia y mercado. Barcelona, Editorial Paidós, p. 113.

⁷⁴⁷ PEÑA GONZÁLEZ, C. 2000. "El problema de la libertad". En: *Apuntes de Derecho*, Santiago (Chile), Universidad Diego Portales, número 7, septiembre 2000, p. 01.

⁷⁴⁸ *Ibidem*.

acceder a los bienes básicos para una vida digna, y pueda concretar los planes de vida subjetivamente valorados.

3.5 ¿Mínimo vital y reserva de lo posible en Chile?

Si partimos desde la premisa de que es posible interpretar el Estado chileno como un Estado activo, que tiene por finalidad la promoción del bien común, asegurar la participación en las oportunidades de la vida nacional y auxiliar a las personas en la mayor realización material y espiritual posible, entonces es igualmente posible adoptar una teoría de los derechos fundamentales compatible con esta interpretación de Estado, reconociendo que el ente público debe participar en la vida nacional para materializar los fines a que está destinado, y entender los derechos fundamentales como derechos que sirven de instrumento para esta finalidad estatal.

De ser así, el Estado chileno tendrá las bases necesarias para construir el concepto del mínimo vital en su ordenamiento jurídico. Será necesario adoptar una interpretación del derecho a la vida, no solamente correspondiente a las obligaciones: negativa (no matar arbitrariamente a una persona) y positivas secundarias (prevenir que se mate arbitrariamente a una persona), sino que aliado a la dignidad humana, de forma a construir las condiciones necesarias para vivir dignamente. El derecho a la libertad deberá ser reconocido como

ampliación del acceso a las oportunidades y capacidades, que garantizará conjuntamente al derecho a la igualdad (como igualdad material), la posibilidad de que se reconozca las diferencias entre las personas y que se actúe en favor de la promoción de la libertad de todos, mismo que eso signifique, en algunas ocasiones, un tratamiento diferenciado desde una perspectiva solidaria.

Empero, las dificultades en la protección de los derechos fundamentales de segunda dimensión, los problemas relacionados con su judicialización, mismo frente a un bloque de constitucionalidad que amplía el catálogo de derechos sociales en el ordenamiento jurídico chileno, representa una traba para la configuración óptima del mínimo vital, ya que no será posible demandar al Estado por prestaciones fácticas relacionadas con el contenido positivo del mínimo vital.

Para que este problema sea solucionado, será necesaria la adopción de una nueva Constitución, que consagre el modelo de Estado Social en Chile, y que establezca las herramientas para la protección de los derechos fundamentales en todas sus dimensiones. Solamente así el Estado chileno podrá reconocer, promover y tutelar el mínimo vital de manera eficiente.

Cuanto a la reserva de lo posible, este es un argumento que ya fue utilizado en los tribunales nacionales, y de esta manera igualmente debemos darle las características estudiadas en el Capítulo 2, permitiendo su ponderación frente a casos judiciales en que se invoque el mínimo vital. Obviamente, la ponderación de la reserva de lo posible frente al contenido prestacional del

mínimo vital es algo que difícilmente podremos encontrar, dada la dificultad de judicialización de los derechos sociales con nuestra actual Constitución.

La reserva de lo posible, en Chile, igualmente tiene dos interpretaciones posibles en los tribunales chilenos. De un lado, el Tribunal Constitucional chileno comprende la reserva de lo posible como un argumento que no puede frenar la concretización de los derechos. El considerando 27° de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976 de 26 de junio de 2008, argumentó que “(...) resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando (como lo hace F.J.L., cit., pp. 304–305) que poner en duda su ‘practicabilidad’ de realización, es una idea confusa, porque esa ‘reserva de lo posible’ lleva a sostener que la Constitución ha de ser ‘desactivada’, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización.”⁷⁴⁹ Este argumento fue repetido de forma idéntica en la sentencia Rol N° 1218 del TC, de fecha 7 de julio de 2009.

Por otro lado, el considerando 13° de la sentencia Rol N° 2935 de 21 de diciembre de 2015, que trató de un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de parte de las glosas que indican correspondientes al proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público,

⁷⁴⁹ Sentencia Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 976 de 26 de junio de 2008.

para el año 2016, dio el sentido tradicional de la reserva de lo posible cuando determinó:

“Que las condiciones asociadas a un gasto son positivas, porque todo lo que ayude a que pueda operar un presupuesto sin déficit, con claridad de destino de los dineros, va en la dirección correcta, pues el Presidente de la República puede dictar de mejor forma la inversión de estos recursos con arreglo a la ley (artículo 32 N° 20). Estas condiciones direccionan el gasto. Los gastos financian necesidades públicas, y los dineros son escasos y se decide en el marco de la reserva de lo posible.”⁷⁵⁰

Esta tensión no se agrava aún más debido a que los derechos sociales, en Chile, no tienen tutela prestacional, por las razones ya discutidas. Si fuera diferente, la presencia de la posibilidad judicial de demandar al Estado chileno por el contenido prestacional de los derechos sociales –en los casos ya discutidos en que se considerara el contenido prestacional del derecho de segunda dimensión como parte del mínimo vital– se tendría que considerar que el mínimo vital goza de prioridad axiológica sobre la reserva de lo posible, que debe ser utilizada con cautela, para evitar su relativización a punto de que el mínimo vital nunca pueda ser respetado.

Los parámetros de utilización de ambos argumentos ya fueron estudiados en el Capítulo 2 y no se hace necesario repetir las mismas líneas, porque son válidos para Chile, como para cualquier discusión referente al tema.

⁷⁵⁰ Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de parte de las glosas que indican correspondientes al proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público, para el año 2016", 21 de diciembre de 2015, Rol n° 2935 [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=54083> [consulta: 22 noviembre 2017].

Lo que cabe recordar aquí es que como el mínimo vital tiene un contenido abierto. Su indeterminación necesitará siempre de una constante labor de los poderes públicos. No es posible establecer (ni es deseable) un contenido universal y fijo para el mínimo vital, teniendo en consideración que todo dependerá de lo que será ofrecido por el Estado chileno en el tiempo.⁷⁵¹

En la evolución constitucional chilena, posicionarse en uno de los lados de la pugna interpretativa será determinante para saber si el mínimo vital puede o no ser reconocido en Chile. Sin embargo, no basta con la interpretación de los derechos en el sentido de incluir el Estado como agente activo en conjunto con la sociedad para la promoción del bien común. Es esencial que el ente estatal esté dotado de herramientas suficientes para poder concretar su finalidad de promocionar el bien común, auxiliando en la mayor realización material y espiritual posible y garantizando a todos la participación en la vida nacional en igualdad de condiciones.

En Chile, existen indicios de la preocupación del Estado con mínimos para la vida digna. Demostrarlos será importante para demostrar que existe una preocupación del Estado chileno con la protección de la vida digna de las personas.

⁷⁵¹ Igualmente alertamos sobre la existencia de un cierto consenso social sobre el contenido del mínimo para la vida digna. Para más detalles, ver Capítulo 2 de nuestra investigación.

3.6 Indicios de la preocupación por mínimos en el sistema chileno: el sueldo mínimo y las pensiones mínimas en la seguridad social

El reconocimiento internacional del mínimo vital pasa por diversos contenidos, ya que de muchas formas podemos ver la preocupación del Estado con mínimos para la vida digna. Carmona Cuenca, por ejemplo, menciona que hay una correlación de la preocupación por los mínimos en materia laboral con el propio mínimo vital.⁷⁵² Aunque el mínimo vital no se confunde con el derecho al sueldo mínimo (como vimos en el Capítulo 2 de nuestra tesis), la preocupación del Estado con fijar mínimo para la sobrevivencia digna de las personas recibe sus influjos de esta protección social promovida con la cuestión social.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 10 de diciembre de 1948, recoge, en sus 30 artículos, los derechos humanos considerados básicos. En el artículo 23.3 señala que “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.”

Otras normas internacionales de derechos humanos hacen mención al derecho al salario mínimo (Art. 23-3 de la Declaración Universal de los Derechos

⁷⁵² CARMONA CUENCA, E. 2012a. *Op. Cit.*, p. 1608.

Humanos de 1948; Artículo XIV de la Declaración Americana de derechos y deberes del Hombre de 1948; Artículo 7º, inciso I, letra a) número ii del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966).

En la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los Convenios N° 26 (sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, de 1928 – Ratificado por Chile en 31 mayo 1933), N° 99 (sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos [agricultura], de 1951 – No ratificado por Chile) y N° 131 (relativo a la fijación de salarios mínimos, con especial referencia a los países en vías de desarrollo, de 1970 – ratificado por Chile en 13 septiembre 1999) fijan el contenido sobre el sueldo mínimo, y apuntan que este valor deberá considerar “las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales.”⁷⁵³

En Latinoamérica, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá en 1948, apunta en su artículo XIV que “toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaja tiene

⁷⁵³ Convenio n° 131 de 1970 de la OIT: Convenio relativo a la fijación de salarios mínimos, con especial referencia a los países en vías de desarrollo [en línea] <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C131> [consulta: 13 noviembre 2017].

derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.”

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha de 16 de diciembre de 1966, ratificado por Chile en 10 de febrero de 1972 –por lo tanto parte del ordenamiento interno según disposición del artículo 5° de la Constitución de la República de Chile⁷⁵⁴– establece en el artículo 7° que los Estados Parte reconocen el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren una remuneración mínima, equitativa y condiciones de existencia dignas para los trabajadores y sus familias.

El artículo 11 del PIDESC, reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes deberán tomar medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

La Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, fue ratificada por Chile en 08 de

⁷⁵⁴ Artículo 5°, inciso II - 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.

octubre de 1990, ergo también es parte del ordenamiento jurídico interno, por potestad constitucional. A través del protocolo adicional a esta Convención Americana de Derechos Humanos firmado en 1988 en San Salvador, hay una referencia a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁷⁵⁵ En el protocolo hay una referencia al derecho al trabajo como elección libre, “lo que incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa.”⁷⁵⁶ Complementa en el artículo 12 con el derecho a la alimentación, señalando la “disposición consigna el derecho de las personas a una nutrición adecuada y el compromiso de los Estados Partes a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, debiendo promover, para alcanzar este último, una mayor cooperación internacional.”

Esta preocupación con una justa retribución por la fuerza laboral está presente en Chile. La Constitución Política de la República de 1980 contempla el derecho a la justa retribución (art. 19, N° 16, párrafo 2° de la CPR de 1980). El valor del sueldo mínimo es fijado a través de ley.⁷⁵⁷

Aunque este no es el espacio para discutir sobre el poder de compra real del sueldo mínimo en Chile, ni tampoco comparar el valor del sueldo mínimo con el valor de la canasta básica o con las necesidades mínimas para vivir en el país,

⁷⁵⁵ El protocolo adicional fue suscrito por Chile en 05 de junio de 2001.

⁷⁵⁶ Artículo 6° del Protocolo Adicional de San Salvador de 1988.

⁷⁵⁷ Actualmente la Ley N° 20.935, publicada en el Diario Oficial el 30 de junio de 2016, estableció en su artículo 1° los valores del ingreso mínimo mensual.

sobre lo que queremos alertar es que la presencia de una legislación que regula un valor mínimo para el salario demuestra la preocupación con asegurar condiciones para la existencia digna.

Como vemos, la normativa internacional que fue ratificada por Chile, y que corrobora con las disposiciones constitucionales vigentes en la CPR de 1980, afirman la preocupación de que el sueldo (contraprestación por la labor prestada) pueda asegurar un cierto estándar de vida digna al trabajador. Esto representa un indicio de la preocupación del Estado chileno con mínimos para una vida digna, aunque sea en la fijación de una contraprestación laboral, debida al trabajador por su fuerza de trabajo.

Otros indicios de la preocupación de Chile con asegurar mínimos para la existencia digna están en la Seguridad Social. En Chile, el derecho a la Seguridad Social es un derecho fundamental consagrado en el artículo 19, número 18 de la Constitución de la República de 1980.

En el sistema contributivo de pensiones existe una garantía estatal, que asegura a todas las personas vinculadas al sistema de seguridad social un valor mínimo de pensión garantizada por el Estado, siempre y cuando no logre, a través de sus propios ahorros, una pensión final equivalente o superior a esta pensión mínima asegurada. En otros casos, cuando los ahorros en las cuentas de capitalización individual no permitan contratar la modalidad de pensión conocida por renta vitalicia, y la persona esté obligada a contratar la modalidad

conocida como retiro programado, el Estado garantiza que estas personas tendrán un valor mínimo de pensión que será pagado con recursos fiscales siempre que su cuenta de capitalización individual llegue a saldo cero.^{758 759}

En el ámbito internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 22 afirma que "toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad."

En el PIDESC, el artículo 9° consagra la tutela a la Seguridad Social, y en el artículo 2° del mismo documento se establecen las obligaciones que contraen los Estados para "adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos."

⁷⁵⁸ Ver CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. 1980. Decreto Ley 3500: Administradoras de fondos de pensiones; pensiones de vejez; pensiones, Título VII - De los beneficios garantizados por el Estado, artículos 82 y ss.

⁷⁵⁹ Este tampoco es el espacio para las críticas sobre los valores promedio de pensión en Chile, ni sobre el valor de la pensión mínima garantizada por el Estado y los umbrales de extrema pobreza. Nos interesa demostrar que hay preocupación con mínimos también en materia de pensiones, todo esto con miras a buscar la sobrevivencia digna.

El Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo, que contempla normas mínimas para la seguridad social, igualmente afirma en el artículo 67, letra c) que el monto de las prestaciones de seguridad social y de los demás recursos de la familia, deberá ser suficiente para asegurar a la familia condiciones de vida sana y conveniente.

Estas normas muestran la preocupación para que todas las personas puedan tener condiciones de vivir una vida digna, sin tener que soportar situaciones que les retiren la dignidad.

Las preocupaciones con la dignidad humana llevaron al desarrollo de la protección social, “que persigue asegurar unas condiciones mínimas de seguridad económica para los individuos, con la cual promover su bienestar, facilitar la inclusión social y generar condiciones adecuadas de convivencia.”⁷⁶⁰ Con la cuestión social, surgió el orden público laboral, como forma de establecer una estructura de protección social al trabajador, con miras al trabajo decente⁷⁶¹, y esta manifestación incluyó la Seguridad Social.

Aunque estemos vinculados a dos áreas específicas de protección (laboral [contenido mínimos no negociables⁷⁶², incluido el sueldo mínimo que debe

⁷⁶⁰ CORTÉS GONZÁLEZ, J. C. 2009. Derecho de la protección social. Bogotá, Legis, p. 3

⁷⁶¹ GAMONAL CONTRERAS, S. 2014. Fundamentos de derecho laboral, cuarta edición actualizada. Santiago (Chile), Thomson Reuters, p. 17.

⁷⁶² *Ibidem*, pp. 21 y ss.

asegurar condiciones de vida digna al trabajador⁷⁶³] y de la seguridad social [que incluye un pilar solidario con pensiones solidarias por vejez e invalidez y por el aporte solidario de vejez e invalidez y garantías estatales mínimas⁷⁶⁴], esta regulación demuestra que la consagración de los derechos a la vida, la libertad, la igualdad, la dignidad en un contexto de solidaridad son parte del ordenamiento jurídico chileno para promover las condiciones mínimas de vida digna a los trabajadores y de los asegurados del sistema de seguridad social.

La solidaridad es un importante principio instrumentalizador del mínimo vital, ya que un Estado proactivo necesitará de toda la sociedad, que debe comprender su participación en la generación de recursos que permitan la promoción de los derechos prestacionales.⁷⁶⁵ El Estado, a través de la solidaridad, tiene una herramienta importante en la garantía de los derechos. Por esta razón, en seguida, estudiaremos si este principio está presente en el ordenamiento jurídico chileno para cerrar nuestro estudio por medio de las conclusiones generales.

⁷⁶³ CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. 2002. Decreto con Fuerza de Ley 1: Código del Trabajo. Artículo 42, a).

⁷⁶⁴ LANATA FUENZALIDA, G. 2014. *Op. Cit.*, pp. 133 y ss.

⁷⁶⁵ Para mayores detalles, ver el Capítulo 1 de la tesis.

3.7 La solidaridad en el sistema chileno

Para concretar los fines de un Estado Social y Democrático de Derecho, el principio de la solidaridad es fundamental. Si bien hemos visto que no tenemos el Estado Social consagrado como modelo de Estado en Chile, una de las interpretaciones posibles de nuestro modelo es el de un Estado activo, promotor del bien común y facilitador de las condiciones para participar en la vida nacional y para desarrollarse como persona. Para que este modelo activo igualmente pueda concretar sus fines, la solidaridad es un instrumento importante.

Las características anteriormente apuntadas, presentes en la Carta del 1980, establecen que entre los deberes del Estado está que el ente público debe tener una postura activa para 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 (art. 1º, inciso IV de la CPR de 1980), y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidad en la vida nacional (art. 1º, inciso V de la CPR de 1980).

La solidaridad, aunque escasamente, está presente en el texto constitucional. Ella aparece en el artículo 3º de la CPR de 1980, afirmando que los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional. Es mencionada en el artículo 115 de la Constitución de Chile de 1980 determinando que la búsqueda de un desarrollo territorial armónico

y equitativo, por parte del Estado, debe incorporar la solidaridad. Por fin, aparece en el artículo 122 de la misma Carta Política que habla de la redistribución solidaria de los ingresos propios de las municipalidades del país con la denominación de fondo común municipal.

Si extendemos la comprensión del ordenamiento jurídico chileno, a través de la normativa internacional, permitida por el artículo 5°, inciso II de la CPR de 1980⁷⁶⁶, tenemos que la constitución puede reconocer otros derechos y principios que no están en su rol y que igualmente deben ser respetados y promovidos. El hecho de que se reconozcan los tratados internacionales como parte del ordenamiento jurídico chileno, significa, sobre todo, reconocer que los valores consagrados en estos documentos están de acuerdo con los valores consagrados en el ordenamiento jurídico interno.

En este sentido, la ratificación del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales por Chile en 10 de febrero de 1972, aseguró la correspondencia de los valores del Pacto con el texto constitucional vigente

⁷⁶⁶ Establece como límite de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y funda como deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los derechos fundamentales constantes en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

(en este caso la Constitución de 1925), incluyendo la promoción de los derechos de segunda dimensión⁷⁶⁷ y la promoción de la solidaridad.⁷⁶⁸

Todos los derechos consagrados en el PIDESC se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, y por lo tanto, corresponden en una obligación del Estado chileno, que debe promover la dignidad humana con miras al bien común y de la mayor realización espiritual y material posible.⁷⁶⁹

El Pacto de San José de Costa Rica, igualmente ratificado por Chile, reafirma su propósito de consolidar en el Continente un régimen de libertad personal y justicia social.⁷⁷⁰ La justicia social implica en una actuación del ente estatal de forma a establecer la Democracia Social.

⁷⁶⁷ Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales: “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.” Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.1 [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>> [consulta: 02 marzo 2017].

⁷⁶⁸ La solidaridad se expresa en el preámbulo del PIDESC, donde dice que el individuo “por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto.” Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, preámbulo [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>> [consulta: 02 marzo 2017].

⁷⁶⁹ La afirmación de que los derechos constantes en el PIDESC se desprenden de la dignidad humana está en el mismo Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁷⁷⁰ Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

En esta sentido, una Carta Política que amplía su rol de derechos de segunda dimensión con los diversos tratados internacionales ratificados por el país, camina en dirección a una fórmula de Estado que trabaje en conjunto con la sociedad en la búsqueda de sus fines, en el acceso de bienes indispensables para la vida digna, y en el acceso a las oportunidades de participación en la vida social. Todo esto apunta a reconocer la solidaridad en el ordenamiento jurídico chileno.

La solidaridad es una importante herramienta para permitir el avance del Estado en dirección al modelo de Estado Social, y es fundamental para la tutela efectiva del mínimo vital. Luego, si Chile retoma el camino en dirección al Estado Social y Democrático de Derecho, la solidaridad representa una base estructural importante, que permitirá al Estado lograr, en conjunto con la sociedad, sus fines proactivos.

Sin embargo, con respecto al mínimo vital, aunque la solidaridad, que abre espacio para la consagración del Estado Social esté presente en Chile, por la estructura anteriormente presentada, nuevamente argumentamos que será necesaria una estructura de Estado que la respalde, que le dé la efectividad práctica debida.

Vimos, en el Capítulo 1, que los derechos de segunda dimensión de derechos fundamentales surgieron antes del Estado Social, pero que necesitaron este modelo para poder darles efectiva protección. La existencia de la solidaridad

sin una forma de Estado que permita ampliar su promoción no alcanzará el resultado esperado.

La solidaridad a través de la fórmula del Estado Social instrumentaliza el efectivo goce de todos los derechos fundamentales, así como la garantía de los mínimos para la vida digna. Un modelo de Estado que tutela solamente los derechos de primera dimensión de derechos fundamentales, no puede siquiera asegurarlos a todos por igual, ya que la mera declaración de derechos civiles y políticos “protegidos por los ordenamientos de diversas naciones y por diversos acuerdos internacionales no son nada si no están respaldados por condiciones de vida mínimas que permitan su verdadero disfrute y ejercicio.”⁷⁷¹ En este sentido, afirma Carmona Cuenca: “para que los individuos puedan disfrutar realmente su libertad es preciso que dispongan de un mínimo de seguridad económica. Si no cuentan con unos recursos materiales mínimos, su derecho a la libertad será ficticio.”⁷⁷²

Tener al ser humano como centro de la economía y proteger sus derechos a partir de la premisa de la existencia de un mínimo vital, significa tomar en serio las disposiciones internacionales y los valores del ordenamiento jurídico chileno en materia de derechos fundamentales.

⁷⁷¹ OBERARZBACHER DÁVILA, F. E. 2011. La justiciabilidad y el mínimo vital de los DESC: teoría y práctica en Colombia. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 41, No. 115. [en línea] <<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n115/v41n115a05.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014], p. 367.

⁷⁷² CARMONA CUENCA, E. 2012. *Op. Cit.*, p. 65.

Si verificamos las bases del mínimo vital en el derecho chileno (el derecho a la dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho a la igualdad), y aceptamos la postura activa del Estado en su promoción, dentro de un contexto de solidaridad, podemos encontrar la configuración del mínimo vital en Chile. De lo contrario, la adopción de la interpretación originalista de la CPR de 1980, que pretende establecer el Estado mínimo en Chile, genera un impacto directo en la teoría de los derechos fundamentales que impedirá comprenderlos desde una teoría moderna que considera el rol activo del Estado en su promoción, instrumentalización y tutela.

No obstante, frente a los problemas con respecto a la judicialización de los derechos de segunda dimensión, mismo que consideremos la adopción de un modelo de Estado activo y la consecuente adopción de una teoría de los derechos fundamentales del Estado Social, actualmente, no es posible que las personas soliciten prestaciones positivas del Estado en materia de derechos sociales, que garanticen el mínimo vital.

Por esta razón, aunque podemos abogar por el reconocimiento del mínimo vital en el sistema jurídico chileno, su tutela será imperfecta, y será necesario un cambio constitucional que asegure un Estado Social y Democrático de Derecho, con todas las herramientas necesarias para proteger el mínimo vital.

3.8 Conclusiones

En los capítulos anteriores establecimos la dogmática necesaria para desarrollar la interpretación constitucional del mínimo vital como un principio jurídico, comenzando por la evolución del modelo de Estado, que a través del Estado Social posibilitó la debida tutela de los derechos de segunda dimensión de los derechos fundamentales y también abrió espacio para una nueva teoría de los derechos fundamentales, de carácter proactivo. Tratamos, en este mismo capítulo, de los problemas asociados a los derechos sociales y su judicialización ya que muchos de ellos son parte del contenido del mínimo vital.

En seguida, estudiamos el origen de la responsabilidad estatal en hacerse cargo de las irregularidades sociales generadas por el libre mercado, configuramos el mínimo vital como un principio jurídico y luego estudiamos cómo se dio el surgimiento del mínimo vital en Europa y en Latinoamérica (limitando nuestro análisis al caso brasileño).

Para comprobar la hipótesis de nuestro trabajo, faltaba identificar estas premisas en el sistema chileno y verificar la posibilidad de reconocer el mínimo vital en este ordenamiento jurídico. Para lograrlo, buscamos estudiar un poco de la evolución del modelo de Estado chileno y la protección de los derechos fundamentales.

Posteriormente, nos enfocamos en la Constitución Política de la República de Chile de 1980 y la existencia de una pugna interpretativa que conduce a dos posibles formas de entender el Estado chileno. La primera de ellas, es una interpretación originalista que busca establecer el Estado de Chile como un Estado mínimo, subsidiario, que no debe intervenir en la vida particular. Si se comprende el ente público de esta forma, y como explica Böckenförde, la teoría de los derechos fundamentales será igualmente aplicada en este sentido. Es decir, se comprenderá los derechos fundamentales como derechos de defensa contra la intervención del Estado.

Por otro lado, es posible interpretar el Estado chileno como un Estado activo, que tiene finalidades claras en el Texto Magno, principalmente a partir de su artículo 1°. Este artículo determina la obligación del Estado de Chile en promover el bien común (art. 1°, inciso III de la CPR de 1980), asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (art. 1°, inciso final de la CPR de 1980) y 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 (art. 1°, inciso III de la CPR de 1980).

Si esto es así, entonces, consecuentemente, es posible adoptar una teoría de los derechos fundamentales que considera más que el deber del Estado en no interferir en la vida particular, considera que el Estado tiene el deber de crear

condiciones para el efectivo goce de los derechos fundamentales, lo que les da una característica distinta de meros derechos de defensa del particular en contra del ente público.

Esta pugna interpretativa y su relación con la tutela de los derechos fundamentales, fue analizada en el contexto chileno, comprobando lo argumentado por Böckenförde.

Por otro lado, la deficiencia de nuestro sistema constitucional no está solamente en el conflicto exegético que disputa la forma cómo debemos comprender el Estado chileno y la forma como este Estado tutela los derechos fundamentales. Esta deficiencia se amplía por la existencia de un pequeño catálogo de derechos sociales en la Constitución vigente, que necesitó de la adopción de la teoría del bloque de constitucionalidad, que incluye los tratados internacionales ratificados por Chile como parte del ordenamiento jurídico interno, para ampliar este contenido de derechos socio fundamentales, conectando los valores, principios y derechos de estos documentos internacionales al contenido constitucional.

Sin embargo, concluimos por la dificultad de actuación estatal en la tutela de los derechos fundamentales (especialmente de los derechos sociales), mismo frente a la ampliación del catálogo de los DESC por los tratados internacionales y por la teoría de derechos implícitos, ya que la subjetividad de los derechos sociales no se concreta en el acceso al Poder Judicial.

La judicialización de los derechos de segunda dimensión, enfrenta el problema de la ausencia de herramientas procesales que permitan al administrado llegar al Poder Judicial para discutir la vulneración de un derecho de segunda dimensión, lo que demostró, incluso, el incumplimiento de Chile con respecto a los mandamientos de los tratados que ha ratificado, es decir, no se ofrecen mecanismos de protección (incluyendo herramientas procesales) a las personas.

La pugna interpretativa restó evidencia en esta parte de nuestro análisis, ya que el propio Tribunal Constitucional, ora reconoce la posibilidad de que se demande judicialmente el contenido de los derechos sociales, ora establece su carácter programático y la imposibilidad de llevarlos al Poder Judicial. Una tensión no menor, que demuestra la influencia de las interpretaciones estudiadas en nuestros tribunales.

Sobre las bases que permitieron el surgimiento del mínimo vital en Europa, los derechos a la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad humana, hemos visto que la disputa exegética por el modelo de Estado genera una tensión en la forma de interpretarlos, y que solamente el abandono de la interpretación originalista posibilitará abordar estos derechos debidamente, comprendiéndolos como derechos fundamentales que necesitan de la actuación del Estado chileno para su efectiva tutela.

Cuanto a su contrapunto, la reserva de lo posible, vimos que en algunas ocasiones se utilizó este argumento en los tribunales chilenos, ora apuntando a la imposibilidad de aplicar la reserva para no vaciar de contenido los derechos fundamentales, ora para frenar las demandas por derechos sociales bajo la premisa de que el pedido excede las posibilidades presupuestarias del Estado.

Para usar la reserva de lo posible, es necesario utilizar lo estudiado en el Capítulo 2, con todas las reglas sobre la fuerza axiológica preferente del mínimo vital y sobre el correcto *onus* probatorio por parte del Estado, que debe demostrar su actuación en favor de la protección de los derechos fundamentales con los recursos disponibles.

Concluyendo, el mínimo vital tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, incluso instrumentalizado por la solidaridad, que es un principio existente en nuestro sistema. Empero, el contenido del mínimo vital encontrará problemas para su materialización en Chile. Esto porque, resulta difícil en la actual estructura jurídica chilena, demandar al Estado por prestaciones fácticas relacionadas con el mínimo vital, por carecer de herramientas procesales que permitan esta petición al Poder Judicial.

Aunque no existan limitaciones para el Estado chileno de actuar en la tutela del mínimo vital, y que la adopción de una interpretación proactiva del Estado chileno permitan abogar por la existencia de la necesidad de protección del mínimo vital en nuestro país, los derechos sociales que componen el

contenido del mínimo para una vida digna no podrán ser vistos como derechos propiamente dichos, teniendo en cuenta la ausencia de la subjetividad por la inexistencia de herramientas procesales que permitan la judicialización de muchos de los derechos de segunda dimensión de los derechos fundamentales.

Para que el mínimo vital pueda ser tutelado de forma optimizada, necesitaremos una nueva constitución, que pueda consagrar el Estado Social y Democrático de Derecho, dotado de las herramientas necesarias para la efectiva tutela de los derechos fundamentales, en un contexto de solidaridad.

Siendo así, el mínimo vital puede ser utilizado solamente en su prisma negativo en Chile, lo que posibilita a todos que necesiten defenderse de un acto del Estado utilizar el mínimo vital como principio jurídico que fundamenta su defensa de la esfera mínima de bienes y oportunidades para preservar su vida digna. Esta tutela es imperfecta y comprueba la hipótesis establecida al inicio de la investigación.

4 CONCLUSIONES FINALES

Nuestra investigación se propuso a discutir el rol del Estado moderno en la sociedad que, a través de su postura proactiva, permitió el surgimiento del concepto del mínimo vital. Sin embargo, el mínimo vital, está tratado por la doctrina y por la jurisprudencia de forma dispersa y poco sistemática, lo que dificulta su tutela óptima. Además, el rol del Estado frente a la garantía de los mínimos para una vida digna es trascendente, principalmente por las dificultades de mantener estos mínimos en los periodos de crisis.

La hipótesis de investigación que buscamos probar con la tesis es que a través de la interpretación constitucional de los derechos a la vida, la dignidad humana, la libertad y la igualdad, y la configuración de un bloque de constitucionalidad que incluye el Derecho Internacional de los Derecho Humanos, es posible reconocer en Chile –aunque de forma limitada y precaria– la existencia del mínimo vital, pero su implementación completa (primas positivo y negativo) demandará cambios en la estructura de la Constitución, que permitan la consagración de un modelo activo y solidario que irradie sus efectos para la efectiva tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.

En seguida, presentamos las principales conclusiones de nuestra tesis, y entre ellas, la más importante, que se ha logrado comprobar la hipótesis de trabajo.

1. Existe una relación entre la teoría de los derechos fundamentales y la forma de Estado, por ende, la forma de comprender el Estado será responsable por darle fuerza a los derechos fundamentales, que se asocian a este concepto de Estado. Por esta razón, fue importante estudiar la evolución del concepto de Estado que pasó de un Estado liberal: caracterizado por la separación entre el Estado y la sociedad; la separación ente el Estado y la iglesia; la primacía de la igualdad formal (que considera que todos están en iguales condiciones de acceder a los bienes y oportunidades para concretar sus planes de vida en el mercado); y la libertad individual (que es defendido como una libertad únicamente negativa, de no intervención), para un Estado Social: caracterizado por una libertad que comprende el igual acceso a las oportunidades (con correcciones de las irregularidades causadas por la libre competencia); la igualdad material (que considera que no todas las personas están en la misma situación para acceder a los bienes y oportunidades que consideran importantes para concretar sus planes de vida subjetivamente valorados); la cooperación entre el Estado y la sociedad en la persecución del bien común; y la promoción e institucionalización de los derechos sociales. Esto forma una estructura, que basada en la solidaridad, permite comprender que el ente público debe propender a una acción positiva para garantizar que todos puedan acceder a los bienes mínimos para una vida digna. El Estado como un agente activo debe tutelar el mínimo vital.

2. Para que el Estado, en su rol activo, pueda institucionalizar y promover los derechos sociales, que componen el contenido del mínimo vital, será necesario

comprender que todos los derechos fundamentales son derechos propiamente dichos, y como tales pueden ser exigidos del Estado. Para exigirlos será importante que el ordenamiento jurídico ofrezca herramientas que permitan materializar la subjetividad de los derechos fundamentales, llevando las vulneraciones al conocimiento del Poder Judicial, que dará una respuesta jurídica eficiente para las personas que ven frustrado su acceso a estos derechos.

3. Para encontrar el contenido del mínimo vital en los textos constitucionales que tienen un catálogo estricto de derechos de segunda dimensión, existe la posibilidad de reconocer los derechos innominados o implícitos, que surgen de otros derechos expresamente positivados, de principios expresos, o de principios implícitos. Además, la ratificación de los tratados internacionales proporciona la adhesión constitucional a los valores expresados en el tratado, siempre que sean compatibles con los valores de la propia Carta Constitucional, lo que permite ampliar aún más la formulación de los derechos implícitos en las Cartas Políticas, y así encontrar el contenido del mínimo vital de forma amplia y satisfactoria para en caso concreto.

4. Dentro del contexto de los derechos fundamentales, vimos que la dignidad humana, que es la base de la protección de los derechos fundamentales en todas sus dimensiones, será violada siempre que se atente contra la autonomía, la seguridad, la libertad y la igualdad de las personas. El hombre solamente conserva su dignidad si se le garantiza la protección de todos los derechos

fundamentales, que son necesarios conjuntamente para el goce integral de dignidad humana. Por ende, si la dignidad está conectada con la igualdad de oportunidades, que concederá mayor libertad para todos, y con la preservación de la vida humana, esto representa que el Estado debe tener una postura proactiva para promocionar e institucionalizar todos los derechos fundamentales si quiere tutelar debidamente la dignidad. Igualmente, debe corregir las irregularidades generadas por el libre mercado para permitir el acceso igualitario de las oportunidades para que todos puedan ser tratados como un fin del Estado, que busca el bien común. Con esto comprobamos que el concepto del mínimo vital se basa en esta visión de la dignidad humana, aliada a la igualdad material, la protección de la vida y de la libertad real.

5. En la historia humana, la preocupación con los mínimos para la sobrevivencia son bastante remotos. Buscamos sus bases en los tiempos de Cayo Graco (Roma) en el año 123 a.C. De ahí hasta los tiempos modernos, el apoyo para los más necesitados pasará de la caridad privada a las ayudas condicionadas por las leyes, hasta consolidarse como un derecho humano de asistencia, a través de la doctrina jusnaturalistas y las ideas de la Ilustración. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 fue el primer documento que cimentó el derecho a la asistencia como un derecho humano. Posteriormente, el concepto de asistencia evoluciona, y mínimo vital deja de ser visto como un soporte para los más necesitados, y se establece como algo debido a todas las personas, en todo momento, independiente de la situación económica que tiene.

La discusión inicial sobre quien debería hacerse cargo de las personas en situación de extrema pobreza, fueron fundamentales para consolidar el entendimiento de que el Estado es el responsable por esta tutela, porque es el garante de los derechos fundamentales de todos, y es el que actuará para la promoción del bien común. Así, el mínimo vital es exigible del Estado en su prisma positivo (prestacional, en los casos posibles) y negativo (como una defensa contra el actuar del ente público que prive a alguien de su mínimo vital).

6. Demostramos que el mínimo vital no se puede confundir con otros conceptos que generalmente son empleados en este debate. Para comenzar, el mínimo vital no es diferente del concepto de mínimo existencial planteado por la doctrina brasileña, porque el elemento diferenciador que la doctrina brasileña apunta entre ambos conceptos (la dignidad humana) está presente en el mínimo vital, tanto como en el mínimo existencial. Por ende, no justifica separarlos si tutelan el mismo contenido. El mínimo vital tampoco se confunde con el mínimo social planteado por John Rawls, porque aunque el mínimo social contiene interesantes elementos para comprender las razones tutelar este mínimo, su objetivo final es la participación política de los ciudadanos, mientras que el mínimo vital tutela el mínimo para la vida digna de todas las personas. El mínimo vital no se confunde con el núcleo esencial de los derechos fundamentales, porque este comprende lo que es imprescindible para que el derecho pueda ser reconocido, y el mínimo vital se compone de diversos derechos fundamentales (que mantienen su núcleo esencial cuando son parte de este mínimo para la vida digna), pero no de todos.

Luego, no podemos decir que el núcleo de cada derecho fundamental es el mínimo vital, porque no son todos los derechos fundamentales que compondrán el mínimo para la vida digna. El mínimo vital se formará por los derechos imprescindibles para cumplir satisfactoriamente con las condiciones dignas de vida para todos. Tampoco se puede confundir el mínimo vital con el derecho a la renta básica. Esta manifestación prestacional del Estado puede ser comprendida como una herramienta para la concretización del mínimo vital pero no se puede confundir el todo con sus partes.

7. Concluimos que el mínimo vital no tendrá un contenido universal, ya que su formación dependerá de cada época y de cada lugar. Por esta razón, las demandas referentes a este contenido dependerán de cuáles prestaciones y garantías a los derechos considerados como mínimos para una vida digna están protegidos eficientemente por los países. Para establecer este contenido, el legislador, y en su silencio, el Poder Judicial, serán fundamentales.

8. El mínimo vital tiene un prisma positivo, que permite solicitar una prestación estatal en los casos que la judicialización de los derechos prestacionales sea posible, y también un prisma negativo, que corresponde a una defensa, invocable a todo momento, contra el actuar del Estado que vulnere el contenido del mínimo vital. Además, para que se pueda solicitar una prestación fáctica relacionada con el contenido del mínimo vital (prisma positivo), habrá que conocer de qué forma el Estado está tutelando el contenido demandado, porque si el mínimo vital sobre

este contenido particular está perfectamente protegido, no será posible acceder a las prestaciones que están más allá del concepto de un mínimo para la vida digna.

9. Los modelos europeo y brasileño (influenciado directamente por la construcción doctrinaria y jurisprudencial alemana) revelan que la fundamentación del mínimo vital está en los derechos a la vida (que considera no solamente su dimensión negativa, pero también el derecho de gozar de condiciones mínimas para vivir), la dignidad humana (que debe proveer el acceso a una vida digna, lo que comprende el derecho a prestaciones mínimas y la garantía de la igualdad en el acceso a oportunidades y la ampliación de la libertad por tener este acceso de oportunidades), la libertad (como acceso a las oportunidades y bienes necesarios para concretar los planes de vida subjetivamente valorados) y la igualdad (que exige un actuar del Estado para corregir las irregularidades del mercado), materializado por la solidaridad (en la fórmula del Estado Social, como responsable por estas garantías y como principal actor en el auxilio para la construcción del bien común). En ambos modelos vemos manifestaciones del prisma positivo y negativo del mínimo vital, tanto en la jurisprudencia, como en la doctrina.

10. Comprobamos que el mínimo vital es un principio jurídico, utilizable solamente contra el Estado, por ser este el responsable por su protección. Este principio debe ser ponderado en el caso concreto, tanto para determinar su

contenido (si el legislador no lo ha hecho), como para establecer su exigibilidad. Su fuerza axiológica le da una posición de ventaja frente a otros principios utilizados en esta ponderación, no como forma de establecer una jerarquía de derechos fundamentales, sino por el grado de importancia de los derechos que forman su base y de la trascendencia de su protección para no vulnerar los derechos a la vida, la dignidad, la libertad y la igualdad.

11. El contrapunto para la ponderación del mínimo vital es la reserva de lo posible, fundamentada en la autolimitación judicial (por la división de funciones), en la discrecionalidad administrativa (el Estado tiene autonomía para determinar el gasto del erario) y en el principio democrático (ya que el Poder Público, en representación de la sociedad, decide –basado en la democracia– cuáles son las prioridades en materia presupuestaria). No obstante, la reserva de lo posible no podrá ser utilizada de manera indiscriminada, como una defensa “genérica”. Habrá que utilizar algunos criterios para identificar si estamos frente a una demanda que comprende el contenido del mínimo vital (para darle mayor grado de importancia); demostrar a través de pruebas contundentes que el erario público está siendo utilizado de forma eficaz en la garantía de los derechos fundamentales, y que no es posible atender la demanda por la prestación positiva porque hay un orden de prioridad bien atendido; hay que demostrar que la inversión en la protección y promoción de los derechos fundamentales está priorizada en los gastos públicos, y que por ende, no se justifica la pretensión del demandante; y sobre todo, hay que analizar si la prueba ofrecida por el Estado

corresponde a la realidad o si son datos mascarados para evadirse de su responsabilidad en la tutela del mínimo vital.

12. Después de haber estudiado el mínimo vital y su formación como un principio jurídico, pasamos a analizar la posibilidad de implementación de este concepto en el derecho chileno. Comprobamos que en Chile existe una pugna interpretativa con respecto a la forma de Estado en la Constitución del 1980. Por una parte se busca comprender, a través de una interpretación originalista, que el Estado de Chile es un Estado mínimo, subsidiario, que no debe intervenir en la vida particular. Comprendiendo el Estado chileno de esta forma, y como explica Böckenförde, la teoría de los derechos fundamentales será igualmente aplicada en este sentido. Es decir, se comprenderá que los derechos fundamentales son derechos de defensa contra la intervención del Estado. Por otro lado, es posible interpretar el Estado chileno como un Estado activo, cuyas finalidades comprenden promover el bien común (art. 1º, inciso III de la CPR de 1980), asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (art. 1º, inciso final de la CPR de 1980) y 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 (art. 1º, inciso III de la CPR de 1980). De esta forma, la teoría de los derechos fundamentales se inclinará a reconocer más que el deber de no injerencia del Estado, considerará que el ente público debe crear las condiciones para el

efectivo goce de los derechos fundamentales, lo que les da una característica distinta de meros derechos de defensa del particular contra el Estado.

13. En nuestro sistema constitucional existe un conflicto exegético que disputa la forma cómo debemos comprender el Estado chileno y la forma como este Estado debe tutelar los derechos fundamentales. Las dificultades para proteger los derechos fundamentales en este ordenamiento jurídico incluyen un escaso catálogo de derechos sociales, que necesita la adopción de un bloque de constitucionalidad y de la teoría de los derechos implícitos, para ampliar este contenido. Sin embargo, mismo frente a la ampliación del catálogo de los DESC, habrá dificultad para la judicialización de los derechos sociales, debido a la estructura de nuestro sistema jurídico constitucional. Existe una limitada disponibilidad de herramientas procesales en la garantía de los derechos fundamentales, por lo que demuestra el incumplimiento de Chile con respecto a los mandamientos de los tratados que ha ratificado (que exigen la oferta de mecanismos de protección para la totalidad de los derechos fundamentales). La pugna interpretativa se evidenció con respecto a la judicialización de los derechos sociales, ya que el propio Tribunal Constitucional ora reconoce la posibilidad de que se demande judicialmente el contenido de los derechos sociales, ora establece su carácter programático y la imposibilidad de llevarlos al Poder Judicial.

14. Sobre las bases que permitieron el surgimiento del mínimo vital en Europa, los derechos a la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad humana, existe una tensión en la forma de interpretarlos, resultado de la disputa exegética por el modelo de Estado en Chile. Solamente el abandono de la interpretación originalista posibilitará abordar estos derechos debidamente, comprendiéndolos como derechos fundamentales que necesitan de la actuación del Estado chileno para su efectiva tutela.

15. En Chile hay indicios de la preocupación del Estado con los mínimos para una vida digna (e.g. la fijación de un sueldo mínimo, la asistencia social, las garantías mínimas en materia de pensiones), esto revela que el Estado no tiene la intención de abandonar a las personas a situaciones que les priven de lo esencial para vivir dignamente.

16. Cuanto a la reserva de lo posible, este argumento ya fue utilizado en Chile, ora apuntando a la imposibilidad de aplicarla para no vaciar de contenido los derechos fundamentales, ora determinando su cabida frente a los derechos sociales bajo la premisa de que el pedido excede las posibilidades presupuestarias del Estado. Para utilizar la reserva de lo posible, será necesario seguir las consideraciones generales para la ponderación que hemos concluido anteriormente, con todas las reglas sobre la fuerza axiológica preferente del mínimo vital y sobre el correcto *onus* probatorio por parte del Estado, que debe

demostrar su actuación en favor de la protección de los derechos fundamentales con los recursos disponibles.

17. Concluyendo, el mínimo vital tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, incluso instrumentalizado por la solidaridad, que es un principio de posible identificación en nuestro sistema. Empero, el contenido prestacional del mínimo vital encontrará problemas para su materialización en Chile. Resulta difícil, con la actual estructura jurídica, demandar al Estado por prestaciones fácticas relacionadas con el mínimo vital, por carecer de herramientas procesales que permitan esta petición al Poder Judicial. Aunque no existan limitaciones para el Estado chileno actuar en la tutela del mínimo vital, y frente a la posibilidad de adoptar una interpretación proactiva del Estado, que permite la existencia de la tutela del mínimo vital en este país, los derechos sociales –que componen el contenido del mínimo para una vida digna– tienen problemas para su judicialización. Para lograr una tutela óptima del mínimo vital (prismas positivo y negativo), necesitaremos una nueva constitución, que pueda consagrar el rol activo y solidario del Estado, un catálogo más amplio de derechos socio-fundamentales, y las herramientas necesarias para preservarlos. Hasta allá, el mínimo vital podría ser utilizado solamente en su prisma negativo en Chile, lo que posibilita a todos que necesiten defenderse de un acto vulnerador de su contenido por parte del Estado, utilizar el mínimo vital como principio jurídico que fundamentará su defensa. Esta tutela es imperfecta y comprueba la hipótesis establecida al inicio de la investigación.

18. Frente a todo esto, resta comprobada la hipótesis de trabajo, que a través de la interpretación constitucional de los derechos a la vida, la dignidad humana, la libertad y la igualdad, y la configuración de un bloque de constitucionalidad que incluye el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es posible reconocer en Chile –aunque de forma limitada y precaria– la existencia del mínimo vital, pero su implementación completa (primas positivo y negativo) demandará cambios en la estructura de la Constitución, que permitan la consagración de un modelo activo y solidario que irradie sus efectos para la efectiva tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 Libros, artículos y otros textos consultados

AA.VV. 2017. Bachelet II: el difícil camino hacia un Estado democrático social de derechos. Santiago (Chile), Ediciones SUR.

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2014. Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Editorial Trotta.

ACKERMAN, B. 2007. La nueva división de poderes. México, Fondo de Cultura Económica.

AFONSO DA SILVA, J. 1998. "A dignidade da Pessoa humana como valor supremo da democracia. En: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212.

AGUIRRE, J.; LO VUOLO, R. 2011. "El sistema de Speenhamland, el Ingreso Ciudadano y la retórica de la reacción". En: *Documento de trabajo del Centro Interdisciplinario para el estudio de Políticas Públicas (CIEPP)*, vol. 79.

ALEXY, R, 2014, Teoría de los derechos fundamentales, 2ª edición, traducción y estudio de Carlos Bernal Pulido. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALIJA FERNÁNDEZ, R. 2013. "La transversalidad de los derechos humanos en las políticas públicas y su eficacia en períodos de crisis" En: BONET PÉREZ, J. y SAURA ESTAPA, J. 2013. *El Derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis: estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid, Marcial Pons.

ALLARD SOTO, R.; HENNIG LEAL, M.; GALDAMEZ ZELADA, L. 2016. "El Derecho a la Salud y su (Des)protección en el Estado Subsidiario". En: *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 14, n. 1, p. 95-138, jul. 2016. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000100004&lng=es&nrm=iso> [consulta: 25 agosto 2016].

ALONSO SECO, J. M. y GONZALO GONZÁLEZ, B. 2000. La asistencia social y los servicios sociales en España, 2ª edición. Madrid, Boletín Oficial del Estado.

- ÁLVAREZ, Á. 1992. "Análisis de políticas públicas". En: *Serie Temas de Coyuntura en Gestión Pública*, No. 6. Centro de Documentación y Análisis de Información del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Caracas, Venezuela.
- ALVEAR TELLEZ, J. 2015. "La crítica conservadora al discurso de los derechos humanos de la "Declaración" francesa de 1789". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.45 [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000200013&lng=es&nrm=iso> [consulta: 01 marzo 2016].
- AMARAL, G. 2001. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro, Renovar.
- AMUNÁTEGUI, G. 1951. *Regímenes Políticos*. Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile.
- ARANGO, R. 2005. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis Editores.
- AREJO ALFONSO, L. 1947. "Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional". En: AA.VV. (Coord. Carlos Manuel Fernández Otheo), *Las estructuras del Estado del Bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*. Madrid, Escuela Libre Editorial, Editorial Civitas y Fundación ONCE.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, Libro V, Capítulo III [en línea] <<http://www.filosofia.org/cla/ari/azc01126.htm>> [consulta: 27 septiembre 2016].
- ARRIAGADA CACERES, M. 2013. *Derechos Liberales y Derechos Sociales. Imposibilidad y Paradoja de una Equiparación. Una mirada desde la teoría analítica del derecho*. Tesis Doctoral. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- ARTS, W. y GELISSEN, J. 2012. "Models of the Welfare State". En: *The Oxford Handbook of the Welfare State*, ed. Francis G. Castles et. al, Oxford, Oxford University Press, p. 583.
- ASCOLI, U. y TORRES, J. 1987. "Estado de bienestar y acción voluntaria". En: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, No. 38 (Abril - Junio, 1987).
- ATRIA, F. 2000. "Las circunstancias de la derrotabilidad", En: *Revista de ciencias sociales*, N° 45, Valparaíso, Edeval.
- ATRIA, F. 2014. *Los derechos sociales y la educación*. Santiago (Chile), Lom.

- ATRIA, F. *et al.* 2013. El otro modelo: del orden neoliberal al régimen de lo público. Santiago (Chile), Editora Debate.
- ATRIA, F.; FERRADA BÓRQUEZ, J. C. *et al.* 2013. “Bases de la Nueva Constitución para Chile: primer informe”. En: ZÚÑIGA URBINA, F. (coordinador) 2013. *Nueva Constitución y momento constitucional: visiones, antecedentes y debates*. Santiago (Chile), Thomson Reuters.
- AUERBACH, A. 2002. “Is there a role for discretionary fiscal policy?” En: *NBER Working Paper*, N° 9306.
- AVELÃS NUNES, A. J. 2005. “A filosofia social de Adam Smith”. En: *Prim @ facie: Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas*, v. 4, n. 6.
- BACHOF, O. 1954. “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, En: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n° 12, p. 42 y 43.
- BARCELLOS, A. P. 2011. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, 3ª edição. Rio de Janeiro, Renovar, p. 291-349.
- BARLEVY, G. 2004. “The cost of business cycles and the benefits of stabilization: a survey.” En: *NBER Working Paper*, N° 10926.
- BARRENA, G. 2012. “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. En: *Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos*, fascículo 3, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.
- BARROSO RIBAL, C. Caridad, Beneficencia, Seguro Social, Asistencia Social y Estado de Bienestar [en línea]
<<https://ctinobar.webs.ull.es/1docencia/DESIGUALDAD%20SOCIAL/HISTORIA.pdf>> [consulta: 09 mayo 2016].
- BECERRA VALDIVIA, K. 2015. “Lo colectivo, principio de solidaridad y derechos sociales: ¿es posible conciliar estos conceptos en Chile?” En: SQUELLA, A. y ARRIAGADA, M. B. (dirección). *Sobre los Derechos Sociales, Revista de Ciencias Sociales*, Número Especial, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, p. 381.
- BECKER, G. S. y TOMES, N. 1986. “Human Capital and the Rise and Fall of Families.” En: *Journal of Labor Economics*, 4, No. 3.
- BELLO, O. y JIMÉNEZ, J. P. 2008. “Política fiscal y ciclo en América Latina”, documento presentado en el Taller regional sobre política macroeconómica y

fluctuaciones cíclicas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago (Chile), 10 y 11 de abril.

BELLOSO MARTÍN, N. 2008. "El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana: algunas contradicciones". En: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre, v. 2, n. 4.

BERTOMEU, M. J. y RAVENTÓS, D. 2006. "El derecho de existencia y la renta básica de ciudadanía: una justificación republicana". En: PISARELLO, G. y CABO DE LA VEGA, A. 2006. *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*. Madrid, Editorial Trotta.

BIDART CAMPOS, G. 1994. *La interpretación de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. Ediar.

BIDART CAMPOS, G. 2002. "Los derechos "no enumerados" en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional". En: *Memoria del CONGRESO Iberoamericano de Derecho Constitucional (7º, 2002, México D.F, México)*. Universidad Nacional Autónoma de México, p.106. [En Línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/342/6.pdf>> [consulta: 09 noviembre 2016].

BISCARETTI DI RUFFIA, P. 1975. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado, las formas de Estado y las formas de gobierno*. México, Fondo de Cultura Económica.

BITENCOURT NETO, E. 2010. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora.

BLANCARTE, R. 2008. "Laicidad y laicismo en América Latina" En: *Estudios Sociológicos*, Vol. 26, No. 76 (Jan. - Apr., 2008), El Colegio de México Editorial.

BLANCH NOUGUÉS, J. M. 2007. *Régimen Jurídico de las Fundaciones en Derecho Romano*. Madrid, Editorial Dykinson.

BLAUG, M. 1963. "The Myth of the Old Poor Law and the Making of the New". En: *The Journal of Economic History*, 23, p. 151. Y CLÉMENT, Alain 1999. "Revenu minimum: les leçons de Speenhamland". En: *Lien social et Politiques*, Numéro 42, automne 1999.

BOB, C. 2008. *The International Struggle for New Human Rights*, University of Pennsylvania Press.

BOBBIO, N, 1993. *El positivismo jurídico*, traducido por Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid, Editorial Debate.

BOBBIO, N, 2009. Teoría general de la política, Traducción de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid, Editorial Trotta.

BÖCKENFÖRDE, E. 1993. Escritos sobre Derechos Fundamentales, prólogo de Francisco J. Bastida, traducción de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

BÖCKENFÖRDE, E. 2000. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid, Trotta.

BODIN DE MORAES, M. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, En: SARLET, I. (org). 2010b. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 3ª ed. revisada e ampliada. Porto Alegre, Livraria do Advogado.

BONET PÉREZ, J. 2013. Aproximación al tratamiento jurídico de las crisis de naturaleza económica en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. En: BONET PÉREZ, J. y SAURA ESTAPA, J. 2013. *El derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis: estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid, Marcial Pons, p. 185.

BRAVO, E. et al. 2004. Moralidad y Eticidad. Estudios sobre Kant y Hegel. Cali: Editorial Universidad del Valle.

BRUNKHORST, H. 2005. Solidarity: from civic Friendship to a Global Legal Community. Cambridge, Massachusetts, MIT Press.

BUENO DE CARVALHO, A. 1999. Direito alternativo em movimento, 3a edição. Niterói (Rio de Janeiro), LUAM Ed.

BURNS, A. y MITCHELL, W. 1946. Mediación de los Ciclos Económicos. Nueva York, NBER.

BUSTOS BOTTAI, R. 2012. "Derechos sociales y Constitución: algunas reflexiones sobre el modelo chileno. En: *Derechos Fundamentales*, libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda, Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile.

CAMPOS HARRIET, F. 1997. Historia Constitucional de Chile: las instituciones políticas y sociales. Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile.

CARBONELL, M. 2008. "Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: esbozo de algunos problemas". En: *Estudios constitucionales*, v. 6, n. 2, p. 43-71 [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100003&lng=es&nrm=iso> [consulta: 21 septiembre 2017].

CARMONA CUENCA, E. 1994. "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", En: *Revista de estudios políticos*, N° 84. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CARMONA CUENCA, E. 2006. "Los Derechos Sociales de Prestación y el Derecho a un Mínimo Vital". En: *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas* (Ejemplar dedicado a: Los derechos sociales), N° 2 [en línea] <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_EST_05_carmona.pdf> [consulta: 15 octubre 2014].

CARMONA CUENCA, E. 2012. "El derecho a un mínimo vital". En: ESCOBAR ROCA, G. (Dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, 1 ed., Aranzadi Editorial.

CARMONA CUENCA, E. 2012. "El Derecho a un Mínimo Vital con Especial Referencia a la Constitución Española de 1978". En: *Revista de Estudios Internacionales*, N° 172, Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile [en línea] <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/REI/article/viewFile/23587/29103>> [consulta: 15 octubre 2014].

CARNELUTTI, F. 1955. *Teoría General del Derecho*. Traducción de Francisco J. Osset. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

CARPISO, J. 2005. "Derecho constitucional latinoamericano y comparado". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVIII, n° 114, septiembre-diciembre de 2005.

CARRASCO, S. 2002. *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, 3ª edición actualizada. Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile.

CASANOVA, J. y SANCHIS, M. 1999. *España: De la Iglesia estatal a la separación de Iglesia y Estado*. *Historia Social*, n° 35, Valencia, Fundación Instituto de Historia Social.

CEA EGAÑA, J. L. 1983. "Garantías constitucionales en el Estado social de derecho". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 10, N° 1.

CEA EGAÑA, J. L. 1999. *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.

CEA EGAÑA, J. L. 2008. *Derecho Constitucional Chileno*, tomo I, segunda edición actualizada. Santiago (Chile), Ediciones UC.

CEA EGAÑA, J. L. 2012. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, segunda edición actualizada, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile.

CHADWICK, L. N. y SOLON, G. 2002. "Intergenerational Income Mobility among Daughters." En: *American Economic Review*, 92, No. 1.

CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. 1980. Decreto Ley 3500: Administradoras de fondos de pensiones; pensiones de vejez; pensiones, Título VII - De los beneficios garantizados por el Estado.

CIFUENTES LILLO, H.; WALKER ERRÁZURIZ, F; Y ARELLANO ORTÍZ, P. 2013. Seguridad Social: parte general y pensiones. Santiago (Chile), Librotecnia.

CISTERNAS REYES, M. S. 2004. "Ordenamiento jurídico chileno frente al fenómeno discriminatorio". En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, No. 3 (Septiembre - Diciembre 2004), pp. 409-437.

COGO LEIVAS, P. G. 2006. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre, Livraria do Advogado.

COLLINS, H. 1991. "Method and Aims of Comparative Law". En: *Oxford Journal of Legal Studies*, N° 11.

COMANDUCCI, P. 2003. "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico". En: CARBONEL, M. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Madrid, Editorial Trotta.

CONVERS DIAZ, A. y MARTINEZ ALBARRACIN, L. 2013. El Mínimo Vital y su Incidencia en la Tributación, Tesis pregrado, Bogotá D.C., Julio de 2013.

CORAK, M. 2006. "Do Poor Children Become Poor Adults? Lessons for Public Policy from a Cross Country Comparison of Generational Earnings Mobility." En: *Research on Economic Inequality* 13, No. 1.

CORRAL TALCIANI, H. 2008. Cómo hacer una tesis en derecho. Curso de metodología de la investigación Jurídica. Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile.

CORTÉS GONZÁLEZ, J. C. 2009. Derecho de la protección social, primera edición. Bogotá, Legis Editores.

COURTIS, C. 2006. Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires, Editores del Puerto SRL.

COURTIS, C. 2009. El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos. México, Fontamara.

CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE VIAL, P. 2006. La República en Chile, Teoría del Constitucionalismo Republicano. Santiago (Chile), LOM.

CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE, P. 2014. El constitucionalismo del miedo: propiedad, bien común y poder constituyente. Santiago (Chile), LOM Ediciones.

CROSLAND, A. 1956. The Future of Socialism. UK, Jonathan Cape Publisher.

CRUZ VILLALÓN, P. 1989. "Formación y evolución de los derechos fundamentales". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Nº 25.

DA SILVA CORDEIRO, K. 2012. Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre, Livraria do Advogado.

DA SILVA CORDEIRO, K. 2016. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania. Porto Alegre, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação – Doutorado.

DANILEVICZ BERTONCELLO, K. 2015. Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais (Thomson Reuters).

DE LA VILLA GIL, L. 2015. "¿Qué es eso del Estado de Bienestar y cómo se mide, histórica y económicamente?". En: *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 3, Julio 2015.

DE LAZARI, R. 2016. Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma Constitucional em face da realidade, 2ª edição – revista e atualizada. Curitiba, Juruá Editora.

DE VERGOTTINI, G. 1985. Derecho Constitucional Comparado, traducción e introducción por Pablo Lucas Verdú, 2ª edición. Madrid, Espasa-Calpe S.A.

DE VERGOTTINI, G. 2004. Derecho constitucional comparado, traducción de Claudia Herrera. México (D.F), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Diario Público, [en línea] <<http://www.publico.es/actualidad/alarma-social-oleada-intentos-suicidio.html>> [consulta: 28 abril 2016].

DÍAZ DE VALDÉS, J. M. 2015. “La Igualdad Constitucional: Múltiple y Compleja”. En: *Revista chilena de derecho*, 42(1), 153-187 [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000100007&lng=es&nrm=iso> [consulta: 18 abril 2017].

DÍAZ, E. 1988. Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid, Ed. Taurus.

Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales - Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica. [en línea]. <http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/9> [consulta: 15 octubre 2014].

DWIVEDI, D. N. 2012. Microeconomics: for University of Delhi, as per the syllabus of B. Com. (Hons) course. New Delhi, Pearson Education.

DWORKIN, R. 1989. Los derechos en serio, traducción de Marta Guastavino. Barcelona, Editorial Ariel.

DWORKIN, R. 1994. Life's dominion: an argument about abortion, eutanasia, and individual freedom. New York, Vintage Books.

DWORKIN, R. 2005. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade, tradução de Jussara Simões. São Paulo, Martins Fontes, p. XIV.

DWORKIN, R. 2006. Is democracy possible here? Principles for a new political debate. Princeton, Princeton University Press.

ENCUENTROS LOCALES AUTOCONVOCADOS – FUNDAMENTOS. Comité de Sistematización – www.sistematizacionconstitucional.cl – enero de 2017, pp. 25 y 26. [en línea] <https://www.unaconstitucionparachile.cl/informe_final_comite_sistematizacion.zip> [consulta: 27 febrero 2017].

ESCOBAR ROCA, G. 1999. “Derechos Fundamentales: una aproximación general”, En: *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá de Henares, 1998-1999, vol. 8.

ESCOBAR ROCA, G. 2005. Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos. Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Madrid, Trama Editorial.

ESPADAS ALCÁZAR, M. A. Apuntes de Introducción a los Servicios Sociales. [en línea] <<http://www4.ujaen.es/~aespadas/TEMA5.pdf>> [consulta: 09 mayo 2016].

ESPING-ANDERSEN, G. 1993. Los tres mundos del Estado del bienestar. Valencia, Alfons el Magnànim.

ESPING-ANDERSEN, G. 2004. "Social welfare policy, comparisons". En: *International Encyclopedia of the Social and Behavioural Sciences*, ed. Neil J. Smelser and Paul B. Bates, Amsterdam, Elsevier.

FANTOVA, F. 2008. "Sistemas públicos de servicios sociales: nuevos derechos, nuevas respuestas". En: *Cuaderno Deusto de Derechos Humanos*, Núm. 49. Bilbao, Universidad de Deusto.

FAVOREU, L.; RUBIO LLÓRENTE, F. y PÉREZ ROYO, F. J. 1991. Bloque de Constitucionalidad. Sevilla, Editora Civitas.

FERMANDOIS VÖHRINGER, A. 2004. "La píldora del día después: aspectos normativos". En: *Revista Estudios Públicos*, n° 95 (invierno 2004).

FERMANDOIS VÖHRINGER, A. 2011. Derecho constitucional económico, tomo I, segunda edición actualizada. Santiago (Chile), Ediciones UC.

FERRAJOLI, L. 2000. Derecho y razón, 5ª edición. Madrid, Trotta.

FERRAJOLI, L. 2006. "El futuro del Estado Social y la renta mínima garantizada". En: PISARELLO, G. y CABO DE LA VEGA, A. 2006. La renta básica como nuevo derecho ciudadano. Madrid, Editorial Trotta.

FERRAJOLI, L. 2010. Derechos y garantías: la ley del más débil, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid, Editorial Trotta.

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R. 2008. "Concepto de derecho a la vida". En: *Ius et Praxis*, 14(1). [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100010&lng=es&nrm=iso> [consulta: 01 diciembre 2017].

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R. 2013. "El derecho a la salud". En: *Estudios Constitucionales*, año 11, n° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

FONTAINE, F. 1986. "Libertad e igualdad". En: *Revista Estudios Públicos*, n° 22 [en línea] <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183139/rev2_2_fcfontaine.pdf> [consulta: 29 agosto 2017].

FORST, R. 2010. Contextos da Justiça, tradução Denílson Luis Werle. São Paulo, Boitempo Editorial.

FREITAS BISPO, V. 2014. Direito fundamental à alimentação adequada: a efetividade do direito ao mínimo existencial e a reserva do possível. Curitiba (Brasil), Juruá Editora.

FRÓES OLIVEIRA, F. 2013. Direitos sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris.

GAIER, R. 2011. Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível. II Seminário Internacional Brasil-Alemania (Florianópolis/SC). Centro de Estudios Judiciales (cej) del Consejo de la Justicia Federal (cjf), Brasília: Serie Cuadernos cej, 27.

GALDÁMEZ ZELADA, L. 2015. “Constitución, Estado Social y Crisis Económica”. En: SQUELLA NARDUCCI, A. y ARRIAGADA CÁCERES, M. B. 2015. *Sobre los Derechos Sociales, Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Número Especial.

GAMBOA-BERNAL, Gilberto. 2012. “Nuevos derechos humanos: ni derechos, ni humanos. Viejos deberes: culpables olvidos”. En: *Persona y bioética*, vol. 16, número 2.

GAMONAL CONTRERAS, S. 2014. Fundamentos de derecho laboral, cuarta edición actualizada. Santiago (Chile), Thomson Reuters.

GARCÍA BUENO, C. 2002. “El principio de capacidad contributiva a la luz de las principales aportaciones doctrinales en Italia, España y México”. En: *Colección de Estudios Jurídicos*, tomo XVII, TFJFA, México, agosto 2002.

GARCÍA CUADRADO, A.M. 2010. Derecho, Estado y Constitución: El estatuto científico y otros temas fundamentales de Derecho Constitucional. San Vicente (Alicante), Editorial Club Universitario.

GARCÍA MANRIQUE, R. 2013. La libertad de todos: una defensa de los derechos sociales. España, Ediciones de Intervención Cultural/El viejo topo.

GARCÍA-PELAYO, M. 1987. Las transformaciones del Estado contemporáneo, 2ª edición, Madrid, Alianza editorial.

GARGARELLA, R. (s. f.). Lo “viejo” del “nuevo” constitucionalismo latinoamericano. Recuperado de <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf> [consulta: 24 agosto 2017].

GARGARELLA, R. 2015. "La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericanas: Entre lo viejo y lo nuevo". En: *Nueva Sociedad*, N° 257, julio-agosto de 2015.

GEARTY, C. 2004. *Principles of human rights adjudication*. Oxford, Oxford University Press.

GIACOMET PEZZI, A. 2011. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limites à tributação no Estado Democrático de Direito*, 2ª reimpressão. Curitiba, Juruá Editora.

GINZO FERNÁNDEZ, A. 2006. "El problema de la sabiduría en la obra de Luis Vives". En: *Revista de Filosofía*, 24(52) [en línea]
<http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-11712006000100002> [consulta: 16 noviembre 2017].

GOBIERNO DE CHILE. 1974a. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Tomo I, Sesión 37ª, celebrada en 2 de mayo de 1974.

GOBIERNO DE CHILE. 1974a. *Declaración de Principios del Gobierno de Chile*, [en línea]
<http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0005.pdf> [consulta: 27 octubre 2016].

GOBIERNO DE CHILE. 1974b. *Declaración de Principios del Gobierno de Chile*, [en línea]
<http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0005.pdf> [consulta: 27 octubre 2016].

GOBIERNO DE CHILE. 1974c. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Tomo IV, sesión 161ª de 28 de octubre de 1975.

GOBIERNO DE CHILE. 1974d. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Tomo VI, Sesión 182 a 214 [en línea]
<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 24 agosto 2017].

GOBIERNO DE CHILE. 1974d. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Tomo III, Sesión 83 a 115 [en línea]
<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3767/2/Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 06 noviembre 2017].

GOBIERNO DE CHILE. 1974e. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Tomo XI, Sesión 407, celebrada el miércoles 9 de agosto de 1978. [en línea]

<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_XI_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 25 octubre 2016].

GOBIERNO DE CHILE. 2015. Ministerio de Desarrollo Social. Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional [en línea]
<http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/CASEN_2015_Situacion_Pobreza.pdf> [consulta: 31 octubre 2017].

GOMES CANOTILHO, J. J. 1989. "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales". En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 1, septiembre-diciembre 1988.

GOMES CANOTILHO, J. J. 2006. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª edição, 2 reimp. Coimbra, Almedina.

GÓMEZ BERNALES, G. 2005. *Derechos fundamentales y recursos de protección*. Santiago (Chile), Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho.

GOODIN, R.; HEADEY, B.; MUFFELS, R. y DIRVEN, H. 1999. *The Real Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge, Cambridge University Press.

GRASSI, E. 2006. *Políticas y problemas sociales en la sociedad neoliberal, la otra década infame*. Buenos Aires, Espacio.

GROSSI, P. 2008. *Europa y el Derecho*, traducción castellana de Luigi Giuliani. Barcelona, Crítica.

GUASTINI, R. 2011. *Derechos implícitos*, Traducción de Alí Lozada Prado, Observatorio DOXA, Universidad de Alicante [en línea]
<<http://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/comentario-riccardo-guastini.pdf>> [consulta: 30 junio 2016].

GUIMARÃES, J. 2003. *Marxismo y democracia: un nuevo campo analítico-normativo para el siglo XXI*. En: BORÓN, A. *Filosofía política contemporánea: Controversias sobre civilización, imperio y ciudadanía*, Buenos Aires, CLACSO.

GUZMÁN ERRÁZURIZ, J. 1969. "El miedo: síntoma de la realidad político-social chilena" en Portada, nº 2, febrero 1969, en FONTAINE TALAVERA, A. (comp.), "El miedo y otros escritos. El pensamiento político de Jaime Guzmán E.", En: *Estudios Públicos*, Santiago de Chile, nº 42, 1991, p. 256, [en línea]
<http://www.cepchile.cl/cep/site/tax/port/all/taxport_71_166_263_1.html> [consulta: 28 octubre 2016].

HÄBERLE, P. 1997. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.

HÄBERLE, P. 2005. "A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal", tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. En: SARLET, I. W. (org.) *Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.

HAYEK, F. 1979. "Derecho, legislación y libertad", En: *El espejismo de la justicia social*, Madrid, vol. 2.

HAYEK, F. 1982. "Los principios de un orden social liberal". En: *Estudios Públicos*, N° 6, Centro de Estudios Públicos, Santiago (Chile), pp. 182-194.

HAYEK, F. 1998. *Los fundamentos de la libertad*. Madrid, Unión Editorial.

HAYEK, F. 2006. *Los Fundamentos de la Libertad*, 7ª edición. Madrid, Unión Editorial.

HAYEK, F. 2014. *Derecho, legislación y libertad, Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Madrid, Unión Editorial.

HEISE, J. 1996. *150 años de evolución industrial*, 9ª edición. Santiago (Chile), Editorial Andrés Bello.

HELLER, H. 2014. *Teoría del Estado*, ed. y pról. de Gerhart Niemeyer, 7ª reimpresión. México, Fondo de Cultura Económica.

HERTZ, T. 2005. "Rags, Riches, and Race: The Intergenerational Economic Mobility of Black and White Families in the United States." En: BOWLES, S.; GINTIS, H. y OSBORNE, M. (editores). *Unequal Chances: Family Background and Economic Success*. New York, Russell Sage Foundation.

HESSE, K. 1998. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.

HIGGINBOTHAM, P. (2000). *The Workhouse, the story of an institution*. [en línea] <<http://www.workhouses.org.uk/intro/>> [consulta: 09 mayo 2016].

HOBSBAWM, E. 1999. *Historia del Siglo XX*. Buenos Aires, Editora Crítica.

HOLMES, S. y SUSTEIN, C. 2011. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*, 1ª edición. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

HUNEEUS, C. y LANAS, M. 2002. "Ciencia Política e Historia: Eduardo Cruz-Coke y el Estado de Bienestar en Chile, 1937-1938". En: *Historia (Santiago)*, vol.35, pp.151-186 [en línea]
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-71942002003500007&lng=es&nrm=iso> [consulta: 27 junio 2017].

HUNEEUS, J. 1890. *Obras de don Jorge Huneeus*. Santiago (Chile), Cervantes.

IHRIP (2000). "Círculo de Derechos", Módulo 2 [en línea]
<<http://www.iie.org/~media/Files/Programs/IHRIP/Circle%20of%20Rights%20Spanish/combined%201.pdf?la=en>> [consulta 03 marzo 2016].

ISENSEE, J. 1980. "Verfassung ohne soziale Grundrechte". En: *Der Staat*, 191:371; y BADURA, P. 1975. "Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland". En: *Der Staat*, 14/27.

JÄNTTI, M. 2009. "Mobility in the United States in comparative perspective." En: *Focus*, Vol. 26, No. 2, [en línea]
<<https://www.irp.wisc.edu/publications/focus/pdfs/foc262g.pdf>> [consulta: 21 agosto 2017].

JARAMILLO ROJAS, C. A. 2013. "Libertad negativa y libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana: un análisis desde la perspectiva de John Stuart Mill y Thomas Hobbes". En: *Revista Precedente*, Vol. 3, Julio-Diciembre, Cali, Colombia.

JHERING, R. 1995. *Geist des Römischen Rechts*, Parte I, Novena edición

JIMENA QUESADA, L. 1997. *La Europa social y democrática de Derecho*. Madrid, Dykinson.

KALECKI, M. 1943. "Political aspects of full employment". En: *The Political Quarterly*, Vol. 14, Issue 4, October 1943.

KALECKI, M. 1966. *Studies in the theory of business cycles*. Blackwell.

KAMMLER, J. En: ABENDROTH, W. y LENK, K. 1971. *Introducción a la ciencia Política*, "El estado social". España, Anagrama.

KANT, I. 2008. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, tradução de Paulo Quintela. Lisboa, Edições 70, p. 81.

KEYNES, J. M. 2005. *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. Traducción de Eduardo Hornedo. Argentina, Fondo de Cultura Económica.

- KITCHIN, J. 1923. "Cycles and Trends in Economic Factors". En: *Review of Economics and Statistics* (The MIT Press), Vol. 5, N° 1, Enero de 1923.
- KONDRATIEV, N.D. 1992. Los ciclos largos de la coyuntura económica. Traducción y presentación de Luis Sandoval Ramírez. México, IIEc-UNAM.
- KORPI, W. y PALME, J. 1998. "The Paradox of redistribution and the strategy of equality: Welfare state institutions, inequality and poverty in the Western countries". En: *American Sociological Review*, 63 (5).
- KRELL, A. 2002. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.
- KRUGMAN, P. y WELLS, R. 2007. Introducción a la Macroeconomía. Editorial Reverté S.A. Primera edición. Apud LÓPEZ GONZÁLEZ, M. et al. 2009. Alcances de la política fiscal contracíclica: el caso reciente de América Latina. Perfil de Coyuntura Económica No. 14, diciembre 2009, pp. 51-68 Universidad de Antioquia. [en línea] <<http://www.scielo.org.co/pdf/pece/n14/n14a2.pdf>> [consulta: 10 diciembre 2014].
- LANATA FUENZALIDA, G. 2014. Manual de legislación previsional, 2ª edición. Santiago (Chile) Thomson Reuters.
- LARRAÑAGA, O. 2010. El Estado Bienestar en Chile: 1910 - 2010. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – Chile, Área de Reducción de la Pobreza y la Desigualdad, Documento de Trabajo [en línea] <http://www.cl.undp.org/content/dam/chile/docs/pobreza/undp_cl_pobreza_estado_bienestar.pdf> [consulta: 31 octubre 2017].
- LARROULET, C. y MOCHÓN, F. 1995. Economía. Santiago (Chile), McGraw-Hill.
- LASTARRIA, J. 1865. Elementos de Derecho Público Constitucional. Santiago (Chile) Imprenta Chilena.
- LEHMANN, K. 2006. "In defense of the Constitutional Court: Litigating Economic and Social Rights and the Myth of the Minimum Core". En: *American University International Law Review*, v. 22, n. 1. [en línea] <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1116&context=auilr>> [consulta: 29 agosto 2016].
- LIMA DE ARRUDA JÚNIOR, E. 1997. Direito alternativo: tópicos para superar (pré) conceitos e (pré) Juízos. En: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, 9(4) 33-42, out./dez de 1997.

LIMA FILHO, F. 2005. "O Estado Social: modelo espanhol e modelo brasileiro". En: Boletim Jurídico, Uberaba, n. 150. [em línea] <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=891>> [consulta: 17 noviembre 2017]. También BONAVIDES, P. 2000. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Malheiros Editores.

LOBO TORRES, R. 1989. "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais", En: *Revista de Direito Administrativo*, n. 177.

LOBO TORRES, R. 2003. "A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial", En: SARLET I. W. (Org.), *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro, Renovar.

LOBO TORRES, R. 2005. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Os direitos humanos e a tributação. Imunidades e isonomia*, 3ª edição. Rio de Janeiro, Renovar.

LOBO TORRES, R. 2006. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar.

LOBO TORRES, R. 2009. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro, Renovar.

LOEWENSTEIN, K. 1976. *Teoría de la Constitución*, 2ª edición. Barcelona, Ariel.

LOEWENSTEIN, K. 1983. *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Editorial Ariel.

LUCAS VERDÚ, P. 1985. *El sentimiento constitucional*. Madrid, Ed. Reus S.A..

LUHMANN, N. 1983. *Teoria politica nello Stato del Benessere*. Traduzione di Raffaella Sutter. Milano, Franco Angeli Editore.

LUHMANN, N. 2007. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, cuarta reimpresión, versión española e introducción de Fernando Vallespín. Madrid, Alianza Universidad.

MALTHUS, T. 1995. *Primer ensayo sobre la población*, prólogo de John Maynard Keynes. Madrid, Alianza Editorial.

MALTHUS, T. 1996. *Princípios de economia política e considerações sobre sua aplicação prática: Ensaio sobre a população*. Traduções de Regis de Castro Andrade, Dinah de Abreu Azevedo e Antonio Alves Cury. São Paulo: Nova Cultural.

MARÍN CASTÁN, M. 2007. "La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales". En: *Revista de Bioética y Derecho*, n. 9, [en línea] <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7833/9734>> [consulta: 06 diciembre 2016].

MARTÍNEZ ESTAY, J. I. 2008. "Los derechos sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol N° 976 del Tribunal Constitucional". En: *Nomos*, N° 2, Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar.

MASELLI GOUVÊA, M. 2003. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro, Editora Forense.

MERLIN CLÉVE, C. 2006. "A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais". En: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, jan-mar 2006, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.

MICHELINI, D. 2010. "Dignidad humana en Kant y Habermas". En: *Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*, 12(1) [en línea] <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-94902010000100003&lng=es&tlng=es> [consulta: 06 diciembre 2016].

MILL, J. S. 1991. *Sobre a liberdade*. 2ª edição, Traducción Alberto da Rocha Barros. Rio de Janeiro, Editora Vozes.

MIRALLES, R. 1990. "A la sombra de Speenhamland: Una perspectiva histórica para el ingreso mínimo de inserción". En: *Documentación social*, n° 78.

MONEREO PÉREZ, J. L. 2009. *La defensa del Estado social de Derecho: la teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, El Viejo Topo.

MONTEIRO PESSOA, R. 2015. *A proteção das relações trabalhistas face a automação: uma perspectiva para a concretização do desenvolvimento*. NEA editora.

MONTEIRO PESSOA, R. 2016. "La Imposición Estatal para Cotizar a la Seguridad Social y la Garantía de la Libertad". En: *Revista de Ciencias Sociales*, Número 68 (2016), Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile.

MONTESQUIEU, C. 2000. *Del espíritu de las leyes*, Introducción de E. Tierno Galván, Traducción de M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Editorial Tecnos.

MORESO, J. 2007. "Conflictos entre principios constitucionales". En: *AAVV. Neoconstitucionalismo*. Madrid, Editorial Trotta.

MUÑOZ LEÓN, F. 2007. "La interpretación originalista de nuestra Constitución; ¿es posible y deseable?" En: *Revista de Derecho Público*, Santiago (Chile) Universidad de Chile, vol. 69.

MUÑOZ SERAFÍN, R. 2013. "El Mínimo Vital: Una Oportunidad Para Redimensionar El Principio De Proporcionalidad". En: *Práctica Fiscal*, N° 700, Octubre 2013, México.

NASH ROJAS, C. 2008. La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales. Tesis (Doctorado en Derecho). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

NEUMANN, V. 1995. "Menschenwürde und Existenzminimum". En: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1995.

NINO, C. 2007. "Sobre los derechos sociales". En: *Los escritos de Carlos S. Nino*, volumen 2, Gedisa, Buenos Aires.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005. "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales". En: *Ius et Praxis*, 11(2) [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002> [consulta: 29 agosto 2016].

NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2006. "El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas". En: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 13 - N° 2.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2009. "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano". En: *Estudios constitucionales*, 7(2), 143-205. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-52002009000200007> [consulta: 15 abril 2016].

NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2012. "La concepción de constitución, el bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales y el control de convencionalidad en la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Chile". En: *Derechos Fundamentales*, libro en homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda, Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, p. 226.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2012. Derecho constitucional chileno, Tomo I. Santiago (Chile), Thomson Reuters.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2015. "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia". En: *Estudios constitucionales*, 13(2) [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000200011> [consulta: 19 octubre 2016].

NOZICK, R. 1974. *Anarchy, State and Utopia*.

OBERARZBACHER DÁVILA, F. E. 2011. La justiciabilidad y el mínimo vital de los DESC: teoría y práctica en Colombia. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 41, No. 115. [en línea] <<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n115/v41n115a05.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014].

OJEDA MARÍN, A. 1990. *El contenido económico de las Constituciones modernas*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.

OWEN, R. 1817. Report to the Committee of the Association for the Relief of the Manufacturing and Labouring Poor, referred to the Committee of the House of Commons on the Poor Laws [en línea] <<http://la.utexas.edu/users/hcleaver/368/368owenrptcom.html>> [consulta : 02 mayo 2016].

PAREJO ALFONSO, L. 1947. "Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional". En: AA.VV. (Coord. Carlos Manuel Fernández Otheo), *Las estructuras del Estado del Bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*. Madrid, Escuela Libre Editorial, Editorial Civitas y Fundación ONCE.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. 2003. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2ª ed. Madrid, Dykinson.

PECES-BARBA, G. 1999. *Curso de derechos fundamentales, Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.

PEÑA GONZÁLEZ, C. 2000. "El problema de la libertad". En: *Apuntes de Derecho*, Santiago (Chile), Universidad Diego Portales, número 7, septiembre 2000.

PEREZ LUÑO, A. 2009. "Los derechos sociales y su significación actual". En: ZAPATERO, V. y GARRIDO, M. (eds.). *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*. Alacalá de Henares (Madrid), Universidad de Alcalá.

PÉREZ SÁNCHEZ, M. C. 2004. *Crisis del Principio de Generalidad y del Formalismo Jurídico: J.J. Rousseau, I. Kant y la Perspectiva Teórica del*

Institucionalismo Jurídico en Maurice Hauriou. Memoria Presentada para optar al Grado de Doctor en Derecho. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.

PILLAY, A. G. 2012. Carta al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en línea] <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/LetterCESCRtoSP16.05.12.pdf>> [consulta: 14 agosto 2017].

PISARELLO, G. y CABO DE LA VEGA, A. 2006. La renta básica como nuevo derecho ciudadano. Madrid, Editorial Trotta.

PIZZOLATO, F. 2004. Il minimo vitale: profili costituzionali e processi attuativi. Milano, Giuffrè Editore.

PLÁ RODRIGUEZ, A. 2015. Los principios del derecho del trabajo, edición al cuidado de Hugo Barreto Ghione, 4ª edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

Portal Deutsche Welle, [en línea] <<http://www.dw.com/es/crisis-econ%C3%B3mica-est%C3%A1-generando-ola-de-suicidios-en-italia-y-grecia/a-15932067>> [consulta: 28 abril 2016].

PRADO VERBICARO, L. 2008. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. Revista Direito GV, 4(2).

PRIETO SANCHÍS, L. 1998. Ley, principios, derechos. Madrid, Dykinson.

PRIETO SANCHÍS, L. 2000. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial". En: CARBONELL, M.; CRUZ PARCERO, J.A. y VÁZQUEZ, R. (Comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México, Universidad Autónoma Nacional de México.

Proyecto de Ley N° 1 de 2005 [en línea] <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=10&p_numero=01&p_consec=11954> [consulta: 06 abril 2016].

PÚBLICO Comunicação Social SA [en línea] <<https://www.publico.pt/sociedade/noticia/tentativas-de-suicidio-aumentam-com-a-crise-1579762>> [consulta: 28 abril 2016].

QUINTANA BENAVIDES, A. 1989. "El principio de solidaridad en la Constitución". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, N° 2-3.

RAMPINI, F. 2012. Non ci possiamo più permettere uno Stato sociale: Falso!. Roma-Bari, Idòla Laterza, p. 7.

RAWLS, J. 2001. Justice as fairness: a restatement. Cambridge, Harvard University Press.

RAWLS, J. 2003. Justiça como equidade: uma reformulação, tradução de Claudia Berliner. São Paulo, Martins Fontes, p. 60.

RAWLS, J. 2005. Political liberalism, expanded edition. New York, Columbia University Press.

RAWLS, J. 2014. Teoría de la justicia, traducción de María Dolores González, décima reimpresión. México, Fondo de Cultura Económica.

RAZ, J. 2001. La ética en el ámbito público. Barcelona, Gedisa Editorial.

RESICO, M. 2010. Introducción a la Economía Social de Mercado. Buenos Aires, Konrad-Adenauer-Stiftung.

RESICO, M. 2014. Ciclos económicos y política macroeconómica. [en línea] <http://www.kas.de/upload/dokumente/2011/10/SOPLA_Einfuehrung_SoMa/part_e2_2.pdf> [consulta: 09 diciembre 2014].

Revista do Núcleo de Estudos de Direito Alternativo de la Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" [en línea] disponible en <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/issue/view/64/showToc>> [consulta: 05 enero 2017].

RIETO SANCHÍS, L. 2000. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial". En: CARBONELL, M.; CRUZ PARCERO, J.A. y VÁZQUEZ, R. (Comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México, Universidad Autónoma Nacional de México.

RODOTÀ, S. 2014. Solidarietà un'utopia necessaria. Roma-Bari, Editri Laterza, p. 16.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. 2007. La administración del Estado Social. Madrid, Marcial Pons.

RONCONI, L. 2015. "Derechos sociales e igualdad: el rol de los tribunales de justicia". En: SQUELLA, A. y ARRIAGADA, M. (org.) *Sobre los Derechos Sociales*. Revista de Ciencias Sociales, Número Especial, Valparaíso (Chile), Universidad de Valparaíso.

RONCONI, L. 2015. "Derechos sociales e igualdad: el rol de los tribunales de justicia". En: SQUELLA NARDUCCI, A. y ARRIAGADA CÁCERES, M. B. 2015. *Sobre los Derechos Sociales, Revista de Ciencias Sociales*. Universidad de Valparaíso, Número Especial.

ROSANVALLON, P. 1981. *La crise de l'Etat-providence*. Paris, Editions du Seuil.

RUIZ-TAGLE VIAL, P. 1990. "Análisis Comparado de la Función Judicial". En: *Revista de Estudios Públicos*, N° 39. Santiago (Chile).

RUIZ-TAGLE, P. 2000a. "Apuntes sobre la igualdad constitucional en Chile". En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, SELA 1999, Argentina (2000), p. 36.

RUIZ-TAGLE, P. 2000b. "Principios constitucionales del Estado empresario", En: *Revista de Derecho Público* (U. de Chile), n° 62.

RUIZ-TAGLE, P. 2006. "Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario". En: BORDALÍ SALAMANCA, A. (coordinador). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago (Chile), Editorial Lexis Nexis, p. 94.

RUIZ-TAGLE, P. 2016. *Cinco repúblicas y una tradición: constitucionalismo chileno comparado*. Santiago (Chile), LOM Ediciones.

SALAZAR UGARTE, P. 2008. *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, Instituto de Investigación Jurídica, México, Fondo de Cultura Económica.

SALAZAR, G. 2005. *Construcción del Estado en Chile (1800-1837)*. Santiago (Chile), Editorial Sudamericana.

SARLET, I. 2004. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 4ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado.

SARLET, I. W. 2006. *Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, 4ª ed. revista e atualizada. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado.

SARLET, I. W. 2007a. "Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas". En: *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, n. 29, jan-mar.

SARLET, I. W. 2007b. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado.

SARLET, I. W. 2010. *Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8ª ed. revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre, Livraria do Advogado.

SARLET, I. W. y FILCHTINER FIGUEIREDO, M. 2007. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". En: *Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre, año 1, n. 1.

SARLET, I. W. y FILCHTINER FIGUEIREDO, M. 2008. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". En: *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4a Região*, Edição 24 [en línea] <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> [consulta: 07 abril 2016].

SARMENTO, D. 2010. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos". En: NOVELINO, M. (org.). 2010. *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*, 4ª edição, Salvador, JusPODIVM.

SARMIENTO, J. M. 1998. "Aproximaciones a la reestructuración del Estado ya los debates contemporáneos sobre política social, superación de la pobreza y lucha contra la exclusión." En: *Última década*, N° 9 (1998): 3.

SAURA ESTAPA, J. 2013. "La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)". En: BONET PÉREZ, J. y SAURA ESTAPA, J. 2013. *El derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis: estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid, Marcial Pons.

SCHEININ, M. 2013. "Core Rights and Obligations". En: *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Dinah Shelton Editor.

SCHUMPETER, J. 2002. *Ciclos Económicos: Análisis teórico, histórico y estadístico del proceso capitalista*, Zaragoza: Prensa Universitaria de Zaragoza.

SEN, A. 1997. *Bienestar, justicia y mercado*. Barcelona, Editorial Paidós.

SEN, A. 2000a. *Desarrollo y libertad*. Buenos Aires, Editorial Planeta Argentina SAIC.

SEN, A. 2000b. *Desenvolvimento como liberdade*, Traducción Laura Teixeira Motta. São Paulo, Companhia das Letras.

SHEAHEN, A. 2012. *Basic Income Guarantee: Your Right To Economic Security*. New York, Palgrave-MacMillan.

SILVA BARBOSA, C. 2015. *A participação política como pressuposto de efetivação do mínimo existencial no Estado democrático brasileiro*. Salvador (Bahia), Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Doutorado em Direito Público.

SILVA BASCUÑÁN, A. 1997. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, 2ª edición. Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile.

SMITH, A. 2004. *La teoría de los sentimientos morales*, edición de Carlos Rodríguez Braun. Madrid, Alianza Editorial.

SOLARI ALLIENDE, E. 1993. "Recepción en Chile del Estado Social de Derecho". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 20, N° 2-3.

SOLÍS ÁLVAREZ, J. 2013. *Derecho Humano al Mínimo Vital*. [en línea] <<http://web.uas.mx/ObservatorioDH/index.php/temas/minimo-vital/item/13-derecho-humano-al-minimo-vital#ftn1>> [consulta: 15 octubre 2014].

SOTO KLOSS, E. 1994. "La familia en la Constitución Política". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, n° 2.

SOTO KLOSS, E. 2010. "Derecho a la Vida y Recurso de Protección" En: *Doctrinas Esenciales: Derecho Constitucional*, Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, p. 631.

SQUELLA NARDUCCI, A. 2000. *Introducción al Derecho*. Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile.

STARCK, C. *Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã*, tradução de Rita Dostal Zanini, En: SARLET, I. (org). 2009. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, 2ª ed. revisada e ampliada. Porto Alegre, Livraria do Advogado.

STRATI, F. 2009. *Schemi di reddito minimo, uno studio sulle politiche nazionali*. [en línea] <<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=9033&langId=it>> [consulta: 23 octubre 2014].

SUÁREZ SEBASTIÁN, M. 2009. "Aspectos fundamentales de los DESC". En: GONZÁLEZ MONGUÍ, P. (coordinador), *Derechos económicos, sociales y culturales*, Bogotá, Editorial Kimpres.

TÓRTORA ARAVENA, H. 2010. "Las limitaciones a los derechos fundamentales". En: *Revista Estudios Constitucionales*, 8(2).

TÓRTORA ARAVENA, H. 2011. El derecho a la vida en la jurisprudencia. Análisis particular de sus limitaciones. Santiago (Chile), Editorial Metropolitana.

UGARTE GODOY, J. 2006. "El Derecho a La Vida y La Constitución". En: *Revista chilena de derecho*, n° 33(3).

UTHOFF, A. 2017. "La tarea pendiente sobre la reforma previsional en Chile". En: AA.VV. *Bachelet II: el difícil camino hacia un Estado democrático social de derechos*, Barómetro de Política y Equidad, vol. 13. Santiago (Chile), Ediciones SUR.

VALLEJO, R. y PARDOW, D. 2008. "Derribando mitos sobre el Estado empresario", En: *Revista Chilena de Derecho*, 35, n° 1.

VAN BOVEN, T. 2014. "Categories of Rights". En: *International Human Rights Law* (2nd edn), Oxford University Press.

VAN PARIJS, P y VANDERBORGHT, Y. 2006. La renta básica. Una medida eficaz para luchar contra la pobreza. Barcelona, Paidós.

VARELA DEL SOLAR, J. L. 1984. "Estudio sobre el artículo primero de la Constitución de 1980". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 11, N° 2-3.

VASAK, K. 1984. Las dimensiones internacionales de los derechos humanos, vol. I. Barcelona, Serbal-UNESCO.

VERDUGO MARINKOVIC, M. PFEFFER URQUIAGA, E. NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005. Derecho constitucional, Tomo I. Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, p. 199.

VIDAL NETO, P. 1979. Estado de Direito: direitos individuais e direitos sociais, São Paulo, Editora LTr.

VIEIRA ÁLVAREZ, C. 2013. Libre iniciativa económica y Estado Social, análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución Chilena, Santiago (Chile), Legalpublishing.

VIERA ÁLVAREZ, C. 2014. "Estado Social como fórmula en la Constitución Chilena". En: *Revista de derecho* (Coquimbo), 21(2).

VILHENA VIEIRA, O. 2006. Direitos Fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo, Malheiros.

- VIVALDI, E. y GUALDANI A. 2014. "Il minimo vitale tra tentativi di attuazione e prospettive future". En: *Diritto e Società*, N° 1, 2014. Napoli, Editoriale Scientifica SRL.
- VIVES, J. L. 1992. *Del socorro de los pobres*. Barcelona, Editorial Hacer.
- WEBER, T. 2012. "A ideia de um 'mínimo existencial' de J. Rawls" En: *Kriterion*, Belo Horizonte, nº 127, Jun./2013.
- WEBER, T. 2013. A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls. *Kriterion: Revista de Filosofia*, 54(127), 197-210. [en línea] <<https://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2013000100011>> [consulta: 29 marzo 2016].
- WOLKMER, A. C. y WOLKMER, M. F. 2012. "Pluralismo, nuevos derechos y movimientos críticos en la teoría jurídica de Latinoamérica". En: *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Abril 2012, N°6 (Acceso a la Justicia), Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.
- YAMASHITA, D. y TIPKE, K. 2002. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo, Malheiros.
- YOUNG, K. 2008. "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content". En: *The Yale Journal of International Law*, v. 33.
- ZÚÑIGA, A. 2012. "La teoría de la justicia detrás de nuestra constitución. El caso de los derechos sociales". En: CAVALLLO, A. (coord.) *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*. Santiago (Chile), Librotecnia.
- ZÚÑIGA URBINA, F. 2013. "Nueva Constitución y operación constituyente: algunas notas de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente". En: *Estudios constitucionales*, 11(1) [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100014&lng=es&nrm=iso>. accedido en 01 dic. 2017. <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100014>> [consulta: 01 diciembre 2017].
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H. 2000. *Introducción al derecho comparado*. Traducción Arturo Aparicio Vázquez [México]: Oxford University Press.

2 Jurisprudencia consultada

Alemania. Tribunal Administrativo Federal. [Internet] Sentencia núm. BVerfGE 1, 97 de 19 de diciembre de 1951 [consultado el 17 de mayo de 2016]. Disponible en:

<http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintText&Name=bv001097>.

Alemania. Tribunal Administrativo Federal. [Internet] Sentencia núm. BverfGE 78, 104 de 26 de abril de 1988 [consultado el 22 de noviembre de 2017].

Disponible en: http://www.sozialrecht-heute.de/xhtml/articleviewrecht.jsf?currentTab=taxcases&docId=bverfg__1bvl8486__26_04_1988.html.

Alemania. Tribunal Administrativo Federal. [Internet] Sentencia núm. BVerfGE 1, 97 de 19 de diciembre de 1951 [consultado el 17 de mayo de 2016]. Disponible en:

<http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintText&Name=bv001097>

Alemania. Tribunal Administrativo Federal. [Internet]. Sentencia núm. BVerwGE 1, 159 de 24 de junio de 1954 [consultado el 17 de mayo de 2016]. Disponible en: <https://www.jurion.de/urteile/bverwg/1954-06-24/bverwg-v-c-7854/>

Alemania. Tribunal Constitucional. [Internet] Sentencia núm. BvL 1/09 de 09 de febrero de 2010 [consultado el 22 de agosto de 2016]. Disponible en:

http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/Is20100209_1bvl000109en.html.

Alemania. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. BVerfGE 93,121 de 22 de junio de 1995. En SCHWABE, J. 2009. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: extractos de las sentencias más relevantes, traducción de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz. México, Fundación Konrad Adenauer, A.C. Oficina México, p. 438 [en línea]

<http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf> [consulta: 08 julio 2015].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 22 novembro 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinario nº

271.286-8 - Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de

Jurisprudência, Acórdãos, 12 setembro 2008. Disponível em: < <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/aids.pdf> >. Acesso em: 04 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 31695/DF - Distrito Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 19 agosto 2014. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25257005/agreg-na-medida-cautelar-em-mandado-de-seguranca-ms-31695-df-stf> >. Acesso em: 22 novembro 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5/SP - Sao Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 22 novembro 2005. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801> >. Acesso em: 13 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 749915/MG - Minas Gerais. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 27 agosto 2013. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24179568/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-749915-mg-stf> >. Acesso em: 22 novembro 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 abril 2008. Disponível em: < http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf >. Acesso em: 13 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> >. Acesso em: 22 novembro 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 854679/DF - Distrito Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 janeiro 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000234834&base=baseMonocraticas> >. Acesso em: 22 novembro 2017.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia nº T426/92 [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-426-92.htm>> [consulta: 08 julio 2015].

Corte de Apelaciones de Antofagasta, "Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y Comunidad Atacameña Toconao con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta", 21 de diciembre de 2010, Rol n° 782.

Corte Suprema, "Recurso de nulidad en el fallo O-73-2015 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol", 20 de enero de 2016, Rol n° 28842.

DERECHO AL MINIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO. Novena época, instancia: Primera Sala, tesis aislada, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXV, mayo de 2007, materia(s): constitucional, tesis: 1a. XCVII/2007.

DERECHO AL MINIMO VITAL. CONSTITUYE UN LIMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICION DEL TRIBUTO." Novena época, instancia: Primera Sala, tesis aislada, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXV, mayo de 2007, materia(s): constitucional, administrativa, tesis: 1a. XCVIII/2007, página: 792

DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU ALCANCE EN RELACION CON EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD TRIBUTARIA." Novena época, instancia: Primera Sala, tesis aislada, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, enero de 2009, materia(s): constitucional, administrativa, tesis: 1a. X/2009, página: 547.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). [Internet] Sentencia núm. 113/1989 de 22 de junio [consultado el 10 de mayo de 2016]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1989-17478.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). [Internet] Sentencia núm. 113/1989 de 22 de junio [consultado el 10 de mayo de 2016]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1989-17478.

Portugal. Tribunal Constitucional (2ª sección). [Internet] Sentencia núm. 349/91 de 3 de julio de 1991 [consultado el 21 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910349.html>.

Portugal. Tribunal Constitucional (Pleno). [Internet] Sentencia núm. 509/02 de 19 de diciembre [consultado el 21 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>.

Portugal. Tribunal Constitucional (Pleno). [Internet] Sentencia núm. 509/02 de 19 de diciembre [consultado el 21 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>.

Suiza. Corte Federal. [Internet] Sentencia núm. 17371/90 de 16 de septiembre de 1996 > [consultado el 08 de julio de 2015]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58060>.

Tribunal Constitucional, "Control de constitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, de 27 de junio de 1989", 3 de abril de 2008, Rol N° 1050 [en línea]
<http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=34479> [consulta: 22 noviembre 2017].

Tribunal Constitucional, "Ley sobre Libertad de Información", 30 de octubre de 1995 (declaración de inconstitucionalidad), Rol N° 226. [en línea]
<<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=391>> [consulta: 10 julio 2015].

Tribunal Constitucional, "Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional con relación al artículo 38 ter de la Ley 18.933", 06 de agosto de 2010, Rol n° 1710 [en línea]
<<https://www.camara.cl/camara/media/docs/fallos/rol1710.pdf>> [consulta: 22 noviembre 2017].

Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A.", 26 de junio de 2008, Rol n° 976 [en línea]
<http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=35183> [consulta: 22 noviembre 2017].

Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A.", 26 de junio de 2008, Rol n° 976. Op. Cit.

Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Luis Carlos Valdés Correa en relación al artículo 2.331 del Código Civil", 10 de junio de 2007, Rol n° 943 [en línea]
<http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=34927> [consulta: 22 noviembre 2017].

Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Ivonne Osses Gálvez, respecto del artículo

174 del Código del Trabajo", 14 de septiembre de 2007, Rol n° 698 [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=23449> [consulta: 22 noviembre 2017].

Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inconstitucionalidad de un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia", 26 de junio de 2001, Rol n° 325 [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=28795> [consulta: 22 noviembre 2017].

Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores respecto de los artículos 7º, 10 y 11 del proyecto de ley sobre trasplantes de órganos", 13 de agosto de 1995, Rol n° 220 [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=27137> [consulta: 22 noviembre 2017].

Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de parte de las glosas que indican correspondientes al proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público, para el año 2016", 21 de diciembre de 2015, Rol n° 2935 [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=54083> [consulta: 22 noviembre 2017].

Tribunal Constitucional, "Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-11", 02 de agosto de 2017, Rol n° 3729 [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia.php?id=3515> [consulta: 04 diciembre 2017].

3 Normativa y otros documentos internacionales

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html>. Acesso em: 22 noviembre 2017

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos [en línea]
<<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297>> [consulta: 14 diciembre 2016].

CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM DEL SUMO PONTÍFICE LEÓN XIII
SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS OBREROS [en línea]
<http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html> [consulta 22 agosto 2016].

Carta Europea de Derechos Fundamentales [en línea]
<http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf> [consulta: 30 septiembre 2016].

CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. 2002. Decreto con Fuerza de Ley 1: Código del Trabajo.

Constitución de la República Italiana. Boletín Oficial, 27 de diciembre de 1947, núm. 298.

Constitución de la República Portuguesa. Aprobada y decretada por la Asamblea Constituyente el 2 de abril de 1976, Edición del texto revisada el 2005.

Constitución de la República Portuguesa. Aprobada y decretada por la Asamblea Constituyente el 2 de abril de 1976, Edición del texto revisada el 2005.

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, Art. 41– Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Constitución Política de la República de Chile. Boletín Oficial, 24 de octubre de 1980, Edición del texto actualizado hasta mayo de 2017.

Convenio n° 131 de 1970 de la OIT: Convenio relativo a la fijación de salarios mínimos, con especial referencia a los países en vías de desarrollo [en línea]
<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_1LO_CODE:C131> [consulta: 13 noviembre 2017].

Convention on the Rights of the Child [en línea]
<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en&clang=_en> [consulta: 01 julio 2016].

Declaración Universal de los Derechos Humanos [en línea]
<<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>> [consulta: 14 diciembre 2016].

Información General del Tratado - Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos [en línea] <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm> [consulta : 01 julio 2016].

Juan XXIII. 1961. Encíclica Mater et Magistra. [en línea]
<http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html> [consulta: 27 octubre 2016].

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Boletín Oficial Federal, 23 de mayo de 1949, Edición del texto Actualizado hasta octubre de 2010.

Observación general n° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Párrafo 10. [en línea] <<https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-3-indole-obligaciones-estados-partes>> [consulta: 14 agosto 2017].

Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women [en línea]
<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8-b&chapter=4&lang=en> [consulta: 01 julio 2016].

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en línea]
<<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>> [consulta: 14 diciembre 2016].

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en línea]
<<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>> [consulta: 14 diciembre 2016].

Resolución S-10/1 del Consejo de Derechos Humanos [en línea]
<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/SpecialSession/Session10/S-10-1_sp.doc> [consulta: 14 agosto 2017].