



## El rol de los jueces en relación con los derechos económicos y sociales

Beatríz Larrain Martínez <sup>164</sup>

DOI: 10.53110/TERI1374

**A. Introducción:** Los jueces son hoy actores políticos importantísimos. Esto es efectivo tanto en Chile como en el mundo entero. El Brexit, por ejemplo, fue publicitado, entre otras cosas, como una forma de librarse de una buena vez del enorme poder de la Corte Europea de Justicia, la cual supuestamente tenía a los Británicos subyugados de modo que debían, en palabras de Theresa May, “retomar el control”. En los EEUU, las recientes elecciones tenían a todos pendientes de lo que harían los tribunales, recordando que el año 2000, cuando compitió George Bush contra Al Gore, fue la Corte Suprema la que finalmente decidió quien ocuparía el sillón presidencial estadounidense.

En este trabajo entregaremos algunas nociones básicas sobre el rol político que cumplen hoy los jueces, y en especial en relación con los DESC. Podemos adelantar que en el tema existen defensores y detractores, todos con fuertes argumentos. Dividiremos el ensayo en tres partes distintas. Una primera de introducción al tema, donde fijaremos algunos conceptos básicos. La segunda, en que analizaremos los argumentos de quienes defienden y quienes condenan la actividad del juez en relación con los DESC. En la tercera parte veremos algunos ejemplos sacados de la realidad chilena que ilustran lo planteado en las secciones uno y dos del presente trabajo.

<sup>164</sup> Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción donde enseña Introducción al Derecho, Sociología Jurídica y Filosofía del Derecho. Tiene un PhD en Derecho, Política y Sociedad de la Northeastern University en Boston, Massachusetts. Miembro del Programa de Estudios Europeos de la Universidad de Concepción desde sus inicios en 2002.

## B.

### Nociones básicas

Para comenzar, aclararemos algunos conceptos que son muy relevantes para entender este asunto complejo pero importante.

Uno de los fenómenos políticos más importantes de las últimas décadas, aunque relativamente silencioso y poco estudiado, es la tremenda expansión del poder político de los jueces a expensas de los poderes políticos tradicionales, en especial del legislativo. Hoy vemos en todo ámbito la mano de los jueces, decidiendo algún asunto de trascendencia político-social.

Precisemos entonces ¿de qué hablamos cuando hablamos de poder político de los jueces? En el concepto tradicional, la labor del juez es ser la “boca muerta”, a quien sólo toca aplicar la ley que el legislador ha dictado previamente y no le corresponde crear derecho.<sup>165</sup> En la actualidad, esta afirmación o rol tradicional ha sido puesto en duda, ya que no es esto lo que los jueces hacen en realidad. Hay nuevos prismas que analizan el modo en que se comportan hoy los tribunales. Esto, por cierto, no significa que la visión clásica esté superada. En efecto, ésta sigue siendo una parte importante de la base de nuestra democracia y del gran principio de la separación de los poderes.

Entre estos nuevos prismas o paradigmas de estudio encontramos el del activismo judicial y de la judicialización de la política, dos temas que van de la mano. Si bien es cierto que se discute qué implica realmente el activismo judicial, en términos simples se puede describir como aquella actitud del juez que trasciende las palabras o el texto de la ley al decidir un caso si esto es necesario para proteger los derechos de toda índole de los individuos. La consecuencia de la labor de jueces activistas es la creación de

amplias políticas públicas a través de sus decisiones.<sup>166</sup>

“ ”

*Uno de los fenómenos políticos más importantes de las últimas décadas, aunque relativamente silencioso y poco estudiado, es la tremenda expansión del poder político de los jueces a expensas de los poderes políticos tradicionales, en especial del legislativo.*

En cuanto a la judicialización, la palabra “judicializar”, significa tratar algo judicialmente, someter una controversia a la decisión de un juez. Luego, el término “judicialización de la política” se refiere a la expansión del poder de los jueces a expensas de los poderes políticos tradicionales,

<sup>165</sup> Es el movimiento del realismo jurídico norteamericano el responsable en gran parte por revelar que no corresponde esta imagen a lo que los jueces hacen en la realidad. Ver por ejemplo: Frank, 1970; Holmes, 1991; Cardozo, 1949.

<sup>166</sup> Holland, 1991.

normalmente el parlamento, gabinetes ministeriales, agentes de la administración del estado, etc.<sup>167</sup> En virtud de la judicialización, el juez resuelve asuntos de tipo político-valórico, que de acuerdo al concepto tradicional de la separación de los poderes y de las teorías democráticas clásicas debieran ser resueltos por quienes han sido elegidos para ello, normalmente el Congreso. Los jueces no han sido elegidos democráticamente para tomar esas decisiones por nosotros, no se ha depositado la soberanía en ellos por medio de las elecciones. Y por eso que su legitimidad para resolver este tipo de asuntos es cuestionable.

Brevemente, es interesante revisar algunos de los factores que se identifican como causales de estos fenómenos del activismo y de la judicialización, ya que nos dará luces sobre el rol del juez en la protección de los DESC, y sobre todo nos ayudará a comprender porqué en Chile se dan elementos que promueven justamente una gran actividad de los jueces.

Un primer factor lo constituye la democracia. Ningún régimen dictatorial permitiría la participación de jueces independientes en la resolución de conflictos políticos. La democratización ocurrida durante la década de los noventa en Latino América, África y Asia ha significado la construcción de nuevos órdenes nacionales con órganos judiciales fuertes e independientes, capaces de proteger los derechos humanos.

Otro factor importante que influye en este nuevo rol de los jueces son las instituciones débiles y poco efectivas. Cuando existen partidos políticos débiles, coaliciones gobernantes débiles, y presidentes que no tienen mayoría en el Congreso, se va a tornar difícil implementar políticas públicas exitosas y que cuenten con el apoyo de la ciudadanía. Si sumamos a esto una percepción negativa del gobierno y de los partidos por parte de la ciudadanía, que percibe al ejecutivo o legislativo como estáticos, inoperantes, ineficientes, corruptos, que sirven sus propios intereses en vez de los de los ciudadanos, se genera una gran desconfianza y vacío de poder, abriéndose un espacio propicio a la intervención del Poder Judicial.

Esto es muy relevante en el tema que nos ocupa, por dos motivos. En primer lugar, el hecho que los chilenos tenemos una muy mala opinión de nuestros órganos del Estado en general y de los políticos en particular, nos pone en una situación propicia para la judicialización.<sup>168</sup> En segundo lugar, es importante porque tratándose de los DESC, si lo que la ciudadanía percibe es que el poder político tradicional (Congreso, Ejecutivo) no respeta o no promueve o protege sus DESC, entonces habrá mayor incentivo para

---

<sup>167</sup> Tate, C.N. y Vallinder, T., 1995.

<sup>168</sup> Basta para comprobarlo ver cualquier medio de prensa nacional.

recurrir a otra institución que sí proteja o promueva sus derechos. En este caso serán los tribunales.

Un tercer factor es justamente el impulso a la protección a los derechos personales.<sup>169</sup> La toma de conciencia de que los individuos y las minorías tienen derechos que pueden ser defendidos judicialmente ha sido crucial. Hay que considerar que los seres humanos tenemos una red de intereses, y cuando esos intereses son lo suficientemente importantes, pasan a ser protegidos jurídicamente, transformándose en derechos. Cuando la ciudadanía va ampliando la cantidad de intereses que cree que son o deben ser protegidos jurídicamente, las políticas públicas o discursos políticos se van enmarcando en términos de derechos. Así un interés se transforma en derecho y por ende susceptible de ser reclamado de alguien. La obligación de los tribunales de proteger estos derechos, aún en contra del deseo de las mayorías, los pone en una posición particularmente favorable para expandir su poder.<sup>170</sup>

### **C.**

---

## **Los pro y los contra: los argumentos a favor y en contra de la “justiciabilidad”, o la intervención de los tribunales en relación con los DESC**

Alguna nociones ya hemos dado en la primera parte de este trabajo, pero ahora daremos una visión más sistematizada del tema.<sup>171</sup>

Partiremos por los argumentos en contra.

El activismo judicial y la judicialización en general han sido criticados ya que el juez debe sólo aplicar la norma dada por el legislador, y no “crear” derechos de ninguna índole. Esta labor de crear derechos corresponde a los poderes democráticamente elegidos, principalmente al Poder Legislativo. De involucrarse en ello, el juez estaría no sólo invadiendo el rol de otro poder del estado, sino además derechamente actuando de un modo antidemocrático. El juez no ha sido elegido por voto popular para crear derechos. Esto le corresponde a los poderes en quienes hemos delegado la soberanía.

Aún más, el permitir que el juez resuelva asuntos de índole económico y social implicará en muchos casos la transferencia de cuestiones de política pública al conocimiento de los tribunales. Esto presenta la dificultad de que

---

<sup>169</sup> Glendon, 1991.

<sup>170</sup> Este marco teórico discurre sobre la base de la llamada regla de mayoría y se refiere a instituciones que se rigen por dicha regla. Los tribunales de justicia no son órganos mayoritarios ya que en ellos el proceso de toma de decisiones no sigue (necesariamente) la voluntad de la mayoría.

<sup>171</sup> Nolan, Porter y Langford, 2017.

las cuestiones de políticas públicas deben ser abordadas con criterios de oportunidad política y análisis de costo beneficio, entre otros, y no necesariamente de legalidad, como lo hacen naturalmente los tribunales.<sup>172</sup> La fijación de políticas públicas corresponde a los poderes ejecutivo y legislativo. El juez no debe influir en asuntos de gasto público, y un fallo en este sentido puede significar literalmente “meterle la mano al bolsillo” al fisco, al obligarlo a desembolsar cantidades no asignadas para dicho propósito.

Ahora, si nos ponemos en la situación en que el juez está sólo cumpliendo con lo que el legislador o la Constitución le ha mandado hacer (por ejemplo, proteger los derechos ya establecidos en la Constitución), sin crear nada nuevo, aún ahí tenemos el problema de que los derechos en general (no solo los DESC) son vagos e imprecisos. Tomemos por ejemplo el aborto y el derecho a la vida. Para algunos, éste estaría prohibido porque la Constitución protege la vida, mientras que para otros este derecho no alcanza al embrión en temprana etapa de desarrollo ya que no se puede considerar que esté vivo. Luego, se le estaría dando al juez un poder que no fue elegido para ejercer, esto es, determinar los contornos y límites, en este ejemplo, del derecho a la vida, y al hacerlo, el juez va a poder introducir sus propias creencias ideológicas en el proceso, lo cual no debe ocurrir.

Aún más, los jueces son sólo abogados. No tienen necesariamente las competencias técnicas para resolver adecuadamente asuntos relacionados con DESC, que muchas veces involucran asuntos técnicos y científicos complejos tales como conocimientos médicos, biológicos, químicos, de contaminación, financieros, etc.

Veamos ahora los argumentos a favor de que los jueces puedan efectivamente ser activistas en general y decidir asuntos de DESC.

El gran argumento a favor de la judicialización y el activismo judicial en términos generales consiste en que los tribunales, justamente porque no están sometidos a la regla de mayoría, ni a los vaivenes del juego político, están en una posición privilegiada para defender los derechos de los individuos. Particularmente están en situación de proteger los derechos de las minorías, de aquellos que no tuvieron éxito en el proceso de toma de deci-

“ ”

*Aún más, los jueces son sólo abogados. No tienen necesariamente las competencias técnicas para resolver adecuadamente asuntos relacionados con DESC, que muchas veces involucran asuntos técnicos y científicos complejos tales como conocimientos médicos, biológicos, químicos, de contaminación, financieros, etc.*

<sup>172</sup> Ver Campos y Larraín, 2020.



siones mayoritario. Y en este sentido se estarían sobreponiendo a uno de los desafíos más importantes de las democracias modernas que es justamente defender los derechos de las minorías.

Por otro lado, se señala que la única forma de hacer real la promesa de la Constitución de llevar dignidad e igualdad a los individuos, es estableciendo mecanismos de control que garanticen la efectividad de los derechos. Uno de esos mecanismos son justamente los tribunales de justicia, los cuales pueden fiscalizar y obligar tanto a particulares como al Estado a respetar los derechos de los individuos.

## **D.**

---

### ***Algunos casos chilenos***

Como señalamos anteriormente, en esta sección analizaremos algunos casos de DESC que se han resuelto en Chile por los tribunales.

#### **I. Derecho a la salud y la vida: el caso Spinraza**

Quizás en el DESC en que más se han involucrados los jueces en Chile es el del derecho a la salud.

Uno de los casos más emblemáticos involucra el derecho a la salud y un medicamento cuyo nombre comercial es Spinraza (Nusinersen), uno de los medicamentos más costosos del mundo, y que sirve para tratar la atrofia muscular espinal, una enfermedad degenerativa que si no se trata con el medicamento adecuado, puede provocar la muerte.<sup>173</sup> En este caso en particular, la familia cuyo hijo padecía la enfermedad recurrió ante los tribunales por no poder costear el tratamiento por su cuenta (sólo un año de terapia con esta droga tiene un costo aproximado de 500 millones de pesos). Los padres habían solicitado a FONASA (entidad del Estado) que proveyera el remedio y éste se había negado.

FONASA fundamentó su negativa en el alto costo del medicamento, dado el sustancial impacto que su adquisición podría tener en los limitados recursos con que cuentan las instituciones públicas para atender las necesidades de otros enfermos. Concuera con la familia en que la patología atrofia muscular espinal es degenerativa y que sin un tratamiento adecuado es necesariamente mortal, y que por ende el derecho a la vida y salud del menor está afectado.

Frente a esto, la Corte falló en favor de la familia y obligó a FONASA a costear el medicamento, señalando que, si bien es cierto que los miramientos

---

<sup>173</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, rol 3459-2018, 31 agosto 2018.

de orden económico constituyen un factor a tener presente por la autoridad pública al adoptar una decisión, ellos no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la salud, vida y la integridad física o psíquica de una persona.

En este caso podemos apreciar el problema que se produce cuando los tribunales fallan un asunto de políticas públicas con criterio de legalidad. En efecto, el Estado tiene un presupuesto para FONASA, y éste intenta administrarlo de modo que la máxima cantidad de personas se vean beneficiadas. Es por ello que rechaza prestaciones que significan desembolsar grandes sumas para beneficiar a una sola persona, si con ello se puede ayudar a muchas personas. El tribunal, por otro lado, falla usando el criterio individual, del derecho del individuo, sin considerar que el colectivo podría verse perjudicado si finalmente se destinan grandes sumas a una sola persona. El dilema no es simple de resolver y cada órgano tiene sus razones para actuar del modo que lo hace.

Sin embargo, y si bien es cierto la mayor parte de los fallos han resuelto lo mismo que el anteriormente analizado, recientemente ha habido un vuelco en el criterio de los tribunales. En efecto, en fallo del año 2020, la Corte Suprema ha estimado que no cabe obligar a pagar este medicamento a quien no está en peligro vital. En este caso, si bien es cierto la vida del niño no se encontraba en peligro inmediato, el propio fallo reconoce que el remedio le habría servido para mejorar su calidad de vida, para lograr caminar en forma autónoma e incluso para evitar tratamiento de respiración mecánica asistida. En otras palabras, no considera el derecho a la salud del niño, sino solo la vida.

Sólo podemos especular en cuanto a las razones detrás de este cambio de criterio de la Corte Suprema, pero podemos ver claramente el problema que se produce debido a la vaguedad e imprecisión de los DESC. En efecto, la Constitución solo habla del derecho a la vida, y a la salud, sin expresar en qué consiste cada uno ni cuáles son sus límites. Al juez le queda interpretar de la mejor forma posible el significado de cada derecho, en lo cual evidentemente va a pesar su forma de considerar el rol del Estado y la preeminencia o no de las razones económicas por sobre las de salud, lo cual es una decisión política, ideológica y valórica.

“ ”

*En efecto, la Constitución solo habla del derecho a la vida, y a la salud, sin expresar en qué consiste cada uno ni cuáles son sus límites. Al juez le queda interpretar de la mejor forma posible el significado de cada derecho, en lo cual evidentemente va a pesar su forma de considerar el rol del Estado y la preeminencia o no de las razones económicas por sobre las de salud, lo cual es una decisión política, ideológica y valórica.*



Aún más, este caso refleja la dificultad que debe enfrentar el juez al decidir asuntos médicos técnicos tales como la situación de peligro de vida de alguien o la pertinencia o conveniencia médica de recibir tal o cual tratamiento. Vemos que en los casos hay criterios distintos para considerar la evidencia médica y su repercusión en la vida del individuo.

Por otro lado, el activismo del juez en el primer caso, permitió a la familia acceso a algo que por su cuenta no habría podido obtener, protegiendo a su hijo de manera que ni la propia administración del Estado pudo hacer.

## **II. Derecho a la vida y a la auto determinación y libertad de conciencia: los Testigos de Jehová y las transfusiones de sangre**

Estos fallos tratan la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre. En efecto, los Testigos de Jehová no aceptan trasfusiones de sangre, basados en diversas interpretaciones de los textos Bíblicos.

En este tema, al igual que en el anterior, existen fallos contradictorios. La mayor parte de las veces se han rechazado las solicitudes de los Testigos de Jehová para no transfundirse, y obligan a los hospitales a realizar la transfusión.<sup>174</sup> Esta decisión se toma arguyendo que la vida es el valor máximo defendido por la Constitución, y que el ser humano no puede disponer de ella, doctrina basada también en otra doctrina religiosa: la cristiana católica.

Existen algunos casos excepcionales, sin embargo, en que los tribunales han aceptado la decisión del paciente de no recibir la sangre, fundado en el derecho de la persona a vivir su vida del modo que le parezca adecuado, es decir, en un derecho a la autodeterminación, derecho no contemplado expresamente en la Constitución.

En uno de dichos casos,<sup>175</sup> el tribunal señaló que cada persona, dentro de la esfera de sus legítimas decisiones, puede adoptar la forma de vida, las creencias y opciones religiosas que estime del caso, y conducirse conforme a tal determinación, en la medida que con ello no afecte el derecho de otros y, en cuanto ejercicio de derechos legítimos, resulta un deber del Estado y sus órganos respetar el conjunto de opciones y creencias que las personas adopten. Por lo mismo, la decisión de someterse a un tratamiento médico determinado, en la medida que la decisión se adopte libre, consciente e informadamente, cae en la esfera de las decisiones personales y, consecuentemente, merece respeto y protección constitucional.

---

<sup>174</sup> Ver Figueroa, 2018, pp. 914-917; Olave, 2008, pp. 40-54.

<sup>175</sup> Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 230-2008, 9 agosto 2008.

En otro caso del mismo año,<sup>176</sup> el juez ordena al hospital abstenerse de realizar la transfusión, ya que ha sido la propia paciente quien ha decidido oponerse a recibirla, decisión que debe respetarse ya que fue tomada en uso de su libertad personal y creencias religiosas, lo cual la autorizan para determinarse conforme estime conveniente.

Aquí tenemos un clarísimo ejemplo de activismo judicial en el sentido que los tribunales derechamente han creado un derecho que no está en la Constitución: el de autodeterminarse conforme a la libertad personal. El derecho así creado engloba el derecho a la salud, a la vida y busca validar la verdadera libertad de conciencia, en tanto plantea una solución distinta dada en los fallos mayoritarios.

Importante en este caso es la protección de las minorías que llevan a cabo los jueces. De acuerdo a los datos de la propia organización, hay poco más de 82.000 Testigos de Jehová en Chile, un porcentaje muy minoritario de la población.<sup>177</sup> Al permitir el juez a esta minoría vivir de acuerdo a su creencia, está ejerciendo un rol protector de individuos a los cuales el proceso mayoritario llevado a cabo en el Congreso no ha amparado.

Cabe hacer presente que posterior a la ley 20.584 del año 2012, “Sobre Derechos y Deberes del Paciente” prácticamente no ha habido recursos presentados por Testigos de Jehová.<sup>178</sup> Si bien es cierto la verdadera razón de esto no la podemos asegurar, una hipótesis aceptable es que efectivamente en virtud del reconocimiento de los derechos del paciente, los médicos han comenzado a aceptar en la práctica este derecho a oponerse a las transfusiones. De ser así, constituye esto una señal importante de que cuando el Congreso responde a las peticiones de la ciudadanía, no se produce vacío de poder y luego no se necesita recurrir a los tribunales para que suplan esta actividad legislativa.

### **III. Derecho de propiedad y derecho a la seguridad social: el retiro de fondos de las AFP**

Un tema de mucha actualidad es el del retiro de fondos desde las AFP, lo que involucra el derecho de propiedad y el derecho a la seguridad social.

En unos de dichos casos,<sup>179</sup> una persona solicitó el retiro de la totalidad de sus fondos en la AFP, fundándose en que recibía una pensión de \$164.000, y que había sufrido un accidente que lo había dejado con graves

---

<sup>176</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 557-2008, 3 octubre 2008.

<sup>177</sup> Testigos de Jehová, sin fecha.

<sup>178</sup> Figueroa, 2018, p. 916.

<sup>179</sup> Corte de Apelaciones de Talca, rol 9073-2019, 11 marzo 2020.

secuelas físicas y psicológicas. Para poder hacer frente a ello, solicita la entrega de todos sus fondos, alegando su derecho de propiedad sobre dichos dineros.

La AFP alegó en contra de la petición señalando que las AFP son instituciones de seguridad social, y que los fondos previsionales estaban destinados por ley a entregar pensiones, y no a ser retirados en su totalidad. Si los individuos retiran sus fondos, se acabaría esta función social de las AFP.

La Corte acogió la solicitud y ordena a la AFP entregar al solicitante todo su dinero, argumentando que éste tiene un derecho de propiedad sobre los fondos, y que la negativa de la AFP constituye una conducta arbitraria. En cuanto al derecho a la seguridad social y su aparente colisión con el derecho de propiedad, la Corte señala que la seguridad social es un derecho futuro y eventual, y que requiere que la persona esté viva. En cambio, el derecho de propiedad es un derecho de ejercicio inmediato, y que guarda relación directa con la calidad y condiciones de vida del recurrente.

En este caso tenemos nuevamente un problema de vaguedad de los derechos expresados en la Constitución, de modo que el juez debe darle contenido a los derechos alegados por las partes. La Constitución no define qué entiende por seguridad social, y en efecto sólo garantiza acceso a la misma y nada más.

Hay que prevenir que este caso es casi el único en el que se acepta que el sujeto pueda retirar sus fondos. Aún más, podemos decir con cierto grado de certeza que este caso sólo tuvo el resultado que tuvo porque nos encontramos en un momento posterior al estallido social, provocado en gran parte por los abusos de las AFP y el bajísimo monto de las pensiones.

La mayor parte de los casos se han resuelto como se resolvió el de 10 de septiembre de 2020,<sup>180</sup> en el cual la Corte Suprema rechazó el retiro de los fondos, alegando que efectivamente los dineros en las AFP estaban destinados a pagar pensiones, haciendo prevalecer la función de seguridad social.<sup>181</sup> Sin embargo, hacia el final del fallo agrega que en ese caso concreto la recurrente no planteó la existencia de circunstancias de hecho que revistan una urgencia tal que amerite la revisión más profunda de su derecho de propiedad, dejando entrever que quizás si las circunstancias fácticas fueran distintas, podría haber accedido al retiro de los fondos.

Lo interesante aquí es destacar que este fallo se dictó cuando ya el Congreso había dictado la ley que autorizaba el primer retiro del 10% del di-

---

<sup>180</sup> Corte Suprema, rol 33.789-2019, 10 septiembre 2020.

<sup>181</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, rol 4105-2020, 5 mayo 2020.

nero de los cotizantes de las AFP chilenas. Hasta ese momento, se habían presentado varios recursos más de esta misma índole, los cuales fueron rechazados, y varios de ellos porque el propio tribunal señaló que la nueva ley cambiaba el panorama frente a esta situación. Tenemos así un claro ejemplo de que cuando los órganos democráticos tradicionales operan acorde a las necesidades de la ciudadanía, buscando modos de satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales, no se produce el vacío de poder que motiva la “entrada en acción” de los tribunales. Algo similar a lo ocurrido en el caso anterior de los Testigos de Jehová y la entrada en vigencia de la ley de derechos y deberes de los pacientes.

#### **IV. Derecho al agua y a una vida digna: los residentes de Nogales**

Otra situación de DESC decidido recientemente por nuestros tribunales es el del “derecho al agua”.<sup>182</sup> Sabemos que en Chile el régimen de las aguas consagrado por la Constitución y por el Código de Aguas está centrado en los derechos de aguas que pueden ser asignados por el Estado a los particulares de acuerdo a un criterio netamente económico. No existe en la legislación chilena una protección de los individuos o comunidades o una garantía al acceso al agua potable.

En efecto, en este caso, al no disponer de agua suficiente para beber, cocinar y para su higiene personal, los habitantes de la comuna de Nogales recurrieron a los tribunales en contra de la empresa Anglo American Sur S.A. ante el uso desmedido de sus derechos de agua para abastecer faenas mineras.

La Corte señala aquí que el derecho a la vida incluye el derecho a una vida “digna”, lo cual incluye el derecho al agua.

Haciendo suyas las recomendaciones de la OMS, la Corte señala que la variable económica no puede constituir un factor que excluya de este derecho a los sectores más vulnerables de la población, lo que no implica que ésta sea gratuita, pero sí que no existan barreras económicas que dificulten el acceso a este derecho.

“ ”

*Tenemos así un claro ejemplo de que cuando los órganos democráticos tradicionales operan acorde a las necesidades de la ciudadanía, buscando modos de satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales, no se produce el vacío de poder que motiva la “entrada en acción” de los tribunales.*

---

<sup>182</sup> Corte Suprema, rol 72.198-2020, 18 enero 2020.

“ ”

*Tenemos un ejemplo claro de activismo judicial ya que los jueces amplían la noción de derecho a la vida creando aquí un derecho que no está expresamente contemplado en nuestra Constitución. Podemos desde ya anticipar problemas futuros que podría llegar a tener este derecho, sobre todo porque la posible contradicción con el régimen de aguas que si está expresamente consagrado en la Constitución y en el Código de Aguas.*

Si bien es cierto, hay quienes critican este fallo por no hacer responsable a la empresa sino a la Municipalidad de Nogales de entregar el agua, lo importante para los efectos que nos atañen, es que establece el derecho al agua como un derecho protegido por la Constitución.

Este caso ilustra nuevamente la protección a las minorías que llevan a cabo los jueces. Los habitantes de Nogales, claramente una minoría y con poco poder frente a la realidad de la empresa que les consume el agua potable, no tendría otro foro donde acudir para hacer respetar su necesidad de agua.

Tenemos un ejemplo claro de activismo judicial ya que los jueces amplían la noción de derecho a la vida creando aquí un derecho que no está expresamente contemplado en nuestra Constitución. Podemos desde ya anticipar problemas futuros que podría llegar a tener este de-

recho, sobre todo porque la posible contradicción con el régimen de aguas que si está expresamente consagrado en la Constitución y en el Código de Aguas.

En este caso el legislador no ha acudido a suplir la necesidad de agua y no ha priorizado el consumo humano. Luego los tribunales han sido requeridos para suplir esta inactividad.

Hemos visto a través de los ejemplos de casos concretos, las dificultades que acarrea la actividad judicial cuando se trata de DESC. El rol político y valórico que ejercen los jueces hoy trae aparejadas tanto ventajas como desventajas.

Dejamos para la reflexión final del lector algunos breves puntos. Si bien es cierto hay razones importantes para defender la creación e intervención de los jueces en los DESC, tal como la defensa de las minorías, hay también razones importantes para rechazar esta intervención. Queda para reflexionar sobre quién queremos, en este mundo en que hablamos de derechos tan frecuentemente, que decida finalmente cuáles son nuestros derechos. Pensemos por ejemplo en las religiones, o en los sistemas de seguridad social o en la salud o vida misma, como hemos visto en estos casos. ¿Queremos que sean los jueces, en un proceso individual, no sometido a control externo, que decidan qué credos religiosos son válidos y cuáles no? ¿Queremos que los jueces decidan cómo han de funcionar los sistemas de seguridad social? ¿Queremos que ellos decidan cuál medicamento tiene derecho una persona a consumir y cuándo el Estado debe financiar una terapia? No olvidemos que los jueces son abogados, no expertos técnicos financieros ni psicólogos o sociólogos. ¿No será más conveniente a la larga que estas decisiones se tomen tras amplios debates públicos llevados a cabo ante un órgano responsable políticamente ante la ciudadanía? El punto es debatible.

De esto se deduce la importancia que tiene la redacción de las cláusulas que establezcan DESC en la nueva Constitución. Una redacción vaga e imprecisa obligará forzosamente a los jueces a interpretar el sentido de estas normas conforme lo estimen conveniente, con el consiguiente problema de la ampliación de su poder y de la posibilidad de generar mayor activismo. Esto a su vez provocará cuestionamientos a la legitimidad de las decisiones que tomen los jueces, cuestionamientos basados en su legitimidad democrática, conforme a lo ilustrado en este trabajo. Es por ello que el constituyente no debe pensar en que el juez rellenará los “espacios en blanco” provocados por la falta de precisión en la redacción de los DESC, sino que, y sin caer en la redacción de cláusulas pétreas, debe considerar las consecuencias que esto acarrearán al momento de exigir los DESC ante la justicia.

## E.

## Conclusiones





# • BIBLIOGRAFIA

---

- Nolan, A., Porter, B. y Langford, M. (2017)  
'The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal', en Menna, K. (ed.), Challenges in International Human Rights Law Volume III. Londres: Routledge.
- Cardozo, B. (1949)  
The Nature of the Judicial Process.  
New Haven: Yale University Press.
- Figueroa, R. (2018)  
'Jurisprudencia sobre transfusión de sangre y consentimiento informado de Testigos de Jehová',  
Revista Médica de Chile, 146:914-917.
- Frank, J. (1970)  
Law and the Modern Mind. Gloucester, Mass: Peter Smith.
- Glendon, M.A. (1991)  
Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse.  
New York: The Free Press.
- Holland, K. (1991)  
Judicial Activism in Comparative Perspective.  
New York: New St. Martin's Press.
- Holmes, O. (1991)  
The Common Law. New York: Dover Publications.
- Olave, M. (2008)  
'La Tradición de Cultura de Alf Ross: Su Influencia en las Decisiones de Tribunales Chilenos'. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales,  
Universidad de Concepción, Chile.
- Tate, C.N. y Vallinder, T. (1995)  
The Global Expansion of Judicial Power.  
New York: New York University Press.
- Olave, M. (2008)  
'La Tradición de
- Olave, M. (2008)  
'La Tradición de