



LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA VIGENTE

OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS APLICÁVEIS NA CONSTITUIÇÃO CHILENA ATUAL

Humberto Nogueira Alcalá

Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Talca, Director Ejecutivo del Centro de Estudios Constitucionales de Chile Y Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional Y Miembro Asociado de Academia Internacional de Derecho Comparado. Miembro del Consejo Directivo de la Academia Judicial de Chile.

1. LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los *derechos económicos, sociales y culturales* conforman junto con los *derechos individuales y políticos* los soportes básicos del *sistema de derechos fundamentales*, tanto en nuestra Carta Fundamental como en el derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto constituyen derivaciones de la *dignidad intrínseca de la persona humana* y todos dichos derechos se fundamentan en ella.

Así lo afirma nuestra Constitución en el primer inciso del artículo 1° de la Constitución:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El inciso 3° del mismo artículo agrega. “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”

Asu vez, el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental determina:

A su vez, el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental determina:

“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.”

La dignidad del ser humano es el fundamento de los derechos humanos también en la perspectiva del derecho internacional.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 19 de diciembre de 1966, en su preámbulo afirma que:

“el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana [...] constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres”.

El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas determina que:

Los Estados partes en el presente Pacto;
Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables;
Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana;
Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos;
Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos;
Comprendiendo 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”

El preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos precisa:

“Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;
“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como

fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;"

En el mismo sentido se expresa la *Convención sobre Derechos del Niño* de 1989, la que explicita en su preámbulo:

"Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

Podemos afirmar entonces que el fundamento y base de todos los derechos se encuentra en la *dignidad de la persona humana*, como lo reconoce nuestra Constitución y los instrumentos internacionales fundamentales del plano de Naciones Unidas y del ámbito regional americano.

Concordamos con Ingo Wolfgang Sarlet, el que sostiene *que la dignidad de la persona humana* es una cualidad intrínseca y distintiva reconocida a todo individuo que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona tanto contra todo y cualquier acto de cuño degradante o deshumanizado, como velan por garantizar las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos, mediante el debido respeto a los demás seres que integran la red de la vida ⁽¹⁾.

La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.

Así lo ha afirmado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en una clara y sostenida línea jurisprudencial:

El Tribunal Constitucional ha precisado; Rol N° 943-07, que:

"Que, como ya se ha señalado, el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1º, 4º y 5º, inciso segundo, de la misma, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la

¹ Sarlet, Ingo Wolfgang. 2009. "Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais na constituição Federal de 1988". Séptima edição revista e atualizada. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 67. Traducción libre del autor.

naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado;

Que estos principios y valores, como ya se recordó -y lo hace manifiesto el inciso segundo del artículo 6° de la Constitución, que precisa que sus preceptos obligan no sólo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado sino a toda persona, institución o grupo-, no configuran meras declaraciones programáticas sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo presidir la labor del intérprete constitucional, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución;

Que, por lo recién expresado, debe desecharse toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Suprema.”⁽²⁾.

Ella se reitera en términos similares por el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 1218 de 2009:

“17°. *Que de la dignidad, que singulariza a toda persona humana, se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan 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. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la protección de la salud y a la seguridad social, cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre, incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos;”*

18°. *Que el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5°, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos;*

19°. *Que, con sujeción al artículo 6°, inciso segundo, de la Constitución, todos los valores, principios y normas articulados en ella gozan de la supremacía que caracteriza a tal ordenamiento jurídico-político, rasgo del cual se sigue que ningún órgano estatal, persona, institución o grupo puede válidamente invocar otras disposiciones de ese texto, ni acudir a su contexto o espíritu, para prescindir de tan importante obligación, reputarse eximido de acatarla o dejar de asumir los deberes inherentes a dicha supremacía;”⁽³⁾.*

² Sentencia del Tribunal Constitucional; Rol N° 943-07, de fecha diez de junio de dos mil ocho, considerando 30° al 32°.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1218, de 7 de julio de 2009, considerandos 17°, 18° y 19°.

2. LA INDIVISIBILIDAD E INTERDEPENDENCIA DE LOS DERECHOS

En este plano partamos por la afirmación realizada por los órganos de Naciones Unidas. En la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán de 1968, ya se proclamó la *indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos*, precisando “*que la plena realización de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales*”⁽⁴⁾.

A su vez, la Asamblea General de Naciones Unidas, en la Resolución 32/130 de 16 de diciembre de 1977, determinó que:

”a) Todos los derechos humanos y libertades fundamentales *son indivisibles e interdependientes*, deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales;

”b) 'La plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible; la consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social', como lo reconoce en la proclamación de Teherán de 1968”⁽⁵⁾.

A su vez, como señala Afonso Da Silva, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de junio de 1993, en la *Declaración y el Programa de Acción de Viena*, se determina en su artículo 5º:

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos de forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos un mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, además los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”⁽⁶⁾.

⁴ Ver Cancado Trindade, António. Protección Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. En *Estudios Básicos de Derechos Humanos*; I, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 39 y ss.

⁵ Casal, Jesús María. “La protección internacional y constitucional de los derechos sociales”. Casal, Jesús María; Arismendi, Alfredo y Carrillo, Carlos Luis (coordinadores). *Tendencias actuales del derecho constitucional*. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun. Tomo II. ED. Universidad central de Venezuela - Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2007. p. 11.

⁶ Afonso Da Silva, José. Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição Brasileira. En Palomino Manchego, José y Remotti Carbonell, José Carlos (Coordinadores). *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*. Lima, Perú, Ed. Universidad Nacional de San Marcos - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana). 2002. pp.158-159.

Como establece la Declaración de Quito del 24 de Julio de 1998 en su preámbulo [...] *los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), al igual que los civiles y políticos, son parte indisoluble de los derechos humanos y del derecho internacional de los derechos humanos, tal como constan en la Declaración Universal, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, la Declaración sobre garantías sociales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el protocolo Facultativo de San Salvador*".

Dicha Declaración de Quito, en sus principios generales nos recuerda que:

"13. La fuente de todos los derechos humanos es la dignidad humana. La democracia, la justicia, la paz, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente.

"14. Los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y exigibles, y los des tienen el mismo estatuto legal, importancia y urgencia que los derechos civiles y políticos.

"15. El goce de los derechos económicos, sociales y culturales es determinante para la posibilidad de un goce efectivo, igualitario y no discriminatorio de los derechos civiles y políticos. Asegurar el goce de los derechos civiles y políticos sin considerar el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales conlleva discriminaciones intolerables que favorecen a los sectores beneficiados por la desigual distribución de la riqueza y reproducen las inequidades sociales."

A su vez, no hay en el texto de nuestra Carta Fundamental ningún precepto que permita sostener jurídicamente una cosa distinta a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

El artículo 19 de la *Constitución asegura todos los derechos en una sola disposición, a través de sus 25 numerales*, a diferencia de algunas otras Cartas Fundamentales que distinguen el estatus jurídico de los derechos por darles un tratamiento en diversas disposiciones. La Carta Fundamental no podría hacer otra cosa conforme a su artículo 1° y 5° inciso 2°, teniendo este último el carácter de norma de reenvío al derecho internacional de los derechos humanos y al establecer este último, que los derechos que los estados partes se comprometen a respetar y garantizar, *son derechos esenciales* que derivan de la dignidad humana como ya hemos podido verificar en sus preámbulos.

No es posible hacer una nítida diferenciación entre derechos civiles y políticos y derechos económicos sociales y culturales, en virtud de su indivisibilidad e interrelación. Así lo ha sostenido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al realizar el análisis del artículo 19 de ella, referente a los derechos del niño, precisando: que:

"En el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente

a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales, que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de los niños” (7).

El Tribunal Constitucional ha hecho suya esta perspectiva de interdependencia e indivisibilidad de los derechos fundamentales, en diversas sentencias, de las cuales rescatamos al efecto el siguiente considerando:

OCTOGÉSIMO OCTAVO: Que, asimismo, esta Magistratura señaló en dos de los considerandos de su sentencia recaída en la causa Rol 1273 (cuadragésimo quinto y cuadragésimo sexto) que la irradiación de la dignidad de la persona hacia todo el articulado de la Constitución presenta una doble dimensión, como principio y como norma positiva. En la misma sentencia el Tribunal razonó en el sentido de que, sin perjuicio de la singularidad sustantiva y procesal de cada disposición constitucional invocada como vulnerada por el mismo precepto bajo actual examen, los derechos en ellas consagrados 'no pueden considerarse de manera aislada o independiente unos de otros. Al contrario, ellos se manifiestan de manera integrada, constituyendo un entramado de normas y principios cuyo alcance no puede apreciarse correctamente sin considerar una visión de conjunto que los incluya a todos ellos y que, también, incorpore su relación a otras disposiciones y valores constitucionales' (considerando cuadragésimo séptimo);” (8).

3. LA DOBLE FUENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO FAVOR PERSONA

La Constitución vigente en su artículo 5°, inciso 2°, determina “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

La Carta Fundamental reconoce que la potestad estatal en su ejercicio reconoce como limitación *el respeto*, vale decir, la obligación jurídica del Estado y sus órganos, autoridades y funcionarios, como de los particulares, de no vulnerar, perturbar o amenazar con sus normas y actuaciones *ningún derecho esencial de la persona humana*, los cuales se aseguran en forma *no taxativa por el texto constitucional*, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como el Tribunal Constitucional, como asimismo se aseguran por el derecho internacional de los derechos humanos en su triple fuente de *ius Cogens*, derecho consuetudinario y derecho convencional. La actuación del Estado y sus órganos tiene una segunda obligación jurídico constitucional que es la de *promover tales derechos*, lo que implica

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Instituto de reeducación del menor vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004, párrafo 149.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-inc., del 6 de agosto de 2010, considerando 88°.

realizar todas las acciones que estén dentro de las competencias de cada órgano y autoridad para hacer efectivos y eficaces tales derechos y ellos puedan ser ejercidos en forma efectiva por las personas.

A su vez, la reforma de 1989 al artículo 5°, inciso 2°, le agregó la segunda oración del inciso para *dotar de seguridad jurídica a los derechos esenciales contenidos en el derecho convencional internacional ratificado por Chile y vigente*, constituyendo el deber jurídico constitucional de todos los órganos y autoridades del Estado de:

“respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

La Constitución chilena vigente es una de las primeras en América Latina es establecer *el respeto y promoción de los derechos esenciales contenidos en la fuente constitucional y en la fuente convencional internacional*, permitiendo una *retroalimentación entre ambas fuentes* que conforme al artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y el artículo 29, literal b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *debe concretarse conforme al principio pro homine o favor persona* como directriz interpretativa⁽⁹⁾ y como directriz normativa⁽¹⁰⁾.

Dicha perspectiva se encuentra actualmente asumida en términos explícitos en el constitucionalismo latinoamericano por las Constituciones de Venezuela de 1999; de Ecuador de 2008; de Bolivia de 2009; de República Dominicana de 2010; y la reforma Constitucional de México, al artículo 1° de la Constitución de 2011.

4. HACIA UN CONCEPTO UNITARIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE DOBLE FUENTE

Por regla general en una perspectiva tradicional el concepto de derechos fundamentales se utiliza para referirse a los derechos asegurados en la Carta Fundamental de cada Estado en forma específica, sin perjuicio de considerar los derechos implícitos o no enumerados. A su vez, el vocablo derechos humanos ha sido utilizada tradicionalmente para identificar los derechos asegurados por las fuentes del derecho internacional.

Consideramos que esta perspectiva ha tendido a superarse en la doctrina y en el derecho positivo, en la medida que, en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, se ha ido desarrollando una perspectiva de confluencia de los derechos asegurados directamente en la Constitución con los derechos (atributos y garantías de ellos) provenientes de fuente internacional y constitucionalizados por la propia Carta Fundamental, en forma directa o indirecta.

La doctrina constitucional ha empezado a utilizar el concepto *de derechos fundamentales* abarcando los derechos asegurados en el texto constitucional como los asegurados por el derecho internacional.

⁹ Como directriz interpretativa implica utilizar aquella interpretación que otorgue el máximo de potencialidad a los atributos del derecho y sus garantías, como asimismo a las restricciones de los mismos se les interprete en sentido estricto.

¹⁰ Como directriz normativa implica optar por la norma que mejor protege y garantiza el derecho, no importando la jerarquía de la norma protectora, ni si ella es una fuente constitucional o de derecho internacional convencional vigente.

Al efecto, Peter Häberle señalará que los derechos fundamentales constituyen “*el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales*”⁽¹¹⁾.

A su vez, el profesor francés Louis Favoreu consideraba que por derechos fundamentales es necesario comprender “*el conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas físicas como a las personas morales (de derecho privado o de derecho público) en virtud de la Constitución pero también de los textos internacionales y protegidos tanto contra el poder ejecutivo como contra el poder legislativo por el juez constitucional o el juez internacional*”⁽¹²⁾.

En este artículo utilizaremos el concepto de derechos fundamentales como derechos reconocidos y asegurados jurídicamente a nivel nacional o internacional y que vinculan a los Estados y a las personas.

Los *derechos fundamentales* pueden ser conceptualizados así como el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos -considerados tanto en su aspecto individual como comunitario-, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos.

Como señalaba Bidart Campos: “*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 ser – ni debe ser – de estrechez o angostamiento, sino de optimización en el marco histórico y situacional.*”⁽¹³⁾.

5. CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES

Los derechos sociales constituyen *presupuestos y complementos indivisibles del goce de los derechos individuales*, al constituir condiciones materiales que posibilitan un mejor y más efectivo ejercicio de todas las libertades para todos los seres humanos.

Los *derechos económicos, sociales y culturales* son derechos humanos o fundamentales que implican no solo prestaciones positivas estatales, sino también la ausencia de interferencia arbitraria de terceros, siendo aseguradas y garantizadas por normas constitucionales o del derecho internacional de los derechos humanos, al igual que los derechos civiles y políticos, todos los cuales posibilitan una mejor concreción y realización de la dignidad humana. Como señala Gerardo Pisarello todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder:

¹¹ Häberle, Peter. “El concepto de los derechos fundamentales”. En *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Ed. Universidad Carlos III, Madrid, España, p. 94.

¹² Favoreu, Louis. 1990. «L'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires», RFDC N°4, Paris, pp. 581 y ss. Traducción nuestra.

¹³ Bidart Campos, Germán. *La interpretación de los derechos humanos*. Buenos Aires, Ed. Ediar, 1994. pp. 30-31.

positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas (¹⁴). Todos los requieren de prestaciones estatales que tienen costos económicos para su efectiva garantía (¹⁵). Los derechos sociales no tienen diferencias cualitativas u ontológicas que permitan diferenciarlos de los derechos individuales (¹⁶).

No es efectivo que exista una diferencia estructural básica de los derechos sociales respecto de los derechos individuales, todos los derechos tienen dimensiones prestacionales para el Estado, los derechos individuales requieren de un aparato jurisdiccional, del resguardo de la policía, del Ministerio Público y de diversas otras instituciones que implican gasto público financiado mediante tributos ello puede verificarse fácilmente con el derecho de propiedad, el que requiere de diversas prestaciones públicas, resguardo policial, sistema jurisdiccional para asegurar y garantizar el derecho, la creación de registros de propiedad, entre otros aspectos, además del respeto por parte de terceros. Todos los derechos son complejos y tienen dimensiones individuales y colectivas, negativas y positivas, de abstención y de prestación. Todos los derechos sin excepción implican bienes públicos y costos públicos.

Tampoco es efectivo que solo los derechos sociales sean relativos y no puedan exigirse respecto de todos, ya que en tal perspectiva, los derechos políticos dejarían de ser derechos fundamentales por el hecho de que sólo los puedo exigir al Estado del cual soy nacional y ciudadano, los derechos políticos no los ejerzo en cualquier Estado en el que en un momento concreto me encuentre. Lo mismo sucede con el derecho a la jurisdicción y otros derechos específicos.

Asimismo todos los derechos tienen el carácter de prima facie sin ser definitivos ya que ellos van teniendo un desarrollo institucional progresivo, como ocurre con derechos individuales como la igualdad ante la ley, el derecho a la vida, el derecho al debido proceso, entre otros, cuyos contenidos y límites evolucionan en el tiempo y también con los cambios culturales.

Los derechos económicos, sociales y culturales son tan importantes como los derechos civiles y políticos, ya que ambos contribuyen a realzar la dignidad humana; el desarrollo de un proyecto de vida digno; contribuyen centralmente a garantizar la paz, la igualdad, la justicia y la libertad; el desarrollo de la democracia y la integración social.

Asimismo la insuficiente protección o la diversa modalidad de tal protección de los derechos, no determina nada respecto de la naturaleza de un derecho fundamental. La protección de un derecho individual como el derecho a la vida tiene esencialmente una protección preventiva, ya que no tiene protección tal derecho frente a la acción del criminal o frente a un estado autocrático que asesina impunemente, la vida de la víctima no puede recuperarse, ella sólo depende del respeto que le brinde el ordenamiento jurídico y la cultura de los miembros de la sociedad y la eficacia de la policía. Las diferentes formas de protección de los derechos (preventiva, reparadora,

¹⁴ Pisarello, Gerardo. 2003. Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible. Ed. Icaria, Barcelona, pp. 29-30.

¹⁵ Ver al respecto: Holmes, Stephan; Sumnstein, Cass. *The cost of rights-Why liberty depends on taxes*. W.W. Norton and Company, New York, 1999. Galdino, Flavio. *Introducao a Teria dos Custos dos Direitos - Direitos nao nascem em arvores*. Lumen Juris, Río de Janeiro, 2005.

¹⁶ Ver Hierro, Liborio. 2007 "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy", en Alexy, Robert y otros. *Derechos sociales y ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 171-198.

compensadora), como la mayor o menor facilidad de concreción de dicha protección o de su garantía no hace a la naturaleza del derecho fundamental, ni hace a uno de ellos mas importante que otro.

No es posible considerar la participación activa e igual de todas las personas en la sociedad sin asegurar y garantizar los derechos sociales fundamentales y un nivel básico de justicia material, los cuales constituyen condiciones esenciales de un auténtico Estado Constitucional Democrático ⁽¹⁷⁾. La afirmación de los derechos sociales fundamentales, determina la perspectiva de que los órganos estatales deben desarrollar políticas públicas que contribuyan eficazmente a su desarrollo; como asimismo, los jueces constitucionales deben garantizar el mínimo social especificado por las necesidades básicas asegurados constitucionalmente, el contenido esencial de cada derecho social fundamental, lo que enmarca la comprensión razonable de la concepción pública de justicia y de una existencia humanamente digna y saludable.

El aseguramiento, garantía y promoción efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales posibilita concretar el mandato constitucional contenido en el inciso final del artículo 1° de la Constitución, el cual precisa el deber del Estado de *“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”*.

Los derechos sociales fundamentales explícitos están contenidos en el texto constitucional, sus atributos esenciales se complementan con aquellos asegurados por los atributos y garantías de tales derechos contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos válidamente incorporado y vigente, en la medida que según el propio derecho internacional son derivaciones de la dignidad o atributos de la persona humana, como sostienen las mismas convenciones internacionales. A su vez, puede sostenerse la existencia y el deber jurídico de aseguramiento, protección, garantía y promoción de derechos sociales fundamentales implícitos obtenidos por vía de interpretación sistemática con una correcta interpretación y justificación constitucional.

Los derechos económicos, sociales y culturales son derechos al igual que los derechos individuales exigibles frente al Estado, sus órganos, autoridades y funcionarios, como asimismo, tienen una fuerza normativa horizontal determinando la subordinación a ellos también de las relaciones entre privados, como lo ha precisado también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

“53°. Que toda persona, institución o grupo está llamado a respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, incluyendo aquellos particulares a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido la facultad de dar satisfacción al legítimo ejercicio de dichos atributos esenciales, tal como sucede a propósito de las Isapres respecto a la ejecución de las acciones de protección de la salud de sus afiliados, no siendo admisible que, con base en el principio de la autonomía de la voluntad manifestada contractualmente, tales derechos sean menoscabados, renunciados ni afectados en su esencia;”

56°. Que el efecto de irradiación del texto, contexto y espíritu de la Constitución en el contrato celebrado entre la requirente y requerida

¹⁷ Ver Michelmann, Franck. 1979. “Welfare Rights in a Constitutional Democracy”. En *Washington University Law Quarterly*, Vol. 03. Washington, Washington University Press, p. 34.

en el caso concreto y singular sub lite significa que tanto las normas legales como las administrativas o las estipulaciones contractuales tienen que ser interpretadas y llevadas a la práctica en armonía con el reconocimiento y tutela del derecho a la protección de la salud, asegurado en aquélla;”⁽¹⁸⁾.

Los derechos económicos, sociales y culturales fuera de su fuente normativa constitucional tienen su sustento en el derecho internacional, donde los Estados han ratificado y se han obligado a cumplir las obligaciones de respeto y garantía de los derechos asegurados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y los Convenios de la OIT, como asimismo en el plano regional americano con el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encontrándose el Estado chileno ante la omisión de ratificación de esta última convención.

De acuerdo a dichos instrumentos internacionales, *los derechos económicos, sociales y culturales son derechos indivisibles e interdependientes de los derechos civiles y políticos*, debiendo todos ellos ser respetados, promovidos y garantizados. Como ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su Observación General N° 3, referida a la índole de las obligaciones de los Estados Partes (de los poderes públicos y autoridades dentro de ellos), son las de respetar, proteger y cumplir o realizar los derechos, pormenorizando dicha Observación General cada una de estas obligaciones.

Ello obliga a los estados parte de dichos Pactos o Convenciones de abstenerse de realizar acciones u omisiones que constituyan una vulneración de los derechos asegurados como asimismo, requiere que el Estado realice medidas, acciones y adopción de normas jurídicas para impedir que otros actores privados violen los derechos de otras persona, además de realizar las acciones preventivas necesarias para ello.

Asimismo, el Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar el ejercicio de tales derechos a todas las personas utilizando para ello el máximo de sus recursos disponibles, incluyendo la ayuda internacional al respecto, sin perjuicio, de garantizar el mínimo de cada derecho asegurado por el derecho internacional vinculante o, en lenguaje constitucional, garantizarse su contenido esencial.

Estas obligaciones tienen su fuente básica en el artículo 2 del PIDESC, el cual determina que:

”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.”

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1218, de 7° de julio de dos mil nueve, considerando 53° y 56°.

EL Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, afirma, a partir del texto del artículo 2 explicitado, la existencia para los Estados Partes de obligaciones de conducta y obligaciones de resultado.

La *obligación de conducta*, tanto activa como pasiva, señala un determinado comportamiento que debe ser realizado por el Estado parte y todos sus órganos y autoridades de realizar determinadas acciones o de abstenerse de ellas. Como por ejemplo el hecho de que los agentes y autoridades del Estado no pueden desarrollar acciones discriminatorias respecto del ejercicio del derecho al trabajo por hombres y mujeres o deben abstenerse de afectar la prohibición de trabajo infantil.

La *obligación de resultado* tiene relación con el cumplimiento de determinados objetivos, como la eliminación de situaciones de hambre de la población, de prevención de epidemias, el de establecimiento de remuneraciones justas, el de respetar el derecho de sindicación y de libertad de asociación sindical, respetar y promover el derecho a la negociación colectiva, modificar el ordenamiento jurídico interno para efectivizar las obligaciones convencionales, diagnosticar el estado de cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos sociales y desarrollar una estrategia destinada a concretarlos, asegurar acciones judiciales y recursos administrativos destinadas a garantizar jurídicamente los derechos sociales, los cuales deben ser accesibles, idóneos, rápidos y eficaces; la obligación de dotar de sustantividad procesal a los derechos colectivos y a los derechos difusos.

Los derechos económicos, sociales y culturales deben considerarse como *bienes e intereses primarios o fundamentales* que no derivan de ningún otro interés de las personas, constituyendo suficiente justificación para imponer obligaciones a las demás personas, generando además la capacidad para exigir, reclamar, extinguir o modificar obligaciones de las demás personas. Asimismo deben considerarse *mecanismos de garantía* ⁽¹⁹⁾, que establecen deberes de actuación para los poderes públicos en el ámbito económico social a fin de respetar la esencia de determinadas instituciones o cuerpos intermedios de la sociedad como son la familia, los sindicatos, las organizaciones profesionales, entre otras.

Los derechos fundamentales sociales se presentan en los sistemas jurídicos como el chileno como principios, reglas y parámetros hermenéuticos del orden constitucional, del mismo nivel jurídico y con la misma eficacia que los derechos civiles y políticos, encontrándose en un mismo artículo constitucional, el artículo 19, fortalecidos por el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, el cual los determina como límites al ejercicio de la soberanía, además de establecer el deber imperativo por parte de los órganos estatales de asegurarlos y promoverlos, tanto en su contenido constitucionalmente determinado como en sus atributos y garantías de los derechos asegurados por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. A ello debe agregarse, el artículo 6 de nuestra Constitución que otorga fuerza normativa y aplicabilidad directa a los enunciados normativos constitucionales, salvo que el propio texto constitucional disponga otra cosa.

Los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que los derechos civiles y políticos, deben tener las características de universalidad, equidad y calidad.

La *universalidad* deriva de la conceptualización como derecho humano o derecho fundamental, ya que este debe estar asegurado a todas las personas.

¹⁹ La doctrina de las garantías institucionales fue desarrollada por Carl Schmitt, en su obra *Teoría de la Constitución*.

La equidad indica que el financiamiento del servicio debe provenir esencialmente de tributos y no del pago de sus usuarios, salvo en el caso de que ellos tengan capacidad económica suficiente, ya que así se eliminan las arbitrariedades en el acceso a las prestaciones⁽²⁰⁾.

La calidad es una condición necesaria de la eficacia del sistema y de la necesidad de igualación de oportunidades de vida que debe asegurar el Estado.

6. LOS DERECHOS SOCIALES TIENEN LAS MISMAS GARANTÍAS NORMATIVAS QUE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN.

En efecto, todos los derechos fundamentales, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales tienen las mismas garantías normativas constitucionales de reserva de ley, de respeto al contenido esencial de los derechos, como asimismo, contenidas en el derecho convencional internacional de derechos humanos ratificado y vigente⁽²¹⁾.

En base al *principio de reserva legal*, sólo el legislador puede establecer limitaciones restrictivas para el ejercicio de los derechos fundamentales, ello lo tiene prohibido el legislador delegado y la administración.

Todos los derechos fundamentales tienen la misma garantía normativa *de respeto al contenido esencial del respectivo derecho*, sean estos derechos individuales o sociales, que constituye el límite que tiene el legislador para establecer limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales.

7. LOS DERECHOS SOCIALES ESTÁN PROTEGIDOS POR LAS MISMAS GARANTÍAS INTERPRETATIVAS QUE LOS DERECHOS INDIVIDUALES.

Los derechos sociales están protegidos por la mismas garantías interpretativas que los derechos individuales que se encuentran en el derecho interno como aquellas que se han incorporado válidamente al derecho nacional con valor al menos supralegal, como son las cláusulas interpretativas específicas de derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 29, que establece la base normativa que es parte del derecho interno para los derechos implícitos o no enumerados; para el principio pro homine o favor persona como directriz interpretativa y normativa, para el principio de progresividad y no regresividad, sin perjuicio de las contenidas en otras convenciones de derechos humanos.

²⁰ Carbonell, Miguel. *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. México, Ed. Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 181.

²¹ Esta materia la hemos desarrollado con mayor extensión en Nogueira, Humberto. 2013. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo 3: derechos sociales fundamentales. Segunda edición actualizada. Ed. Librotecnia, Santiago. Asimismo en Nogueira, Humberto. 2010. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*, en *Dogmática y aplicación de los derechos sociales: Doctrina y jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*. Ed. Librotecnia, Santiago, pp. 9 - 93.

El principio pro homine o favor persona que informa todo el derecho de los derechos fundamentales ⁽²²⁾, en cuanto *directriz interpretativa* determina el deber jurídico de acudir siempre a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer, asegurar o garantizar atributos y garantías de derechos protegidos, e inversamente, a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria ⁽²³⁾. A su vez, *como directriz normativa* exige a los operadores jurídicos utilizar la norma jurídica que mejor asegura y protege en forma más amplia los atributos y garantías que integran los derechos, no importando la jerarquía normativa, ni si ella es de derecho interno o internacional, como asimismo, utilizando las normas restrictivas o limitativa del ejercicio de derechos en una perspectiva de derecho estricto.

El Tribunal Constitucional chileno ha asumido el *principio favor persona o pro homine* en diversas sentencias, de las cuales señalaremos tres:

En la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, este precisa: “Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido: “*En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985);*” (Rol 740);” ⁽²⁴⁾

La Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1191 de 2009, determina:

“*Que toda interpretación constitucional debe tender, por una parte, al máximo respeto y promoción de los derechos y libertades fundamentales, en consideración al principio favor libertatis, derivado de que éstos son anteriores al Estado, pero igualmente garantizar el adecuado funcionamiento del Estado democrático de Derecho, constituido precisamente para su resguardo y legítimo ejercicio.*” ⁽²⁵⁾.

A su vez, el Tribunal Constitucional, en sentencia Rol N° 1218, determina:

²² El principio pro homine o favor persona la CIDH lo ha aplicado reiteradamente, a manera ejemplar se pueden citar en las Opiniones Consultivas 1/82, párrafo 24; OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo. 52; la Opinión Consultiva OC-7/86, de 29 agosto de 1986, especialmente Opinión separada Magistrado Rodolfo Piza Escalante; la Opinión Consultiva OC 18/03. (Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados), párrafo 156; como en los casos contenciosos, entre los cuales puede citarse el *Caso Ricardo Canese*, párrafos. 180 y 181; el *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, párrafo 106; el caso “*Ivcher Bronstein con Perú*”, párrafos 42 y 54.

²³ Sobre la materia ver los artículos de Marisol Peña (pp. 131 - 154) y de Claudio Nash (pp. 155 - 199) en Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.). 2013. *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. ED CECOCH - Librotecnia, Santiago.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, de 13 de mayo de 2009, considerando 73°.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1191, de 19 de mayo de 2009. Considerando 19°.

“40°. Que, como consecuencia de lo afirmado, cabe concluir que las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19, N° 9°, de la Constitución, precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa, con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole;”⁽²⁶⁾.

Esta regla básica en materia de derechos fundamentales ha empezado a ser constitucionalizada en América latina para otorgar seguridad jurídica de su aplicación e impedir que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos. Así la encontramos en todas las nuevas constituciones y las reformas constitucionales más recientes:

La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 23, determina: *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”*

La Constitución Ecuatoriana de 2008, en su artículo 417 prescribe que, “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”

La Constitución de Bolivia de 2009, en su artículo 13.IV. determina que: “los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

La Constitución de República Dominicana de 2010, en su artículo 74, numeral 3°, determina: *“Los poderes públicos interpretan y aplican las normativas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”.*

²⁶

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1218, de 7 de julio de 2009, considerando 40°.

La reforma constitucional de México de 2011, en el artículo 1º, incisos 2º y 3º de la Constitución, precisa: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

Por su parte, el *principio de progresividad de los derechos*, se encuentra positivado en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual dispone: “Cada uno de los Estados Partes en el Presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y 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”.

El *principio de progresividad* ha sido conceptualizado por la Asamblea General de la OEA, el 7 de junio de 2005, al aprobar las *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador*, en el artículo 5.1, determinando: “a los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social y cultural”.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referente a los derechos sociales ha establecido que “El principio de desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera tal que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos”⁽²⁷⁾.

Por su parte, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, sobre la progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en el caso *Cinco Pensionistas Vs. Perú*, ha establecido:

“Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador. OEA/Ser. L/V/II.96, Doc. 10 rev. I, 24 de abril de 1997, p. 25. Segundo informe sobre los derechos humanos en el Perú, OEA/Ser. L/V/II. 106 de junio 2000, Cap. VI., párrafo 6°.

de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”⁽²⁸⁾.

El principio de progresividad no afecta la naturaleza jurídica de las obligaciones consignadas en las respectivas convenciones, ni niega la existencia de obligaciones inmediatas. Dicho principio sólo indica la existencia de una cierta flexibilidad que refleja las diversas realidades de los Estados Parte y las dificultades concretas de cada Estado en el aseguramiento inmediato de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, la progresividad debe interpretarse a la luz del objeto y fin de los respectivos tratados que es otorgar plena efectividad a los derechos respectivos. Asimismo hay obligaciones inmediatas que disponen los pactos y convenciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales que no tienen un carácter de disposición de recursos financieros sino que buscan asegurar el respeto de los derechos en el nivel ya alcanzado, como asimismo, asegurar los contenidos esenciales de tales derechos, dar prioridad a los derechos en la distribución de los recursos, mejorar continuamente el goce y ejercicio de los derechos, adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles y la prohibición de adopción de medidas regresivas.

El *principio de no regresividad* se deriva del principio de progresividad, de no discriminación y del contenido esencial de los derechos económicos y sociales asegurados, lo que implica un contenido indisponible de los derechos tanto individuales como económicos, sociales y culturales. Ello exige a los operadores jurídicos un estricto escrutinio sobre el respeto de su contenido esencial y de razonabilidad y proporcionalidad, especialmente cuando situaciones de crisis económica y social pueden inducir a restringir el ámbito de atributos que contiene el derecho ya sea en cantidad o calidad, o garantizando en menor medida los derechos fundamentales que lo que ya contemplaba el ordenamiento jurídico.

Dicho principio de no regresividad, constituye asimismo, una obligación general de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que cubre todos los derechos, incluido el artículo 26 de dicha Convención. A dicha conclusión permiten llegar dos disposiciones de la misma Convención, como son los artículos 2 y 29.

El artículo 2° determina que *“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 Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*.

Asu vez, el artículo 29, referentes a normas de interpretación, precisa:

“ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

“a) permitir a alguno de los Estados, grupo o persona, suprimir el goce o 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

²⁸ Corte Interamericana. Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrafo 147.

estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

De acuerdo con tales disposiciones, existe una prohibición de medidas que busquen derogar o eliminar de la legislación las disposiciones que son necesarias para el ejercicio de los derechos, lo cual, implica, establecer el principio de no regresividad normativa en materia de derechos, cuando se afectes normas y disposiciones que sean necesarias para el ejercicio de los derechos ⁽²⁹⁾.

En la sentencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos sobre el “*caso Cinco Pensionistas con Perú*”, el tribunal puso de manifiesto, el vínculo entre el movimiento progresivo de los derechos sociales, entre ellos el derecho a la seguridad social, por una parte, y la proyección que éste tiene “sobre el conjunto de la población”, además del elemento de “equidad social” que debe caracterizar a dicha progresividad, por otra parte.

Tales principios de progresividad y no regresividad se encuentran también en los Principios de Limburgo sobre la implementación del PIDESC. Naciones Unidas, Doc. E/C 4/1987/17, principio 25; y en los Principios de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, principio 9; en la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Doc. E/1991/23; en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A su vez, la obligación de no regresividad establece para el Estado la prohibición de empeorar el nivel de goce y ejercicio de un derecho económico, social o cultural desde la adopción del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, como asimismo respecto de cada mejora progresiva en el goce y ejercicio de tales derechos. Tal como el Tratado exige la progresividad de los derechos, ello implica como exigencia lógica y mínima la no regresividad en el goce y ejercicio de tales derechos, vale decir, la no adopción que vayan a contracorriente de las obligaciones impuestas por el Pacto.

La no regresividad impone al Estado un deber negativo que exige a este y a sus autoridades y agentes, abstenerse de llevar a cabo políticas, prácticas, medidas legislativas o administrativas que vulneren los derechos de una persona o de un grupo de personas que afecte el goce y ejercicio ya alcanzado en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Tal obligación de no regresividad en la medida que implica una actuación de abstención de afectación del derecho ha sido considerada como una obligación de respeto del derecho por parte del Estado respectivo, sus agentes y órganos. Esta obligación en la medida que no requiere ningún tipo de acción ni de prestación por parte del Estado constituye una materia de fácil revisión por los tribunales de justicia y por los tribunales constitucionales, como asimismo, por las instancias internacionales de

²⁹ Ver Courtis, Christian. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”; en Courtis, Christian. (Comp.). 2006. Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Editorial del Puerto, Buenos Aires, pp. 3 – 52. La misma materia es tratada por Ojeda Marín, A. 1996. *Estado social y crisis económica*. Ed. Universidad Complutense, Madrid, pp. 91 y ss.

protección y garantía de derechos humanos ⁽³⁰⁾.

El principio de no regresividad tiene un ámbito que no puede nunca ser traspasado y que constituye un límite absoluto a la regresividad que es el aseguramiento del contenido mínimo de cada derecho sin el cual el derecho se desnaturaliza, lo que indica que *la regresividad cuando se encuentra justificada jamás puede afectar el contenido esencial o mínimo del derecho social asegurado*, independientemente de los recursos económicos disponibles.

Respecto de las medidas regresivas que deban adoptarse en momentos de crisis económica o social, la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, ha establecido que:

“Aún en tiempo de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante programas de relativo bajo costo” ⁽³¹⁾.

Asu vez, la Observación General 4 del mismo Comité ha precisado que:

“Los Estados Parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás” ⁽³²⁾.

Lo que nos señala que las medidas regresivas en materia de grupos vulnerables deben ser adoptadas solo en circunstancias muy extraordinarias, ya que el Estado debe proteger especialmente en tiempos de crisis a dichos grupos vulnerables, como exige el PIDESC, debiendo ser ellas sometidas a un escrutinio extrictísimo.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General 3, párrafo 9°, agrega:

“Además, 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 recursos de que se disponga”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el principio de no regresividad, en el caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, determinó que:

³⁰ Rossi, Julieta. La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Courtis, Christian. (Comp.). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Ed. Ceddal - Cels, Buenos Aires, 2006. pp. 86 y 87.

³¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación General 3, párrafo 12.

³² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación General 4, párrafo 11.

"100. Asimismo, resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado "Derechos Económicos, Sociales y Culturales", se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos" y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado "Enumeración de Deberes"), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado "Derechos Civiles y Políticos").

"101. En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello".

Además determinó que "103. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber - si bien condicionado - de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que "las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga". En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá "determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso". Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate".⁽³³⁾.

La prohibición de regresión es una prohibición *prima facie*, corresponde al Estado, una vez que se ha acreditado que la normativa es regresiva en el ámbito de un derecho, probar que han sido introducidas dichas medidas regresivas tras la consideración de todas las medidas posibles y encontrarse justificada teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previsto en el Pacto en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado y sin afectar el contenido esencial del derecho concernido, lo que está sujeto a un escrutinio estricto tanto del órgano de control jurisdiccional nacional, como asimismo por el órgano de control internacional.

Frente a la demostración de la existencia de una medida regresiva existe una presunción en contra de su validez, por lo cual, se invierte el peso de la carga de la prueba, debiendo demostrar la autoridad u órgano estatal pertinente que dicha medida se encuentra justificada. Para ello se debe acreditar:

³³ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, de 1º de julio de 2009. Serie C Nº 198, párrafos 100-103.

-
- a) que el objetivo que se encuentra detrás de la medida regresiva es la preservación de la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, demostrando que la medida adoptada permite progresar en el ámbito de la generalidad de los derechos protegidos por el tratado.
- b) Que el Estado ha considerado en forma exhaustiva todas las alternativas posibles previamente a la adopción de la medida restrictiva concreta de un derecho específico, sin perjuicio de que la debe ser la menos lesiva del derecho en juego y ella es estrictamente necesaria, además de no afectar el contenido esencial o mínimo protegido del derecho.
- c) Que la medida regresiva debió adoptarse aún cuando se hizo uso del máximo de recursos disponibles por el Estado y la sociedad, que implica no solo recursos financieros, sino también recursos naturales, humanos y tecnológicos.

La irreversibilidad de los derechos ha sido reconocida por la jurisprudencia de los tribunales nacionales, sólo como muestra puede señalarse esta la siguiente sentencia laboral:

“5.- Que, como primera cuestión, y refiriéndonos al tema de la prescripción alegada por los demandados, debe señalarse que el derecho cuyo reconocimiento se reclama mediante el ejercicio de la correspondiente acción, derecho de sindicalización en el fondo, evidentemente no puede estar sujeto a prescripción alguna en los términos que han alegado los demandados. Basta señalar que los actores mantienen contrato vigente con Transportes Polar S.A., respecto de la cual se alega que constituiría una misma unidad empleadora con la Empresa Embotelladora Coca Cola Polar S.A., y en estas condiciones de controversia, no se divisa cómo podría prescribir el derecho de sindicalización cuyo reconocimiento se pide, aduciéndose como fundamento el artículo 480 del Código del Trabajo, disposición que para el caso de autos resulta inaplicable dada la existencia de un contrato vigente. Sin perjuicio de lo recién expuesto y a mayor abundamiento, debe tenerse presente que el derecho a sindicación es un derecho fundamental o esencial que se encuentra previsto tanto en nuestra Carta Fundamental (artículo 19 N° 19), como en Instrumentos Internacionales, debidamente ratificados por Chile y que forman parte de nuestra legislación interna, cual el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22. La doctrina constitucional ha señalado certeramente que una de las características de los derechos constitucionales o esenciales es su irreversibilidad. Así, se ha dicho: La irreversibilidad es una característica fundamental de los derechos humanos, que consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de un tratado internacional, ya que ellos son inherentes a la persona y el texto constitucional y el procedimiento señalado por éste sólo los asegura y garantiza (Humberto Nogueira Alcalá y Francisco Cumplido Cereceda. Instituciones Políticas y Teoría Constitucional Tomo II, Edit. Universidad

de Talca, pág. 393).”⁽³⁴⁾.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional comparada señalemos algunas sentencias que han garantizado la irreversibilidad de derechos sociales.

El Tribunal Constitucional de Portugal, en su acuerdo 39/84, declaró inconstitucional una ley que derogaba parte del Servicio Nacional de Salud, declarando inconstitucional, la exclusión por medio de una ley de las personas de 18 a 25 años, del beneficio de rendimiento mínimo de inserción. Dicha decisión se fundamentó en la imposibilidad de retroceder en los avances sociales alcanzados por una determinada sociedad. La sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal, se pronuncia frente a una norma legislativa que dejando a salvo los derechos adquiridos reemplazaba el ingreso mínimo garantizado legislativamente desde los 18 años por una legislación que establecía un beneficio de un ingreso mínimo de inserción que excluía a las personas entre 18 y 25 años de edad. El Tribunal Constitucional determina en el fallo que dicha medida generaba exclusión, declarándola inconstitucional basando su resolución en el principio de no regresividad de los derechos sociales, determinando que dicho principio es aplicable no sólo frente a normas que derogan beneficios sociales, sino también cuando hay una afectación legislativa al contenido del derecho social fundamental ya concretado por el legislador ⁽³⁵⁾. El Tribunal Constitucional entendió que la legislación derogada que aseguraba un ingreso mínimo garantizado frente a la nueva legislación que introducía un ingreso social de inserción, excluye del beneficio a las personas entre 18 y 25 años, excluyendo a ese segmento de la población del derecho a la seguridad social, *violando el contenido mínimo de ese derecho que afecta la existencia digna*, el cual debe ser asegurado en todos los casos, lo que constituye parte además del contenido esencial del derecho.

A su vez, El Supremo Tribunal Federal de Brasil, en materia de salario de maternidad, decidió la imposibilidad de retroceso social, después de haber alcanzado cierto nivel de desarrollo. Flavio Pansieri explicita que la decisión se fundó en los objetivos estatales de desarrollo social y en la imposibilidad de aumentar las desigualdades por acción estatal o privada, sea por acción o por omisión ⁽³⁶⁾.

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires determinó la existencia del principio jurídico de no regresividad:

“(...) La obligación de no regresividad constituye una limitación constitucional a la reglamentación de los derechos sociales, que veda en consecuencia a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel de los derechos sociales de que goza la población, más aún si se encuentra en situaciones de extrema precariedad y exclusión social. El Comité de Derechos económicos, Sociales y Culturales (Observación General 4). En igual sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al

³⁴ Corte de La Serena, Recurso Rol N° 53/2005- Resolución: 11156- Secretaría: LABORAL, de 8 de julio de dos mil cinco., considerando 5°.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal, N° 509/2002, del 19 de diciembre de 2002.

³⁶ Pansieri, Flavio. “Condicionantes a sindicabilidade dos Direitos Sociais”, em Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Volumen 10 A, Editora Jurua, Curitiba, 2006, p. 334.

sostener que las condiciones de vigencia y acceso a los derechos sociales no pueden reducirse con el transcurso del tiempo, porque ello configura una violación del artículo 26 de la Convención Americana. En consecuencia, una vez garantizado el derecho a través de los diversos programas implementados a tal efecto, no podría luego la ciudad denegarlo por las supuestas inconductas en las que habría incurrido el demandante”⁽³⁷⁾.

8. LA FUERZA NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales constituyen auténticos derechos fundamentales con la misma fuerza normativa constitucional que los derechos individuales y políticos. La positivación constitucional constituye el primer paso para la efectividad y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales, como ocurre, asimismo, con los derechos individuales y políticos; tal positivación puede estar dada directa e inmediatamente en el texto constitucional al reconocerse los derechos económicos, sociales y culturales como derechos constitucionales o derechos fundamentales, adquiriendo la misma fuerza normativa que todas las disposiciones constitucionales, o por integrar el bloque constitucional de derechos como derechos implícitos, o derechos esenciales cuyos atributos y garantías limitan el ejercicio de la soberanía contenidos y asegurados por las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos específicamente reconocidas a incorporadas al ordenamiento automáticamente o por el procedimiento que indica el propio texto constitucional.

Los derechos económicos, sociales y culturales pueden estar suficientemente delimitados y configurados en su contenido y bien jurídico protegido, determinando el sujeto pasivo de la obligación de su respeto y aseguramiento. Luego, es posible también garantizarlos como se hace con los derechos individuales. La exigencia al Estado es, precisamente, de que ellos se encuentren efectivamente respetados, asegurados y garantizados, ya que la protección de ellos depende de una decisión política y económica del Estado.

En concordancia con tal perspectiva, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha determinado:

“23°. Que, en conclusión y coincidiendo con lo sostenido por la doctrina citada, cabe reconocer que los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social son de naturaleza prestacional o de la segunda generación, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlos en la práctica, habida consideración de que la satisfacción de tales exigencias representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea;”⁽³⁸⁾.

³⁷ Sala I, Caso “Morón, Jorge Luis c/GIBA s/Amparo (art. 14 CCBA”, 8/10/2003, cons IV.2. Citado por Courtis, Christian. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorias”; en Courtis, Christian. (Comp.). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. p. 23.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1218, de 7 de julio de 2009, considerando 23°.

El Tribunal Constitucional chileno ha asumido el reconocimiento pleno de los derechos económicos, sociales y culturales o derechos sociales fundamentales en su sentencia del 26 de junio de 2008:

“Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”⁽³⁹⁾.

El Tribunal Constitucional chileno asume la perspectiva que los derechos económicos, sociales y culturales fuera de ser *verdaderos derechos* al igual que los derechos civiles o individuales, *presentan dimensiones tanto de defensa como prestacionales*:

“Que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando (como lo hace Francisco J. Laporta, 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;

“Que la naturaleza jurídica de los derechos sociales en el Estado de Derecho Contemporáneo se halla abundante y certeramente configurada, testimonio de lo cual son los pasajes siguientes, extraídos de una obra bien conocida:

“Lo que tienen en común estos derechos no es tanto su contenido, esto es, la esfera de la vida social a que se refieren, sino más bien la posición jurídica que otorgan a su titular. De esta forma, los derechos sociales permitirían a sus titulares exigir ya no abstención por parte del Estado, como sucedía en los derechos de libertad, sino más bien una actuación positiva de éste en orden a su consecución. Por ello es más adecuado a su naturaleza la denominación de derechos de prestación”. Reencarnación Carmona Cuenca: El Estado Social de Derecho en la Constitución, Consejo Económico y Social, España (2000) p. 150. Abundando en idéntico tópico se ha escrito que los derechos sociales son “Derechos de prestación (...) que suponen una acción positiva, normalmente de los poderes públicos, aunque también pueden ser los particulares más excepcionalmente, para ayudar a la satisfacción de necesidades básicas, que no pueden ser resueltas por la propia y excesiva fuerza del afectado (...)” Gregorio Peces-Barba Martínez: Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General Universidad Carlos III, Madrid (1999) pp. 460;”⁽⁴⁰⁾.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 976, de 26 de junio de 2008, considerando 26°.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 26 de junio de 2008, Rol N° 976, considerandos 27° y 28°.

9. LOS DERECHOS SOCIALES E INDIVIDUALES GENERAN OBLIGACIONES POSITIVAS Y NEGATIVAS AL ESTADO.

Todos los derechos, tanto los individuales o civiles como los sociales generan obligaciones positivas y negativas al Estado, así puede establecerse un esquema de diversos niveles de obligaciones del Estado, entre las cuales están las obligaciones de respeto, las obligaciones de protección, las obligaciones de promoción y las obligaciones de garantía o satisfacción⁽⁴¹⁾.

Entre las *obligaciones de respeto* están las de no afectar con sus acciones la salud de las personas, el medio ambiente, el acceso a la educación, el derecho de huelga, la formación de sindicatos, de respeto a la irreversibilidad de los derechos sociales sin justificación, entre otros.

Entre las *obligaciones de de protección*, se encuentran las de evitar que terceros afecten a través de acciones u omisiones los derechos sociales como no impedir la actividad sindical y el derecho de huelga, el derecho a las prestaciones de salud, las remuneraciones justas, el derecho al descanso, que no se discrimine en el ejercicio de los diversos ámbitos de los derechos sociales, entre otros.

Las *obligaciones de promoción*, las cuales en el ordenamiento constitucional chileno está expresamente establecida en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, exige realizar todas las acciones positivas para remover los obstáculos sociales, económicos, culturales y políticos que impidan el goce efectivo de los derechos, para lo cual de acuerdo, con el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece la obligación del Estado Parte de “adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Las *obligaciones de garantía o satisfacción* implican asegurar el derecho a las prestaciones mínimas exigidas por la dignidad humana y las obligaciones contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho al *mínimo vital*, el derecho de acceso a la educación, proveer de defensa legal letrada eficaz, entre otros aspectos.

Como señala *Canotilho*, los derechos subjetivos a prestaciones, aún cuando no sean concretizados suficientemente, pueden ser invocados judicialmente contra las omisiones inconstitucionales del legislador. La fuerza inmediatamente vinculante de los derechos fundamentales, puede y debe ser interpretada, en lo que respecta a los derechos prestacionales, en el sentido de fundamentar originariamente esos derechos, incluso cuando no hay imposición constitucional dirigida al legislador⁽⁴²⁾.

Canotilho señalará que la fuerza dirigente y determinante de los derechos económicos, sociales y culturales invierte, desde luego, el objeto clásico de la pretensión jurídica fundada en un derecho subjetivo: “de una pretensión de omisión de los poderes públicos (derecho a exigir que el estado se abstenga de interferir en los derechos, libertades y garantías) se transita a una prohibición de omisión (derecho a exigir que el estado intervenga activamente en el sentido de asegurar prestaciones a los ciudadanos”⁽⁴³⁾.

⁴¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. 2006. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 26.

⁴² Canotilho, *Constitucao Dirigente*, pp. 370-371.

⁴³ Canotilho. *Constitucao Dirigente*, Ibidem, p. 365.

En este ámbito, consideramos adecuado señalar que los derechos sociales, además de la prohibición de omisión como lo plantea Canotilho, también tiene una obligación negativa al igual que en los derechos individuales, la obligación de no dañar el derecho, como ocurre con el caso de la salud, el medio ambiente, entre otros.

Los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que los derechos civiles y políticos, deben tener las características de universalidad, equidad y calidad (Echániz Salgado, 1999).

La universalidad deriva de la conceptualización como derecho humano o derecho fundamental, ya que este debe estar asegurado a todas las personas.

La equidad indica que el financiamiento del servicio debe provenir esencialmente de tributos y no del pago de sus usuarios, salvo en el caso de que ellos tengan capacidad económica suficiente, ya que así se eliminan las arbitrariedades en el acceso a las prestaciones⁽⁴⁴⁾.

La calidad es una condición necesaria de la eficacia del sistema y de la necesidad de igualación de oportunidades de vida que debe asegurar el Estado.

Un ejemplo concreto de aseguramiento universal, con equidad y calidad de derechos económicos, sociales y culturales es en el caso chileno, en el ámbito del derecho a la salud lo constituye el Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE) o Garantías Explícitas de Salud (GES) que garantiza un prestador de salud activando responsabilidades por incumplimiento de prestaciones recurriendo a la jurisdicción por responsabilidad patrimonial por incumplimiento del servicio o negligencia.

La legislación de servicios públicos no solo deben establecer contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificar a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino de derechos subjetivos, dando lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; *tales derechos así pueden ser exigidos en forma inmediata por sus titulares, a través de la vía judicial prevista para el caso por el legislador.*

Todos los derechos sociales pueden ser objeto de dicha garantía universal, efectiva y de calidad, ya sea constitucional o legalmente determinada.

10. LOS ATRIBUTOS Y GARANTÍAS DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES ASEGURADOS CONSTITUCIONALMENTE

La Constitución vigente asegura un conjunto limitado de derechos sociales en forma explícita, que como hemos ya advertido es producto de la ideología neoliberal y la perspectiva política autocrática del constituyente de 1980. De los 26° numerales del artículo 19, sólo cinco de ellos se relacionan con derechos económicos, sociales y culturales, los cuales indicamos a continuación, en sus contenidos básicos.

En el *artículo 19 N° 9* se asegura el *derecho a la protección de la salud*, las acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de las personas, estableciéndose el deber estatal de garantizar la ejecución de las acciones de salud a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, pudiendo establecerse cotizaciones obligatorias, como el derecho de las personas

⁴⁴ Carbonell, Miguel. 2001. *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. México, Ed. Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, p. 181.

a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, sea público o privado; *en el N° 10, se asegura el derecho a la educación*, estableciendo el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, la obligatoriedad de la educación básica y media, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, como asimismo el deber de garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición permitiendo acceder a ella a toda la población, siendo también deber del Estado fomentar la educación en todos los niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación; *en el número 16, se asegura la libertad de trabajo y su protección*, asegurándose el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución, prohibiéndose cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos; se determina que la negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar, estableciéndose limitaciones restrictivas de la misma y, en casos específicos la prohibición de ella; se regula la huelga y se determina casos en que ella se prohíbe; *en el N° 18, se asegura el derecho a la seguridad social*, el cual determina la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, determinándose que la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias; asimismo se precisa que el Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social; y *en el N° 19 se asegura el derecho de sindicación*, en los casos y forma que señale la ley; se precisa que la afiliación sindical será siempre voluntaria, como asimismo se determina que las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley; la norma constitucional contempla que la ley debe considerar los mecanismos que aseguren la autonomía de las organizaciones sindicales y la no intervención de ellas en actividades político partidistas.

Sin embargo, el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales crece y se potencia en sus atributos y garantías, a través de la norma de reenvío del artículo 5° inciso 2° a los tratados internacionales que aseguran derechos esenciales. Así los atributos y garantías de los DESC contenidos en dichos instrumentos ingresan al ordenamiento jurídico nacional con carácter vinculante, siendo derecho interno sin dejar de ser derecho internacional, con la garantía del artículo 54 N° 1 inciso 5° de la Constitución *“Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.”*

De tal forma, los atributos y garantías de los DESC ingresan al ordenamiento jurídico nacional desde el derecho convencional internacional, debiendo aplicarse en la materia el principio pro homine o favor persona en su directriz tanto interpretativa como normativa. Ello posibilita el ingreso de muchos atributos y garantías de los derechos asegurados constitucionalmente que no se encuentran en las disposiciones constitucionales pertinentes, como asimismo diversos derechos no asegurados formalmente en el texto constitucional ⁽⁴⁵⁾, los cuales deben asegurarse y garantizarse

⁴⁵ Sobre la materia ver, Nogueira Alcalá, Humberto. 2013. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo III: Derechos sociales fundamentales*, Segunda edición actualizada. Ed. Librotecnia, Santiago.

en sus contenidos mínimos y esenciales.

11. LA EXIGIBILIDAD JURÍDICA Y JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

Es usual encontrar perspectivas que sostienen que los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran insuficientemente delimitados en el texto constitucional, los que sólo se hacen concretamente exigibles cuando ellos son desarrollados por el legislador, de acuerdo con los recursos de que dispone el Estado, por lo que los jueces poco pueden hacer para exigirlos sin el respectivo desarrollo legislativo, así se afirma, que los enunciados constitucionales sobre derechos sociales no son justiciables (⁴⁶). Esta perspectiva, debe rechazarse ya que todo derecho fundamental asegurado constitucionalmente tiene un contenido mínimo y un contenido esencial, de aplicación directa e inmediata, como asimismo dicho contenido constituye un límite a la actuación legislativa. Asimismo, debe asumirse la retroalimentación recíproca de los derechos sociales en su fuente constitucional con la fuente convencional internacional válidamente incorporada al derecho interno mediante su ratificación.

Asimismo, los tribunales nacionales deben considerar los contenidos de cada derecho en el ámbito de contenido mínimo precisado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Todos los derechos económicos, sociales y culturales deben ser asegurados jurisdiccionalmente al menos en su contenido esencial, o en el lenguaje internacional en su contenido mínimo, de donde se ha desarrollado la concepción de *vida digna y de mínimo existencial* para la primera, como asimismo en sus demás atributos y garantías cuando estas tengan la especificación necesaria para su aplicación directa e inmediata o mediata si ellos han sido objeto de desarrollo y configuración legislativa.

En esta materia deben tenerse presente las *directrices de Maastricht* sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales desarrollados bajo el alero de la Comisión Internacional de Juristas entre el 22 y 26 de enero de 1997. En dichas directrices se establecieron las violaciones de derechos sociales mediante actos de comisión y mediante actos de omisión.

Dentro de las violaciones mediante actos de comisión, se señalan las siguientes:

- “(a) La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento;*
- (b) La denegación activa de estos derechos a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación legislada o impuesta;*
- (c) El apoyo activo a cualquier medida adoptada por terceros que sea contraria a los derechos económicos, sociales y culturales;*
- (d) La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a*

⁴⁶ Martínez Estay, José Ignacio. “Valor e sentido dos direitos sociais”. *En Direitos Humanos, Teorias e Práticas*, Coimbra, Almedina, 2003. p. 238.

estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables;

(e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos;

(f) La obstaculización o interrupción intencional de la realización progresiva de un derecho previsto en el Pacto, salvo cuando el estado actúa dentro de los parámetros de una limitación estipulada en el Pacto o debido a la falta de recursos disponibles o fuerza mayor;

(g) La reducción o desviación de un gasto público específico, cuando dicha reducción o desviación resulta de la imposibilidad del goce de estos derechos y no sea acompañada por la adopción de medidas adecuadas que aseguren a todos la subsistencia mínima”

Dentro de las violaciones mediante actos de omisión las directrices de Maastricht:

“(a) La no adopción de las medidas adecuadas estipuladas en el Pacto;

(b) La no modificación o revocación de cualquier legislación que sea claramente inconsistente con una obligación prevista en el Pacto;

(c) La no aplicación de legislaciones o ejecución de políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones en el Pacto;

(d) La no regulación de actividades de particulares o grupos para evitar que éstos violen los derechos económicos, sociales y culturales;

(e) La no utilización al máximo de los recursos disponibles para lograr la plena realización de Pacto;

(f) La falta de vigilancia de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo la elaboración y aplicación de criterios e indicadores para evaluar el acatamiento;

(g) La no eliminación inmediata de los obstáculos que debe eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho garantizado en el Pacto;

(h) La no aplicación inmediata de un derecho que debe tener efectividad inmediata conforme al pacto;

(i) El no cumplimiento de la norma mínima internacional de realización cuando dicho cumplimiento quede dentro de sus posibilidades;

(j) Cuando el Estado, al celebrar convenios bilaterales o multilaterales con otro Estado y con organizaciones internacionales o empresas multinacionales, no tenga en cuenta sus obligaciones legales internacionales en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales”.

El Tribunal Constitucional determina, en el considerando 10º de la sentencia Rol N° 815, por vía interpretativa del artículo 19 N° 3 inciso 1º, el derecho a la jurisdicción como un derecho fundamental autónomo que asiste a toda persona en nuestro ordenamiento jurídico:

“DECIMO.- *Que nuestra Constitución consagra, sin denominarlo así, el invocado derecho a la tutela judicial efectiva, en el inciso primero del*

artículo 19, numeral 3º, y en las normas que lo complementan, al reconocerse con fuerza normativa, que todas las personas son iguales en el ejercicio de los derechos, lo que comprende, en nuestro medio, su igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales, incluyendo, en primer término, el derecho a la acción, sin el cual quedaría amenazado e incompleto.

En efecto, el primer inciso del numeral 3º del artículo 19 lo reconoce en forma expresa, correspondiendo su titularidad a la persona como sujeto legitimado para su ejercicio, el que está contemplado en una norma autosuficiente y autoejecutiva.

Como complemento necesario, los incisos siguientes establecen garantías normativas del mismo, consistentes en la legalidad del tribunal y del proceso, además del parámetro de densidad material mínima de dichas normas legales, consistentes en las garantías del racional y justo procedimiento, a lo cual se le sumó la investigación, fijan el límite a la autonomía del legislador, a la hora de establecer el marco regulatorio del proceso jurisdiccional, como forma de solución del conflicto y de los actos necesarios para abrirlo, sustanciarlo y cerrarlo.

Debemos reafirmar entonces que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión, por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de derecho”.

Por otra parte, el Comité de DESC de Naciones Unidas ha determinado que se debe procurar una equiparación de remedios jurisdiccionales articulables en torno a derechos individuales y derechos económicos, sociales y culturales, y en caso de diferencias significativas, será necesario que el Estado Parte tenga razones que justifiquen la diferencia, como lo determina la Observación General N° 9, en su punto 7°. Por otra parte la idoneidad y eficacia de las acciones o recursos judiciales, deben ser garantizados no sólo en términos teóricos o normativos, sino también fácticos.

El Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha advertido que los “demás 'medios' utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales”⁽⁴⁷⁾.

Sobre la materia el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sostenido:

“Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias

47

Observación General N° 9, E/C. 12/1998/24, 3 de diciembre de 1998.

respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”⁽⁴⁸⁾.

En tal sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya había determinado:

“Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión recursos judiciales y otros recursos efectivos. De hecho, los Estados Parte que son asimismo parte en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos ya están obligados (en virtud de los artículos 2 [párrafo 1 y 3], 3 y 26 de este Pacto) a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades (inclusive el derecho a la igualdad y a la no discriminación) reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados 'podrá interponer un recurso efectivo' (apartado a del párrafo 3 del artículo 2°). Además, existen en el pacto Internacional de derechos Económicos, sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas los artículos 3, 7(inciso i) del apartado a, 8, 10 (párrafo 3), 13 (apartado a del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párrafo 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no auto ejecutables”⁽⁴⁹⁾.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General N° 9, ha precisado:

[...] A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en

⁴⁸ Observación General N° 9, E/C. 12/1998/24, 3 de diciembre de 1998.

⁴⁹ Observación General 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Parte”, 1990, párrafo 5.

cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos de justiciabilidad. ⁽⁵⁰⁾.

Ello ha permitido afirmar al Tribunal Constitucional, por ejemplo, que el derecho a la seguridad social, tiene como componente de su contenido esencial el principio de *solidaridad*, el que no se reconoce explícitamente en el texto constitucional:

“30°. Que, por último, la supresión, en el texto del artículo 19, N° 18°, de la Constitución, de los principios rectores de la Seguridad Social, incluidos en el inciso tercero del numeral 21 del artículo 1 del Acta Constitucional N° 3, carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, pues de lo contrario perdería su identidad específica.” ⁽⁵¹⁾.

Dicha protección jurisdiccional debe concretarse de la manera más eficaz posible incluida como lo realizan los tribunales nacionales a través de la conexión con otros derechos que tienen protección rápida, sencilla y eficaz, como es la acción constitucional de protección, acudiendo a los derechos a la igualdad y no discriminación; al derecho a la vida y la integridad física y psíquica; el derecho a una vida digna; el derecho a un debido proceso, entre otros.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en materia del derecho a la protección de la salud ha precisado que:

“(...) el derecho a la protección de la salud, en los términos que se encuentra plasmado en el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental es, para estos efectos, la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud, con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual ésta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales derechos. Consiguientemente, estipulaciones de esa índole devendrían en inválidas por ser contrarias a la Constitución, efecto que tendría que contemplar estipulaciones que, directamente o no, signifiquen que la contraparte quede, de facto, impedida de ejercer la plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados por la disposición suprema;” ⁽⁵²⁾.

El Tribunal Constitucional a través del ejercicio de oficio de la acción de inconstitucionalidad determinada por el artículo 93 N° 7 de la Carta Fundamental, incluso a expulsado del ordenamiento jurídico disposiciones legales por considerar que

⁵⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General N° 9. “La aplicación interna del Pacto”. 1998. Párrafo 10.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1218, de 7 de julio de dos mil nueve, considerando 30°.

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de junio de 2008, Rol N°976, considerando 43.

vulneran contenidos del derecho a la salud y la seguridad social, como asimismo de la igualdad ante la ley. En efecto, la sentencia Rol N° 1710-2010-inc.:

“CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO NOVENO: Que, en tercer lugar, en relación al derecho a la seguridad social garantizado en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución, en íntima relación con el derecho a la protección de la salud ya analizado, es necesario resaltar que también resulta infringido por los preceptos legales en análisis. Lo anterior ocurre, toda vez que, no estableciéndose en la fijación de la relación máxima entre el más alto y el más bajo de los factores de cada tabla que surge del número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social, se vulnera su propósito esencial: 'La Seguridad Social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal' (Héctor Humeres Nogueira: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo III, ob. cit., p.23); CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO: Que, en efecto, el aumento de los precios al amparo de la norma cuestionada puede traer consigo, y así ocurre en la realidad de muchas personas, una completa imposibilidad de costearlos, ocasionando la indignidad que ello significa para el transcurrir de sus vidas y la evidencia de la falta de concreción de la obligación que el texto de la Constitución le asigna al Estado para dirigir su acción a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes; CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO PRIMERO: Que de la vigencia de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter citado, se desprende una situación contraria a los principios de solidaridad y de equidad que informan no sólo la seguridad social, sino todo el conjunto de derechos fundamentales sociales garantizados en nuestra Constitución, lo que exige de esta Magistratura declararlos como contrarios a ella;”⁽⁵³⁾.

Por otra parte, a través de la acción constitucional de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de preceptos legales, se puede incluso recurriendo al reenvío del artículo 5° inciso 2° de la Constitución recurrir a los atributos de los derechos y sus garantías contenidos en el derecho convencional internacional, obteniendo la protección de dimensiones de los derechos sociales no aseguradas directamente en el texto constitucional.

Así, lo han desarrollado las Cortes de Apelaciones en las acciones de protección de derechos fundamentales en materia del derecho a la protección de la salud en conexión con el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de las personas; del derecho a la educación en conexión con el derecho a la igualdad ante la ley (no discriminación o diferencias arbitrarias), el derecho de propiedad incorporal y racional y justo procedimiento; como asimismo en materia de prestaciones de seguridad social en

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-inc., del 6 de agosto de 2010, considerando 149.

conexión con el derecho de propiedad incorporal y la igualdad ante la ley.

Así, a manera ejemplar puede señalarse la siguiente sentencia de protección:

“5°. Que la decisión de la Isapre recurrida de no dar cobertura al implante de un marcapasos desfibrilador, pese a que admite la de un marcapasos según se dijo en el motivo tercero, importa una serie de medidas fácticas arbitrarias destinadas a no pagar el tratamiento de la recurrente portadora de una arritmia compleja originada en un corazón con daño severo ventricular, según se informa a fojas 3 por su médico tratante. Con tales medidas, según aparece de los antecedentes, se ha puesto en riesgo su vida por la eventualidad cierta de un desenlace fatal o de un deterioro orgánico importante por falla en su sistema cardiovascular, luego de desestimar como marcapasos el dispositivo “marcapasos desfibrilador”, cuya homologación ha aceptado la Superintendencia de Salud en su Resolución Exenta 474 de 30 de julio de 2006, que reclamada ante esta Corte, se confirmó por sentencia ejecutoriada de 4 de diciembre de 2006, rol N°5798-06, acompañada a fojas 7.

En la causa aludida, la Superintendencia, avalada por el Comité de Arritmias de la Sociedad Chilena de Cardiología, sostuvo que “el desfibrilador debe ser considerado una modalidad de marcapasos que incluye funciones adicionales, es decir un marcapasos más sofisticado” y por encontrarse el marcapasos dosificado en el Arancel del Fonasa bajo el código 23.01.012, es obligación de la Isapre bonificar tanto el aparato como su implementación, de conformidad al plan de salud vigente a la fecha de otorgadas las prestaciones médicas.

5° (Sic). Que, tanto más arbitraria aparece la actuación de la Isapre, si se tiene en cuenta que con el objeto de salvar su vida y apremiada por su enfermedad, la paciente debió recurrir a su círculo más cercano para garantizar el tratamiento adecuado a su dolencia.

6° Que en tales circunstancias y por tratarse el de protección de un recurso que se dirige a poner remedio a un acto u omisión ilegal o arbitrario de una autoridad o persona determinada, en cuanto vulnera o afecta alguno de los derechos o garantías expresamente señalados en el artículo 20 en relación con el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, se acogerá el intentado en estos autos”.⁽⁵⁴⁾.

En la misma perspectiva se encuentra el siguiente fallo:

“18° Que no puede aceptarse las alegaciones de los recurridos en cuanto a la falta o insuficiencia de recursos con motivo del terremoto por cuanto la situación de la señora Ruiz se arrastra desde mucho antes del sismo del 27 de febrero pasado.

Por otra parte, tratándose de un derecho constitucional como lo es el

⁵⁴ Sentencia de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2612 – 2007 de veinticuatro de septiembre de dos mil siete, considerandos 4° al 6°, confirmada por sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema Rol N° N°5891-2007, de 5 de diciembre del año dos mil siete.

derecho a la vida, no puede soslayarse la obligación del Estado de Chile de proporcionar todos los medios que sean necesarios para proteger tal derecho, habida consideración de lo dispuesto en el artículo 1º inciso cuarto y 19 N°1 de la Constitución Política de la República, al artículo 6º del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y a lo establecido en el artículo 4 N°1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratados ratificados por Chile.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se ACOGE el recurso de protección deducido en lo principal del escrito de fojas 14, sin costas, sólo en cuanto el Hospital Regional Guillermo Grant Benavente, en coordinación con el Servicio de Salud, deberán disponer el traslado de la señora Magali Ruiz Garcés a la Clínica Las Condes a fin de ser evaluada para la posibilidad de un trasplante de intestino o de otra intervención que se estime pertinente para mejorar su situación de salud actual, y de realizarlas de ser médicamente posibles, todo ello con el debido consentimiento de la paciente o de quien la represente y siempre que sus condiciones de salud actuales permitan hacerlo, debiendo tomar todas las precauciones necesarias para que el traslado se efectúe en condiciones seguras para su salud.

El financiamiento que ello implique será de cargo de los Servicios del Estado encargados del cumplimiento de la ya citada disposición constitucional que garantiza el derecho a la vida y que están contemplados en el DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, Leyes y Reglamentos Complementarios.”⁽⁵⁵⁾.

Se ha pretendido cuestionar que los fallos de los tribunales de justicia en defensa del contenido mínimo o esencial de derechos sociales puedan generar un gasto público no previsto por el legislador. Al respecto hay que señalar que los contenidos mínimos y esenciales de un derecho fundamental no son de libre disponibilidad del legislador y su protección por el juez constituye un deber constitucional. Por ello, como lo han precisado algunos tribunales constitucionales “las consecuencias financieras de las decisiones constitucionales no serían determinadas por el Tribunal (...) sino que se desprenderían de la Constitución, a la cual, todos, legislador incluido, se encuentran subordinados (...) Si los gastos no son discrecionales, porque están impuestos por la Constitución, el desembolso se hace una obligación. Por tanto, una vez establecido que el gasto es constitucionalmente obligatorio, el legislador no puede contrastar la decisión del Tribunal en nombre de la propia discrecionalidad política”⁽⁵⁶⁾.

En el mismo sentido tenemos la determinación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General N°

⁵⁵ Sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 31-2010, de 15 de julio de 2010, Causa Contreras Solís, Eriko G. c/ Hospital Regional De Concepción Guillermo Grant Benavente y otros.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 00014-2007- AI/TC, fundamento jurídico 23.

9, ha precisado:

“A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera de los ámbitos de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”⁽⁵⁷⁾.

La ausencia de garantía jurisdiccional mediante la acción constitucional de protección de algunos derechos sociales en nuestro ordenamiento jurídico o de ciertos atributos de los mismos, es producto de una decisión política discrecional del constituyente autocrático de 1980 y su ideología neoliberal, ya que no existe razón de peso alguna para sostener que actos u omisiones antijurídicas o arbitrarias del Estado, sus órganos o de particulares, no merezcan ser objeto de justiciabilidad mediante el ejercicio del derecho a la jurisdicción, derecho fundamental autónomo, conforme lo exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos conforme a los artículos 8° y 25° de la CADH. Tal determinación debe ser corregida ya sea ampliando el recurso de protección a los derechos sociales o la creación de una acción legal de tutela de derechos sociales, lo que es un imperativo de acuerdo a las obligaciones jurídicas del Estado como parte del sistema interamericano de protección de derechos y como Estado Parte a cumplir las obligaciones determinadas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

En materia del derecho a la educación, la Corte de Apelaciones de Santiago, ante recursos de protección que buscan proteger tal derecho para cuarenta y seis alumnos del Liceo José Victorino Lastarria que habían sido objeto de suspensión durante 2006 y de cancelación de matrícula para el año 2007, luego de ocupar el recinto del Liceo en protesta sobre materias educacionales en 2006, junto a muchos otros estudiantes del mismo liceo, la Corte acogerá la acción constitucional en virtud de ser considerada una medida discriminatoria y sin un procedimiento racional y justo. En parte de la sentencia se determina que:

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 00014-2007- AI/TC, fundamento jurídico 23.

⁵⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General N° 9. “La aplicación interna del Pacto”. 1998. Párrafo 10.

En apartado 3° inciso 5° del consabido artículo 19 de la Carta Fundamental se aplica, extensivamente, a todo procedimiento, aun a uno de carácter no jurisdiccional, cuanto más cuando conduce a la imposición de alguna clase de privación, cuyo es el caso.

Es obvio que en la situación ut supra se vulnera, en su contenido más esencial, la garantía en comento.

El artículo 25 de la Convención Americana sostiene que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo rápido y efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen no solo sus derechos fundamentales reconocidos en la constitución nacional sino, también, por esa convención, aun cuando la violación sea cometida por una persona que actúa en ejercicio de sus funciones oficiales. A tal punto llega esta prevención que los Estados Partes se comprometen a garantizar que la judicatura competente decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga este recurso, así como a que las autoridades cumplirán lo que en él se decida. En virtud del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución política de la República, ese artículo 25 es vinculante para los tribunales chilenos, motivo por el que la Corte también considera que se infringe la garantía del citado artículo 19 N° 3° inciso quinto.

16° Que de lo que viene de expresarse en los tres argumentos que anteceden, resulta que como consecuencia directa e inmediata de las ilegalidades y arbitrariedades de las medidas impugnadas, se privó a los cuarenta y seis alumnos en cuestión del legítimo ejercicio de la garantía de los derechos de igualdad, propiedad y racionalidad procedimental, en las formas acotadas;

17° Que de esa manera se tiene que se satisface todas y cada una de las exigencias para la procedencia de la cautela que consagra el artículo 20 de la Constitución, lo que impele a la Corte a conferir la protección que se le viene solicitando”⁽⁵⁸⁾.

A su vez, si los derechos no son efectiva y eficazmente protegidos por las instancias jurisdiccionales nacionales cabe recurrir al amparo interamericano, previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como un sistema coadyuvante y subsidiario de protección de derechos humanos cuando el Estado a través de sus órganos, autoridades y funcionarios, no ha cumplido su tarea de protección eficaz de los mismos a través del ejercicio de sus respectivas competencias normativas y el ejercicio eficaz de sus atribuciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido al tema de la protección de la salud, especialmente en materia de reclusos, siendo el más significativo el caso *Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, en un supuesto de falta de tratamiento médico durante la estancia en la cárcel de la víctima, en el que la Corte señala que conforme al artículo 5° de la CADH, el Estado tiene el deber de

⁵⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5.589 2006 (acumulados 5.670-06; 5.671-06; 5.796-06 y 5.880-06) de fecha 19° de enero de 2007. Sentencia confirmada por la Corte Suprema en fallo Rol N°852-07 de 28 de mayo de 2007. Cabe señalar que el racional y justo procedimiento del artículo 19 N° 3, no está protegido por el Recurso de Protección del artículo 20 de la Constitución, en este caso se protege en virtud del reenvío del artículo 5° inciso 2° de la Constitución al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como lo expresa la sentencia.

proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera.

Existe una diversidad de casos en los que la Corte Interamericana ha dictado *medidas provisionales* en torno a la insuficiente atención sanitaria de los internos y las condiciones higiénicas de las cárceles, instando a los respectivos gobiernos a proteger eficazmente la vida y la integridad física de los detenidos ⁽⁵⁹⁾.

La Corte Interamericana ha protegido el derecho a la salud, en los casos de pueblos indígenas, por ejemplo en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, de 28 de noviembre de 2007, uno de los factores que tiene en cuenta para determinar la condena y la fijación de la indemnización es la desatención sanitaria a los miembros de dicha comunidad.

En el caso de la protección de la salud de menores internados en un establecimiento psiquiátrico, el *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, de 4 de julio de 2006, en el que extiende las obligaciones estatales al control de los establecimientos privados de salud, razonando que la salud es un bien público, cuya protección está a cargo de los Estados y que éstos tienen la obligación de evitar que terceros interfieran indebidamente el goce de los derechos a la vida y la integridad personal, independientemente de la entidad sea pública o privada, de manera que en tal caso la falta de regulación y fiscalización de las entidades privadas que presta atención sanitaria por parte del Estado genera responsabilidad internacional por violación de derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se plantea también en el caso *Huilca Tecse vs Perú*, si el derecho de sindicación incluye el derecho de huelga, contestando afirmativamente dicha interrogante:

“La libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento del derecho a formar sindicatos, sino que comprende el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad” ⁽⁶⁰⁾.

CONCLUSIONES

1. Todos los derechos esenciales de la persona tienen su fundamento en la dignidad del ser humano, como lo explicitan tanto la Constitución como los principales tratados de derechos humanos de carácter universal y regional americano y lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.
2. Todos los derechos fundamentales en cuanto emanan de la dignidad humana realizan esta y un proyecto de vida digna de las personas, por lo cual carecen de

⁵⁹ Por ejemplo en el *Asunto de la Cárcel de Urso Branco vs. Brasil*, la Corte está haciendo un seguimiento de la situación desde agosto de 2002 a través de la adopción de ocho medidas provisionales.

⁶⁰ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Huilca Tecse vs Perú*, de 3 de marzo de 2005; en el mismo sentido Sentencia del *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs Perú*, de 10 de julio de 2007.

estructuración jerárquica, siendo todos ellos del mismo nivel, debiendo en todos ellos respetarse en su contenido esencial, armonizarse y optimizarse.

3. Los derechos fundamentales, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales, hoy constituyen derechos que se aseguran por una doble fuente, la fuente constitucional y las fuentes del derecho internacional de derechos humanos las que se retroalimentan y operan en base al principio pro homine o favor persona como directriz interpretativa y directriz normativa.

4. Los derechos individuales y los derechos económico, sociales y culturales son indivisibles, interdependientes y complementarios.

5. Los derechos fundamentales individuales y económicos, sociales y culturales tienen una naturaleza común sin diferencias estructurales sustantivas. Todos los derechos individuales y los económicos, sociales y culturales son complejos y tienen dimensiones individuales y colectivas, negativas y positivas, de abstención y de prestación. Todos los derechos fundamentales sin excepción implican bienes públicos y costos públicos.

6. Todos los derechos fundamentales, tanto los individuales como económicos, sociales y culturales, tienen un contenido esencial y un contenido mínimo exigible jurisdiccionalmente y de aplicación directa e inmediata, como determinan sus órganos de interpretación y aplicación internacionales y la jurisdicción constitucional chilena.

7. Todos los derechos fundamentales, tanto los individuales como los económicos, sociales y culturales tienen las mismas garantías internacionales, generales, y específicas, entre estas últimas rigen las garantías comunes de tipo normativo y de interpretación.

8. La Constitución vigente producto de su origen en un régimen autoritario militar de ideología neoliberal restringió el ámbito de derechos económicos, sociales y culturales en el texto formal como asimismo sus garantías jurisdiccionales, las cuales se encuentran por debajo de los estándares exigidos por el derecho internacional convencional ratificado y vigente, generando un *estado de inconventionalidad permanente* de nuestro ordenamiento jurídico en dichos aspectos, con la consiguiente responsabilidad internacional latente por violación de derechos humanos.

9. Los tribunales superiores de justicia, a través de recursos (acciones) de protección ha protegido los derechos económicos, sociales y culturales en virtud de su conexión con otros derechos fundamentales como son el derecho a la integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley (no discriminación), el derecho de propiedad incorporal, cuando ellos no están directamente protegidos por la acción de protección, como es el caso del derecho a la educación, el derecho a la protección de la salud o el derecho a la seguridad social, asimismo ellos han sido protegidos por el Tribunal Constitucional en diversos atributos no expresamente contenidos en el texto constitucional, haciendo uso para ello de los atributos de los derechos asegurados por el derecho convencional internacional ratificado y vigente, respecto de los cuales existe el deber constitucional de los órganos estatales de respetarlos y promoverlos, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, utilizando como norma de reenvío el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental..

10. Es necesario mejorar el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales al menos en los estándares mínimos comprometidos al ratificar los tratados internacionales sobre la materia, sin perjuicio de ratificar el Protocolo de San Salvador del sistema interamericano sobre la materia, como asimismo garantizarlos a través de *recursos sencillos rápidos y eficaces*, dotándolos de seguridad jurídico constitucional y de *aplicación conforme al principio favor persona como directriz interpretativa y normativa*. Sobre la materia hay un completo *proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales en el Congreso Nacional*, el cual se encuentra en primer trámite legislativo, aprobado en general en sesión 103, el martes 18 de noviembre de 2008 en la Cámara de Diputados, sin que haya un avance significativo en su tramitación desde dicha fecha.

BIBLIOGRAFÍA

ABENDROTH, Wolfgang y otros. 1986. *El Estado Social*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ABRAMOVICH, Víctor: *Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, IIDH, San José, Costa Rica, 1997.

ABRAMOVICH, Víctor. (Compilador). 2007. *Aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto,

ABRAMOVICH, Víctor y COURTS, Christian. 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ed. Trotta. Madrid.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTS, Christian. 1997. "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en ABREGÚ Martín y COURTIS, Christian, eds.): *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires,

ACKERMAN, B.A. 1993. *La justicia social en el Estado liberal*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid

ABRAMOVICH, Víctor. 2006. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Editores del Puerto: Buenos Aires.

ACUÑA, Juan Manuel. 2006. "Contribuciones de la Jurisdicción Constitucional para la Eficacia Jurídica de los Derechos Sociales en la Experiencia Comparada", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 6, Julio–Diciembre, pp. 3 – 28

AFONSO DA SILVA, José. 2002. Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição Brasileira. En Palomino Manchego, José y Remotti Carbonell, José Carlos (Coordinadores). *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*. Lima, Perú, Ed. Universidad Nacional de San Marcos – Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana). pp. 158-159.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y CONTRERAS ROJAS, Cristián. 2007 "El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile", *Revista Ius et Praxis*, XIII N° 1 (2007) pp. 205 y ss.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. 2003. "El efecto de irradiación de los derechos

Fundamentales”, en Juan Carlos Ferrada Bórquez (coordinador) *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Santiago Editorial Jurídica de Chile, pp. 13-38

ALVARADO, Marino; RODRIGUEZ, María Elena. 2004. *La defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. Algunos mecanismos nacionales*, PROVEA, Caracas,

ARANGO, Rodolfo. 2005. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Editorial Legis, Universidad Nacional de Colombia, Hay edición Legis,.

ÁVILA SANTAMARIA, Ramiro (Coord.). 2007. *Los derechos sociales, del acceso a la información a la justiciabilidad*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito.

AA. VV. 1999, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: un desafío impostergable*. IIDH, San José de Costa Rica.

AA.VV. 2005. *Instrumentos internacionales de promoción y defensa de los derechos económicos, sociales y culturales*. PROVEA. Serie Aportes, N° 9, segunda edición aumentada, Caracas.

BALDASSARRE, Antonio. 2004. *Los derechos sociales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

BETEGÓN, Jerónimo y otros, (coordinadores): 2004. *Constitución y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

BOLÍVAR, Ligia. 1996. *Derechos económicos, sociales y culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina*. PROVEA, Serie Aportes, Caracas.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. 2009. “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en EMBID IRUJO, Antonio, Dir: *Derechos económicos y sociales*, Madrid, Iustel, pp. 337-358.

CANCADO TRINDADE, Antônio. 2001. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

CANCADO TRINDADE, Antônio. Protección Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. En *Estudios Básicos de Derechos Humanos*; I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José.

CANTÓN, O. y CORCHEA, S. (editores). 2004. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ensayos y materiales*. Editorial Porrúa, México, D.F.

CARBONELL, Miguel. 2001. *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. México, Ed. Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.

CARBONELL, Miguel. 2008. “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2. Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Chile; Universidad de Talca y Librotecnia, Santiago. pp. 43 – 71.

CARBONELL, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio; y Vázquez, Rodolfo (Comp.) 2001. *Derechos sociales y derechos de las minorías*. ED Porrúa – UNAM, México,

CASAL, Jesús María. 2007. “La protección internacional y constitucional de los derechos sociales”. Casal, Jesús María; Arismendi, Alfredo y Carrillo, Carlos Luis (coordinadores). *Tendencias actuales del derecho constitucional*. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun. Tomo II. ED. Universidad Central de Venezuela – Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.

CASCAJO CASTRO, José Luis. 1988. *La Tutela Constitucional de los Derechos Sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

CELIS DATZINGER, Gabriel. 2008. “Los derechos económicos, sociales y culturales. Limitaciones y proyecciones”. *Revista de Derecho, Universidad de Viña del Mar*, N° 2, segundo semestre, pp. 59 – 90.

COURTIS, Christian (Comp.). 2006. *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Ed. CEDAL – CELS. Editores del Puerto. S.A. Buenos Aires.

CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL). 2005. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el sistema interamericano*, San José.

CUBAS, Raúl. 2003. *Derecho humano a la seguridad social: Apuntes y reflexiones desde la experiencia de América Latina*. Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Caracas.

DE CASTRO CID, Benito. 1993. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. Universidad de León, León, España.

DENNIS, Michael; y STEWART, David. 2004. “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?”, *The American Journal of International Law*, American Society of International Law, EEUU, Vol. 98, No. 3, 2004.

EIDE, Absjorn, 1989. “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* N° 43, Ginebra.

ESPEJO YAKSIC, Nicolás. 2009. *Manual sobre justiciabilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica*. Santiago, Centro de Derechos Humanos; Universidad Diego Portales; Oxfam y Red Iberoamericana de Jueces.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. 1999. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, (2da. ed.). IIDH, San José.

FERRAJOLI, Luigi. . Quali sono i diritti fondamentali?, En Vitale, E (Editor) *Diritti Umani e diritti delle minoranze*, Ed. Rosenberg & Sellier, Turín, Italia. 2000. pp. 917 – 918.

FERRAJOLI, Luigi. 2004. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta, Madrid, 1999. Hay cuarta edición, Ed. Trotta, Madrid.

nascen em árvores. Lumen Juris, Río de Janeiro.

GAGO GUERRERO, Pedro F. 2009. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto internacional*, Madrid, Difusión jurídica,

GALDINO, Flavio. 2005. *Introdução a Teria dos Custos dos Direitos – Direitos não* Gomes Canotilho, José Joaquim. “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales N° 1*, Madrid, España, 1998.

GOMEZ CANOTILHO, José Joaquim. 1998. "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales". En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 1, Madrid.

GONZALEZ MORENO, Beatriz. 2002. *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Ed. Civitas, Madrid.

GROS ESPIELL, Héctor. 1986. *Derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, Libro Libre, San José.

HOLMES, Stephan; SUMNSTEIN, Cass. 1999. *The cost of rights-Why liberty depends on taxes*. W.W. Norton and Company, New York.

IIMBERT, Pierre-Henri. 1989. *Droits des pauvres, pauvre droit(s)? Reflexions sur les droits économique, sociaux et culturels*. En *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, N°1, 1989, Ed LGDJ, Paris.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. 1999. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Un desafío impostergable*. Estudios recogidos de CELS, Argentina; UCA, Nicaragua; FINJUS, República Dominicana y PROVEA, Venezuela, IIDH, San José.

JORDAN DIAZ, Tomás Pablo. 2006. La protección de los derechos sociales: Modelos comparados de tutela Jurisprudencial (España y Chile). Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago.

JORDAN DIAZ, Tomás Pablo. 2007. "La posición y valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución chilena, en *Revista Estudios Constitucionales*, año 5 N° 2. Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca – Librotecnia, Santiago, pp. 185 – 2004.

LAPORTA, Francisco J. 2004. "Los Derechos Sociales y su Protección Jurídica. Introducción al Problema", en Betegón, Jerónimo y otros, (coordinadores): *Constitución y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

LEAL, Rogério Gesta. 2009. *Condições e possibilidades eficazes dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do poder Judiciário no Brasil*. Livraria Do Advogado Editora, Porto Alegre.

LECKIE, Scott. 1998. "Another Step towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social, and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, No. 20, John Hopkins University Press, EEUU,

Lobo Torres, Ricardo. "La metamorfosis de los derechos sociales en Mínimo Existencial". En Sarlet, Ingo W. (organizador), *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Río de Janeiro, Ed. Renovar, 2003.

MARTINEZ ESTAY, José Ignacio. 2003. "Valor e sentido dos direitos sociais". En *Direitos Humanos, Teorias e Práticas*, Almedina, Coimbra.

MARTINEZ ESTAY, José Ignacio. 2008. "Los derechos sociales: Una reflexión a propósito de la sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional". En *Revista de Derecho, Universidad de Viña del Mar*, N° 2, segundo semestre, pp. 275 – 290.

MELISH, Tara. 2003. *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, Quito, Ecuador, Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES-Ecuador), Orville H. Schell, Jr.

Center for International Human Rights, Yale Law School.

MELISH, Tara. 2002. *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*, Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales de Ecuador.

Michelmann, Franck. 1979. "Welfare Rights in a Constitutional Democracy". En *Washington University Law Quarterly*, Vol. 03. Washington University Press, Washington.

NIKKEN, Pedro. 1987. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. IIDH y Civitas, Madrid.

NIKKEN, Pedro. 1994 "El concepto de derechos humanos", en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, IIDH, San José.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto (Coord.) 2010. *Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Doctrina y jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*. Ed. Librotecnia, Santiago.

NOGUEIRAALCALA, Humberto. 2013. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo III: Derechos sociales fundamentales*, Segunda edición actualizada. Ed. Librotecnia, Santiago.

OJEDA MARÍN, Alfonso. 1996. *Estado social y crisis económica*. Ed. Universidad Complutense, Madrid.

ORDOÑEZ, Jaime; VÁZQUEZ, Enrique, ed. 1991. *Derechos económicos y desarrollo en América Latina*, IIDH, San José.

PINTO, Mónica. 1997. "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires,

PIOVESAN, Flavia. 2004. *Protecao Internacional des Direitos Economicos, Sociais e Culturais*. São Paulo, Ed Saraiva.

PISARELLO, Gerardo. 2007. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Ed., Trotta, Madrid.

PISARELLO, Gerardo. 2003. Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible. Ed. Icaria, Barcelona.

PISARELLO, Gerardo. 2002. Del Estado social tradicional al Estado Social Constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. En Carbonell, Miguel (Compilador) *Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*. Ed. Comisión Nacional de Derechos los Humanos, México, D.F.

PISARELLO, Gerardo. 2001. "Del Estado Social legislativo al Estado Social Constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales". En *Revista Isonomía N° 14*, Cedam, Madrid.

PISARELLO, Gerardo. 2007. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Ed. Trotta, Madrid.

POYAL COSTA, Ana. 1991. "La eficacia de los derechos humanos frente a terceros". En *Revista de Derecho Político N° 34* (1991), Madrid.

PRIETO SANCHEZ, Luis. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial". Revista del Centro de Estudios Constitucionales (septiembre-diciembre), Madrid, 1995.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituicao Federal de 1988*. Séptima edición revisada y actualizada. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009.

SARLET, Ingo W. 2007. *Eficacia dos Dereitos Fundamentais*. Livraria do Advogado, Porto Alegre.

SARLET, Ingo W. (organizador), 2003. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Ed. Renovar, Río de Janeiro.

SARLET, Ingo W. 2006. "Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos na Constituição Federal Brasileira de 1988", em *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Volume 10A, Editora Jurua, Curitiba.

Sepúlveda, Magdalena. 2004. "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la supuesta dicotomía entre las obligaciones impuestas por los Pactos de Naciones Unidas", en Cantón, O. y Corchea, S. (editores). *Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ensayos y materiales*. Editorial Porrúa, México.

RODRÍGUEZ BRIGNARDELLO, Hugo J. 2000. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Balance en siete países Latinoamericanos*. PIDHDD/CEDAL, Lima.

RODRIGUEZ RESCIA, V. 2004. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del sistema interamericano: mecanismos para su protección*. IIDH, San José.

ROSSI, Julieta y ABRAMOVICH, Victor. 2004. "La Tutela de los derechos económicos sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". En Claudia Martín y otros. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Iberoamericana. México D.F.

STAVENHAGEN, Rodolfo. 1996. "El Problema de Los Derechos Culturales", en AA.VV. (Antônio A. Cançado Trindade, ed.). *El Mundo Moderno de los Derechos Humanos*, IIDH, San José.

SUDRE, Frédéric. 2001. *Droit international et européen des droits de l'homme*, 5ª Ed. Presses Universitaires de France, Paris.

SUDRE Frédéric y otros, 2009. *Les grands arrêts de la Court européenne des Droits de l'Homme*. 5ª ed., Thémis, Paris.

TURK, Danilo. 1993. *El Nuevo Orden Económico Internacional y la Promoción de los Derechos Humanos*. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá.

ÚBEDA DE TORRES, Aída. 2007. *Democracia y derechos humanos en Europa y en América*. Reus. Madrid.

Recebido em 23/09/2014
Aprovado em 02/12/2014