



• *Mecanismos de garantía
de los derechos sociales* •



***DERECHOS SOCIALES Y EL MOMENTO CONSTITUYENTE DE CHILE:
Perspectivas globales y locales para el debate constitucional***

***DERECHOS SOCIALES Y
EL MOMENTO CONSTITUYENTE
DE CHILE:***

***Perspectivas globales y locales
para el debate constitucional***

***Tomo II: Mecanismos de garantía de
los derechos sociales***

• EDITORES •

Valentina Contreras Orrego · Vicente Silva · Koldo Casla
Pedro Cisterna Gaete · Verónica Delgado Schneider · Magdalena Sepúlveda

• TRADUCCIÓN •

Amy Echeto

• REVISIÓN DE TEXTO •

Verónica Cadavid · Valentina Contreras

• DISEÑO Y COMPOSICIÓN •

Felipe Mery

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional (CC BY 4.0; <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

Cita sugerida: Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex y Universidad de Concepción (2021) Derechos sociales y el momento constituyente de Chile: Perspectivas globales y locales para el debate constitucional. Tomo II: Mecanismos de garantía de los derechos sociales. Santiago, Chile: Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights. DOI: 10.53110/AVTV1058.

Derechos sociales y el momento constituyente de Chile:
Perspectivas globales y locales para el debate constitucional

Tomo II: Mecanismos de garantía de los derechos sociales

Santiago de Chile, septiembre 2021

DOI: 10.53110/AVTV1058



• INDICE

sección **A**

SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DESCA

1. Los derechos económicos, sociales y culturales en Chile ¿Asignatura pendiente?

Daniel M. Brinks

11

2. Las nuevas dimensiones de los DESCA en el sistema Interamericano: Vectores imprescindibles para el proceso constituyente de Chile 2021

Isaac de Paz González

29

3. Derechos sociales en Europa

Colm O'Cinneide

45

sección **B**

JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

4. El camino de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hacia la justiciabilidad directa de los DESCA y su impacto en los ordenamientos jurídicos nacionales

Julietta Rossi

65

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

Beatríz Larraín Martínez

83

6. Modelos de incorporación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: Aprendizajes para el proceso constituyente chileno

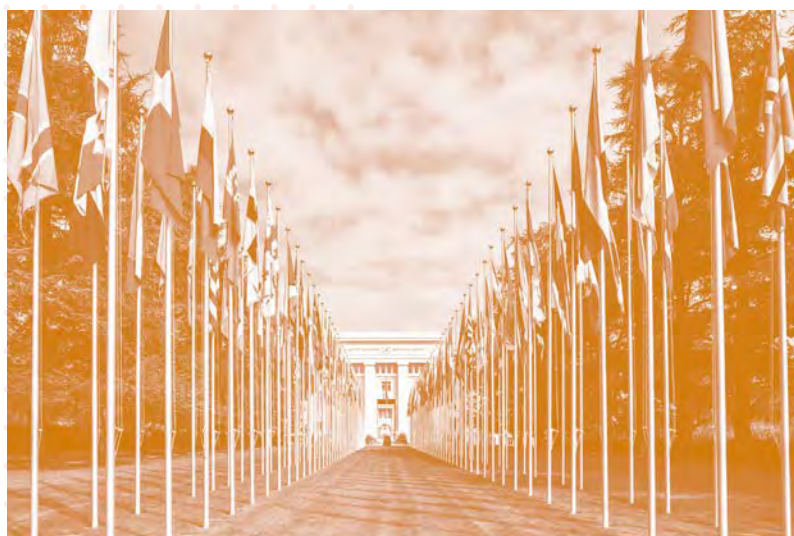
Katie Boyle, Vicente Silva y Valentina Contreras Orrego

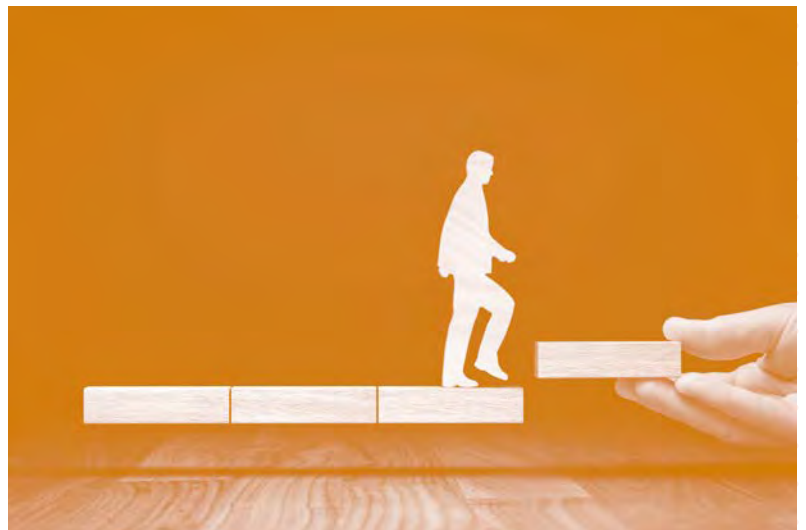
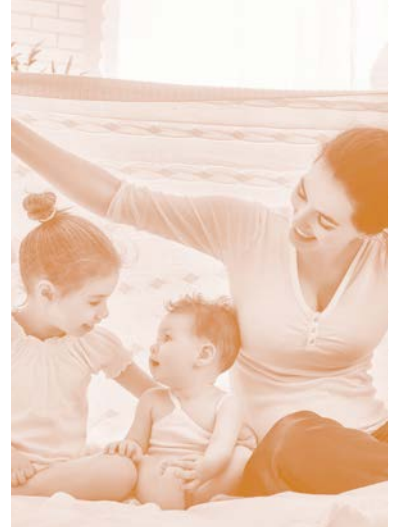
99

A

sección

"Sistemas regionales de derechos humanos y desca"







1

• artículo •

Los derechos económicos, sociales y culturales en Chile ¿Asignatura pendiente?

Daniel M. Brinks¹

DOI: 10.53110/BSAY9015

A. Introducción: América Latina está a la vanguardia de los desarrollos globales en la constitucionalización y aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).² Históricamente, Estados Unidos fue considerado el líder mundial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, y a fines de la década de 1990 y principios de la de 2000, los tribunales de India y Sudáfrica, y quizás Hungría, aparecen como pioneros en la aplicación judicial de los DESC. **Pero los países latinoamericanos hace mucho tiempo ya incluyen una amplia gama de derechos sociales y económicos en sus constituciones, y en las últimas décadas no sólo han agregado más derechos, sino que también han reforzado los mecanismos de aplicación judicial de los derechos incluidos en sus textos fundamentales.** De hecho, hoy, aunque muchas cortes a través del mundo han levantado la bandera de los DESC, los tribunales latinoamericanos están aportando innovación doctrinal y ejemplos concretos de aplicación de los DESC a un ritmo y de una ma-

¹ Profesor de Ciencia Política y Derecho, Universidad de Texas en Austin; Investigador Asociado, Christian Michelsen Institute, Bergen, Noruega. ² Este artículo está basado en gran parte en un capítulo publicado en inglés en Gargarella y Huebner Mendes, 2021.

nera que eclipsa a otras regiones. Estas intervenciones judiciales en cuestiones claves de la política social y económica son a menudo controvertidas y, en ocasiones, criticadas por ineficaces, pero queda claro que han transformado la política de previsión social y las estrategias de los movimientos sociales en muchos países de la región.

Chile, en este sentido, es lo que en inglés se llama un “outlier” – un valor aislado entre los países de América Latina. Su constitución incorpora algunos pero lejos de todos los DESC, y no tiene un tribunal con una trayectoria bien definida de aplicación de los DESC, por razones institucionales y de tradición jurídica. La constitución actual de Chile no reconoce los derechos de los pueblos indígenas, hablando del “pueblo” en singular (Art. 5). Sí reconoce, en el Artículo 19, el derecho a un medio ambiente sano (no. 8°), a la protección de la salud (no. 9°), a la educación (no. 10°), a la negociación colectiva (no. 16°), y a la seguridad social (no. 18°). En efecto, estos son los DESC más comunes en las constituciones del mundo. Pero de éstos, sólo el derecho a la salud (y en su inciso final únicamente), y el derecho al medio ambiente sano (siempre y cuando sea violado por “una autoridad o persona determinada”) están sujetos al recurso de protección (Art. 20). De hecho, con la excepción de algunas decisiones alrededor del derecho a la salud, ni la Corte Suprema ni el Tribunal Constitucional de Chile han tomado grandes pasos hacia la exigibilidad de estos derechos. Y están ausentes del texto otros como el derecho a la vivienda digna, a la alimentación, al agua, al trabajo digno, al desarrollo integral para niños o adolescentes, a la protección de las personas con discapacidad, a la formación profesional y técnica, al acceso a la tierra para los trabajadores rurales y otros que se encuentran en muchas constituciones de la región.

Además, aunque el Tribunal Constitucional y las demás Cortes en Chile tienen la capacidad de proteger contra las violaciones de los derechos; como vimos, el recurso de protección está limitado a ciertos derechos. Más aún, para declarar la inconstitucionalidad de una ley, el Tribunal Constitucional debe actuar por una mayoría de cuatro quintos de los integrantes en ejercicio (Art. 93, 7°). Esta mayoría, ya de por sí prohibitiva, se hace aún más difícil de alcanzar cuando consideramos el tenor conservador que ha tenido el Tribunal desde sus principios. En suma, está claro que el actual texto está escrito para limitar y no para ampliar la intervención de los tribunales en temas tradicionalmente considerados del ámbito de las políticas públicas; temas que, en países vecinos, se han vuelto sujetos de numerosas intervenciones judiciales.

El hecho de que, en contraste, muchos de los tribunales latinoamericanos estén utilizando los DESC para desafiar las decisiones de los gobernantes debería sorprendernos. Según muchos expertos, la aplicación de los DESC estaba más allá de las capacidades incluso de los tribunales robustos del norte global anglosajón. El consenso era que los DESC eran demasiado

policéntricos y complejos,³ demasiado costosos,⁴ demasiado cargados políticamente,⁵ demasiados indeterminados y subjetivos⁶ – en suma, demasiado ajenos al conocimiento y la función del juez para ser objeto del litigio y la exigibilidad judicial. Para peor, otra vez de acuerdo al consenso académico,⁷ se pensaba que los tribunales de América Latina, producto de la tradición del Derecho Civil, a duras penas podían superar sus deficiencias para hacer cumplir la separación de poderes y los derechos políticos y civiles individuales tradicionales.⁸ Eran formalistas, tímidos, dominados por el ejecutivo, expuestos a retaliación y al “court packing”.⁹ Seguramente hacer cumplir los DESC sería una carga demasiado pesada para estos tribunales; seguramente estos derechos se volverían, como tantos otros en la historia constitucional de América Latina, promesas vacías de textos constitucionales más simbólicos que prácticos.

En este breve capítulo, mostraré primero la tendencia hacia el constitucionalismo de los derechos sociales en la región.¹⁰ Demuestro cómo el constitucionalismo latinoamericano hoy ha transformado la relación entre la política ordinaria y la justicia constitucional, como resultado directo de la constitucionalización de los DESC y la judicialización de su aplicación. En este sentido, resalto que los DESC o bien pueden caer dentro de los principios justiciables de una constitución, o pueden servir como meras guías para el desarrollo de la política, sin incorporarlos al ámbito de la justicia constitucional.

En esta primera sección presento un mapa conceptual para ilustrar como los DESC pueden transformar la forma en la cual una constitución estructura la política de un país. Este análisis conceptual nos muestra que los DESC pueden caer dentro de la política cotidiana, donde sólo están expuestos a la exigibilidad política, por medio de elecciones, lobby y demás; o dentro de un espacio que llamo política constitucional, con exigibilidad puramente política pero invitando la retórica y la carga normativa de los derechos y la normativa constitucional; o bien dentro del espacio de la justicia constitucional, con acceso a la retórica de los derechos y plena exi-

³ Horowitz, 1977.

⁴ Sunstein, 1996, p. 225.

⁵ Tushnet, 2004, p. 1895; Tushnet, 2009.

⁶ Waldron, 1993, p. 18–51; Waldron, 2009.

⁷ Véase, por ejemplo, Merryman y Pérez Perdomo, 2007.

⁸ Para una crítica parcial de ese punto de vista, véase Brinks, 2005, pp. 595–622.

⁹ “Court packing” se le llama al proceso de nombrar jueces afines, a menudo tras ampliar el número de escaños en una corte.

¹⁰ La siguiente sección se basa en parte en selecciones de Brinks y Blass, 2018.

gibilidad judicial. La decisión de incluir los DESC en uno u otro espacio va agregando herramientas de exigibilidad, sin quitar las anteriores, a medida que vamos de la política cotidiana, a la política constitucional, a la justicia constitucional. Necesariamente, al hacerlo, limita la libertad de actuación de las coaliciones de gobierno.

B.

Los derechos, la constitucionalización, y la política

Metafóricamente, la constitucionalización de los derechos sociales y económicos, unida a la creación de una justicia más accesible, autónoma y poderosa, amplía el espacio político que ocupa la justicia constitucional en un país. En general, la mayoría de las opciones políticas necesarias para gobernar un país caen en la esfera de la política cotidiana. Estas opciones están confiadas a la actual coalición gobernante, resultante de elecciones periódicas, para la toma de decisiones puramente mayoritarias, con muy poca supervisión por parte de la autoridad constitucional. La decisión de utilizar un sistema tributario más o menos progresivo o regresivo, o de aumentar el salario mínimo o aumentar la pena por ciertos delitos, normalmente está relegada a la política cotidiana, con todas las ventajas e imperfecciones que la democracia puede manifestar en un tiempo y contexto dado.

Otras opciones se someten expresamente al control constitucional y por lo tanto a la esfera de la justicia constitucional. Los ejemplos más clásicos tienen que ver con la protección de la libertad o la propiedad – el proceso que se debe seguir antes de registrar o incautar un inmueble o encarcelar a un acusado, o el grado en que la libre expresión puede ser regulada y limitada. Las discusiones abstractas del constitucionalismo a veces proceden como si lo que es materia de justicia constitucional y lo que es materia de política ordinaria es o debería ser uniforme y universal para cualquier constitución en cualquier contexto. Pero diferentes países enfrentan desafíos fundamentales muy distintos, y diferentes pueblos pueden tener proyectos de justicia constitucional más o menos ambiciosos. Enfrentando la realidad social y económica de sus países, la mayoría de las constituciones del Sur global, en el último medio siglo, han optado por una esfera más amplia de justicia constitucional y han puesto a los tribunales constitucionales al centro de las decisiones que tienen que ver con la justicia social y política de cada país. Si imaginamos estas esferas como un diagrama de Venn concéntrico, la política cotidiana es el círculo externo, más amplio, y la justicia constitucional el círculo interior.

La diferencia entre una esfera y la otra no es, como a veces se imagina, categórica – la diferencia entre “el derecho” y “la política” – sino más bien una de capas sucesivas de estrategias y recursos

políticos e institucionales. Es cierto que en la política cotidiana, la coalición gobernante puede perseguir todos los fines del gobierno que la Cons-

titución no exige o prohíbe sin rendir cuentas a otros que los votantes. Los que definen las opciones y posibilidades son los representantes, los partidos políticos, los lobistas, los activistas, las élites políticas. La rendición de cuentas es episódica y retrospectiva – electoral. Ni el lenguaje constitucional ni los tribunales constitucionales tienen mucho que decir en ese espacio.

El círculo interno, a su vez, define aquellas cuestiones constitucionales que los tribunales están facultados para decidir. Aquí, la coalición gobernante y la mayoría actúan, pero también actúan las minorías con reclamos constitucionales y la sociedad civil organizada; aquí los portavoces son los representantes, pero también los abogados y los jueces; aquí los espacios de decisión claves son las legislaturas, pero también los juzgados. La legislatura y el ejecutivo son, casi siempre, los primeros actores, pero no necesariamente los que tienen la última palabra. La rendición de cuentas electoral no desaparece, por cierto; muchas veces es la intervención judicial la que dispara la dinámica electoral, y la dinámica electoral lo que potencia la respuesta judicial. Tampoco es cierto que los jueces tienen siempre la última palabra, ya que la literatura empírica sobre los tribunales nos enseña que éstos también son producto de y están sujetos a nuestra política cotidiana. Pero sí es cierto que en este espacio las decisiones resultan de un diálogo complejo entre mayorías y minorías, representantes y magistrados, élites legales y políticas, públicos y sociedad civil organizada. Constitucionalizar un tema implica agregar actores, espacios institucionales, discursos y lógicas.

Pero a este esquema tenemos que agregarle una esfera media de temas que son favorecidos por la constitución, pero que no son justiciables, ya que no es cierto que todo lo que se constitucionaliza se vuelve justiciable. Muchas constituciones – especialmente en relación a los DESC – favorecen algunos fines políticos, sin necesariamente hacerlos objeto de justiciabilidad en el sistema de justicia constitucional. A veces la no-justiciabilidad se hace explícita, como con los “principios rectores” de la parte IV de la Constitución de la India, o en el Capítulo II de la Constitución de Nigeria. El derecho a la educación, en la constitución de Chile actual se aproxima a este espacio, ya que está garantizado en el Artículo 19 de la constitución, y expresamente excluido del recurso de protección en el siguiente artículo.

En América Latina, a menudo, la no-justiciabilidad estaba implícita. Por ejemplo, los textos que insistían en que el derecho a la propiedad debía cumplir una función social, implícitamente

“ ”

La legislatura y el ejecutivo son, casi siempre, los primeros actores, pero no necesariamente los que tienen la última palabra. La rendición de cuentas electoral no desaparece, por cierto; muchas veces es la intervención judicial la que dispara la dinámica electoral, y la dinámica electoral lo que potencia la respuesta judicial.

le daban a la coalición gobernante un mandato para expropiar y distribuir la propiedad, pero no necesariamente facultaban a los tribunales para hacerlo. Más bien, limitaban el poder de las minorías de proteger concepciones tradicionales del derecho de propiedad. En este espacio intermedio, la constitución busca transformar la retórica y la concepción política de los fines del gobierno; pero no levanta el estatus de las minorías o de los tribunales del mismo modo en que lo hacen los principios justiciables de la constitución. Un impulso similar para empoderar la política ordinaria sin la superposición judicial se puede ver en las amplias protecciones para trabajadores y ancianos en la Constitución de Argentina de 1949 – la constitución de Perón – las cuales no estaban acompañadas de tribunales fuertes o mecanismos procesales para reclamar los derechos. Estos temas con inflexiones constitucionales se incluyen en la esfera media, la esfera de la política constitucional. Incluir un tema en este espacio implica potenciar a la mayoría, no necesariamente empoderar las minorías. **Cualquier país contemplando la escritura de una nueva constitución, debe decidir donde caben los DESC – ¿en la esfera de la política cotidiana? ¿en la política constitucional? ¿o en el ámbito de la justicia constitucional?**

C. ***El constitucionalismo social en América Latina***

La imagen convencional es que al menos hasta la segunda mitad del siglo pasado, las constituciones de América Latina, y quizás las de la mayoría de los demás países del Sur Global fuera del bloque comunista, siguieron un modelo clásico, liberal, de separación de poderes, con una visión procesal de derechos negativos. El modelo que siguió, entre otros, Chile, con la excepción del intento de inculcar valores católicos a través de la constitución, refleja este modelo. Incluso, la debilidad de los tribunales y de la protección constitucional en muchos países significaba que en la práctica la esfera efectiva de la justicia constitucional era más pequeña aún, hasta prácticamente desaparecer en algunos casos. Esto deja todas las decisiones vinculantes – incluso aquellas sobre temas incluidos en los derechos fundamentales – en manos de quien ejerce el gobierno, sin posibilidad de revisión. **Lo que vemos hoy en América Latina, en contraste, es un nuevo modelo: un constitucionalismo del Sur Global orientado hacia los derechos sociales, con alta justiciabilidad. En efecto, lo podríamos llamar un constitucionalismo social, basado en los DESC.¹¹**

Este constitucionalismo tiene claras raíces históricas y marca una diferencia importante entre el constitucionalismo latinoamericano y lo que he llamado el modelo clásico. Al menos desde 1917, la constitución de México

inaugura una preocupación con el constitucionalismo social. Este constitucionalismo intenta ampliar el ámbito de la política constitucional más allá de los derechos civiles y políticos, para incluir la “cuestión social”, un rubro que incluía las condiciones de trabajo y la preocupación por la distribución de tierras, por ejemplo. Muchas de las constituciones de la región siguieron su ejemplo en la primera mitad del siglo veinte, como muestra GARGARELLA.¹² Si bien es cierto que los documentos recientes han ampliado significativamente el ámbito de la justicia constitucional, a través de la adición de los DESC y el fortalecimiento de la justicia constitucional, las preocupaciones económicas y sociales no son recién llegadas al canon constitucional latinoamericano.

“ ”

La “sala de máquinas”, en la frase de GARGARELLA, del constitucionalismo social del siglo anterior, refleja la tradicional dependencia del Ejecutivo para realizar los proyectos de gobierno, aún los constitucionales. Estos experimentos en el constitucionalismo social en general fueron breves, a menudo interrumpidos por regímenes militares brutales.

En documentos que abarcan desde 1917 hasta finales o mediados del siglo pasado, estas preocupaciones, aún si se enmarcaban como derechos, en general no iban acompañadas de mecanismos efectivos de aplicación. Los tribunales eran más frágiles y los mecanismos procesales para la protección de los derechos, como el amparo mexicano o el mandado de seguridad brasileño, eran débiles y engorrosos – o no existían aún, como la tutela colombiana. La “sala de máquinas”, en la frase de GARGARELLA, del constitucionalismo social del siglo anterior, refleja la tradicional dependencia del Ejecutivo para realizar los proyectos de gobierno, aún los constitucionales. Estos experimentos en el constitucionalismo social en general fueron breves, a menudo interrumpidos por regímenes militares brutales. La reacción violenta tal vez se deba precisamente al hecho que las élites privilegiadas afectadas negativamente por el impulso redistributivo del constitucionalismo social no contaban con una fuerte protección judicial de sus derechos más tradicionales – los civiles y políticos, y de propiedad. Para la década de 1970 los experimentos originales habían sido reemplazados por documentos más restrictivos en países como Guatemala, Argentina y otros, aunque en muchos casos, como el chileno, algunas protecciones laborales y provisiones sociales básicas – salud, educación, previsión social – quedaron sobre la arena cuando retrocedió la marea del constitucionalismo social.

Las últimas cuatro o cinco décadas, por lo tanto, realmente marcan una expansión de los mandatos justiciables para el gobierno de turno, y los mecanismos asociados de rendición de cuentas. Si medimos por lo que está

¹² Gargarella, 2010; Gargarella, 2013.

en el texto, la mayoría de los países del hemisferio sur han optado por un conjunto mucho más inclusivo de derechos positivos, en relación al pasado y por cierto en relación a las constituciones de los países del Norte.¹³ La constitución de Brasil de 1988, por ejemplo, fue inicialmente muy criticada por su excesiva regulación de la política ordinaria, y las que le siguen no han resultado más cortas o menos detalladas. En este último período, entonces, muchas constituciones de América Latina han sometido explícitamente más de los fines del Estado a la supervisión de los tribunales constitucionales, así como de otras instituciones como los Defensores del Pueblo, y los Ministerios Públicos con amplias agendas constitucionales.

Esta atención a los mecanismos de aplicación torna “exigibles” a los DESC – es decir, los vuelve sujeto propio de demanda más que de la mera solicitud – y pone a los tribunales al centro de las estrategias para su realización. *Si hay algo realmente nuevo en el nuevo constitucionalismo del Sur Global es esta preocupación con el marco institucional para reclamar el cumplimiento de los derechos.*¹⁴ Ya en 1985 los integrantes del Comité de Redacción de la Asamblea Constituyente guatemalteca dirían, al concretar su tarea:

*El listado de los derechos humanos, yo creo que no tiene mayor importancia porque es un listado, es decir, no vamos a inventar nada nuevo. En cambio, en los mecanismos y en las instituciones que habremos de crear, eso sí tiene una verdadera importancia, y requiere mucho estudio y mucho trabajo porque es algo innovador. Estoy pensando en un tribunal, en una procuraduría del pueblo, como el que está en España, por ejemplo (...).*¹⁵

Como señaló ÁNGEL PARDO, miembro de la Convención Constituyente Argentina de 1994, en relación a la inclusión de los DESC en la reforma constitucional de ese país:

¹³ Véase, por ejemplo Bilchitz, 2013, pp. 41–94; Bilchitz, 2007; Brinks, Gauri y Shen, 2015, pp. 289–308.

¹⁴ Gargarella sostiene que no ha habido mucha atención a la “sala de máquinas” de las constituciones en América Latina (Gargarella, 2013). Si bien esto puede ser cierto con respecto al equilibrio entre el ejecutivo y el legislativo, no describe la atención que le han dedicado los constituyentes a los nuevos tribunales y dispositivos procesales – véase Brinks y Blass, 2018. Tampoco toma en cuenta las nuevas instituciones fiscales y los nuevos mecanismos de responsabilidad horizontal en general desde la década de los ‘80. Ver: Mainwaring y Welna, 2003; O’Donnell, 2003, pp. 34–54.

¹⁵ Transcripciones de los debates en la Comisión de la Treinta (Asamblea Constitucional de Guatemala, 1985, pp. 36–37).

Aquellos que se quejan de esta reforma lo hacen porque se dan cuenta de que ella significará un daño potencial al establishment al que pertenecen, sobre todo a aquellos liberales que defienden la propiedad privada por sobre los derechos de la sociedad. .¹⁶

En otras palabras, no sólo es más probable que ahora encontremos constituciones que establecen una esfera más amplia de política constitucional, sino que también es más probable que encontremos constituciones que fortalecen los mecanismos de aplicación y rendición de cuentas de los DESC.¹⁷ Como mencionábamos antes, expandir las esferas de interés constitucional implica no tanto sustraer temas de la política ordinaria, sino más bien agregar nuevas voces, nuevas instituciones, y un nuevo lenguaje de rendición de cuentas, a un número cada vez más grande de temas.¹⁸ En efecto, en las décadas de 1980 y 1990, los constituyentes latinoamericanos ya no confiaron estos objetivos a las mayorías gobernantes. Se hicieron cargo de la crítica que las meras palabras en el papel eran insuficientes para motivar a los que estaban en el poder, y se centraron en fortalecer los mecanismos institucionales que podrían convertir la letra muerta en acción. Se dirigieron, por tanto, a la expansión del ámbito de la justicia constitucional, convirtiendo a los tribunales constitucionales y otros actores legales en actores centrales en la gobernanza de esos temas. Aunque las coaliciones de gobierno siguen teniendo la primera oportunidad de abordar estos problemas, las nuevas constituciones reducen la gama de resultados posibles al exponer las políticas públicas a los argumentos y procesos de supervisión constitucionales, incluidos los judiciales.

Una forma de visualizar el cambio es ver qué países incorporaron DESC adicionales entre 1975 y 2009, qué países dotaron a sus tribunales de poderes adicionales, y cuáles hicieron ambas cosas. Podemos hacer una identificación aproximada de las constituciones que han incluido más derechos sociales y económicos simplemente contando el número de derechos en las constituciones. Es algo más difícil clasificar los poderes de aplicación de cada corte, ya que las clasificaciones tradicionales como el control abstracto y concreto a menudo dicen muy poco acerca de la capacidad de las cortes

¹⁶ Transcripción de Debates, p. 2907.

¹⁷ Ver, por ejemplo, Brinks et al., 2015.

¹⁸ Gauri y Brinks definen la “legalización de la política” como “la medida en que los tribunales y los abogados (...) se convierten en actores relevantes, y el lenguaje y las categorías del derecho y los derechos se convierten en conceptos relevantes, en el diseño e implementación de las políticas públicas” (Gauri y Brinks, 2008, p. 4). Continúan diciendo (p.5) que: “los tribunales con más frecuencia añaden un actor relevante y consideraciones relevantes, antes que quitarle el poder de toma de decisiones a otros actores”.

para desafiar el statu quo e imponer otra visión de la justicia constitucional. Por lo tanto, utilizo una escala de cinco valores para clasificar los diferentes sistemas en cuanto a la robustez de sus mecanismos de ejecución judicial.

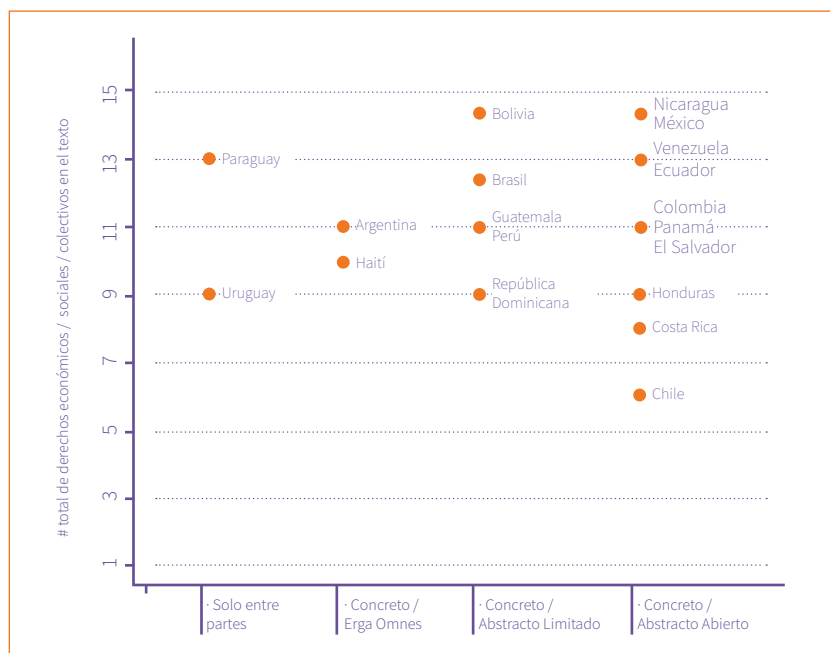
Las últimas décadas han marcado un cambio de un modelo civilista tradicional de decisiones individuales con efectos puramente inter partes, hacia un modelo en el que las decisiones de los tribunales pueden tener efectos más generales, ya sea declarando la inconstitucionalidad de las leyes en abstracto o haciendo que las decisiones en casos individuales sean vinculantes erga omnes (como es la norma en los sistemas de derecho común basados en precedentes o stare decisis). Además, hay un movimiento para abrir la jurisdicción abstracta de los tribunales constitucionales a la ciudadanía en general, en vez de restringirla a las élites políticas. Combinando estos elementos, podemos clasificar los países en una escala como muestra la siguiente tabla:

Tabla 1: Clasificación de los poderes de aplicación de los tribunales constitucionales

Puntaje	Descripción
1	Tribunales con capacidad nula o muy limitada para declarar inconstitucionales leyes o acciones ejecutivas. Ejemplos: Guatemala y Nicaragua, entre otros, durante períodos de excepción. Varias cortes del siglo diecinueve.
2	Tribunales para los cuales: (a) el texto especifica que las decisiones sólo tienen efectos inter partes; o (b) cuando el texto le concede a los tribunales una ‘acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad’ únicamente, sin especificar efectos erga omnes (esta causa tradicionalmente sólo tiene efectos inter partes). Por ejemplo: (a) muchos tribunales del siglo veinte, incluido México; y (b) la Corte Suprema de Chile.
3	Tribunales sin revisión abstracta, pero que tienen: (a) amparo/tutela; o (b) la capacidad general de revisión concreta y no se especifica nada sobre el efecto de una decisión. Por ejemplo: (a) Brasil antes de 1964; y (b) Argentina.
4	Tribunales con alguna versión de revisión abstracta, además del amparo o revisión concreta, pero con limitado acceso a la revisión abstracta (ya sea limitado al presidente para remitir un proyecto de ley por inconstitucionalidad, o a actores enumerados, como un subconjunto de la legislatura y ciertos funcionarios gubernamentales). Ej.: Perú, Panamá hasta 2009; Bolivia 1994; o Brasil antes de 1988.
5	Tribunales para los cuales el texto especifica que las decisiones de inconstitucionalidad tienen efecto vinculante para todos los poderes públicos, o que tienen revisión abstracta o su equivalente (cuando el texto especifica que el resultado de una decisión es la nulidad de la ley declarada inconstitucional); y las acciones que producen estos efectos están abiertas a la población en general. Ej.: Colombia, después de 1945; o Ecuador 2008.

La siguiente figura muestra el número de derechos económicos sociales y culturales incluidos en la constitución de cada país en 2009 en el eje vertical. El eje horizontal presenta la escala que muestra la Tabla 1.

Figura 1: Países clasificados de acuerdo al número de DESC y cualidades de su tribunal superior.



Con la única excepción de El Salvador y Costa Rica,¹⁹ que no han cambiado la letra constitucional desde 1975, todos estos países han agregado derechos o mecanismos para su aplicación, o ambos, para terminar donde están hoy. Todos los países de la región, incluso Chile, tienen algunos derechos sociales y económicos, legado del constitucionalismo social latinoamericano, como se mencionó anteriormente, pero los países del cuadrante superior derecho además han agregado DESC y con especial atención a los derechos culturales. Los países que tienen tanto un conjunto amplio de derechos como mecanismos sólidos de aplicación (Nicaragua, México, Colombia, Guatemala, Ecuador, Bolivia y Venezuela), tienen los elementos procesales y jurídicos para hacer cumplir los DESC – sujeto, por supuesto a la

¹⁹ Como veremos en un momento, Costa Rica ha agregado derechos a través de la interpretación judicial y la incorporación de tratados de derechos humanos a su jurisprudencia interna. También tiene una sala constitucional nueva y muy activa en su Tribunal Supremo. Pero según los criterios muy limitados que utilicé en esta figura, no ha cambiado.



Chile sigue siendo un verdadero outlier, con un número limitado de derechos a pesar de los atributos importantes que tiene su Tribunal Constitucional. De hecho, la Constitución chilena tiene mecanismos que son, en cierta forma, la contracara de los DESC.

realidad política y judicial de cada país. Argentina aparece rezagada en el gráfico, porque no incluye una lista de derechos tan amplia como las otras constituciones, pero si contáramos todos los DESC incluidos en los tratados internacionales que Argentina ha incorporado explícitamente en su Constitución, se elevaría al nivel más alto en el gráfico.

Por otra parte, en 1994 Argentina incluye expresamente el derecho de presentar un amparo colectivo en defensa de los derechos difusos y colectivos. Esto le ha dado a sus tribunales un poderoso mecanismo para abordar amplios temas

de política pública. Si consideráramos la tutela de los derechos difusos y colectivos como una herramienta especial para hacer cumplir los compromisos constitucionales en forma más abstracta, Argentina avanzaría hacia la derecha en el gráfico y terminaría aproximadamente en el mismo espacio que Bolivia.

Por el otro lado, países como Chile, Costa Rica, y Honduras se han mostrado reacios a añadir demasiados derechos sociales y económicos, incluso a medida que iban fortaleciendo los atributos jurisdiccionales de sus cortes. Costa Rica comenzó el período con fuertes mecanismos procesales pero una corte relativamente débil, y después añadió una cámara constitucional, la Sala IV, que encontró maneras de hacer cumplir algunos DESC, como el derecho a la salud, encontrándolos implícitos en el derecho a la vida. Aunque este país ha firmado todos los tratados internacionales, no ha sumado muchos DESC a su Constitución. Chile sigue siendo un verdadero outlier, con un número limitado de derechos a pesar de los atributos importantes que tiene su Tribunal Constitucional. De hecho, la Constitución chilena tiene mecanismos que son, en cierta forma, la contracara de los DESC. Requiere una ley orgánica en temas de política educativa o tributaria, entre otros, imponiendo requisitos cuasi constitucionales y dificultando la formulación y adaptación de políticas democráticas en aquellas áreas sin un lenguaje correspondiente de exigibilidad a través de derechos. Este mecanismo crea actores de veto en estos temas, sin una correspondiente exigibilidad en cuanto a la provisión de educación o la redistribución de ingresos.

Mientras tanto, ni Paraguay ni Uruguay han adoptado el nuevo constitucionalismo de derechos sociales, prefiriendo retener una lista corta de derechos y un tribunal con pocas atribuciones para hacer cumplir los derechos que existen. La Sala Constitucional de Paraguay, por ejemplo, tiene el

derecho y el deber de “decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes (...) declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto, con una sentencia que sólo surtirá efecto en ese caso” (Art. 260 (1), énfasis mío). Del mismo modo, la constitución del Uruguay dice: “La decisión del Tribunal Supremo de Justicia [sobre la inconstitucionalidad de una ley] se referirá exclusivamente al caso concreto, y sólo tendrá efecto en el procedimiento en el que se produce” (Art. 259). En estos países, el rol limitado otorgado a los tribunales para hacer cumplir los DESC sugiere un modelo constitucional más parecido al antiguo constitucionalismo social: una esfera expandida de política constitucional, pero una esfera limitada de justicia constitucional.

Como se señaló anteriormente, **algunos países han complementado la enumeración de derechos con la incorporación de los tratados internacionales.** La Constitución de Perú de 1979 disponía que “los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional” (Art. 105). Argentina, de hecho, incorporó una lista extensa de tratados en el Artículo 75, en 1994, incluyendo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nicaragua también incorporó este pacto en 1987, en el Artículo 46. Bolivia en 2002 añadió una cláusula al artículo 6 de la Constitución que dispone que los derechos fundamentales deben ser interpretados y aplicados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros acuerdos internacionales sobre derechos humanos. El artículo 27 de la constitución de Venezuela de 1999 extiende la protección del amparo a las violaciones de tratados internacionales de derechos humanos. Del mismo modo, el artículo 19 de la Constitución de Haití de 1987 establece que “El Estado tiene la obligación absoluta de garantizar el derecho a la vida, la salud, y el respeto de la persona humana a todos los ciudadanos sin distinción, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”. Incluso aquellos países que no han incorporado estos documentos en su constitución han firmado los diversos acuerdos.

D. **Conclusión**

Es obvio que no todos los países que aparecen en el párrafo anterior han promovido vigorosamente los DESC, ya sea por la vía política o la judicial. Las constituciones son cartográficas – mapas de un futuro posible – y no garantías de resultados. En algunos países, la debilidad de los DESC en el esquema político y jurídico es el resultado de claras decisiones plasmadas en el diseño constitucional. En otros, el problema no es institucional sino político. Y en todavía otros, los jueces no han aceptado la clara invitación de los constituyentes, otra vez por razones políticas e institucionales. La realización de la normativa constitucional se apoya en un armazón institucional y político apropiado para el desarrollo de una cultura constitucional que realmente pone los DESC al centro de la agenda judicial, pública y política. La inclusión de los DESC en la constitución habilita a las mayorías a perseguir su realización y empodera a las minorías a exigir pasos concretos en ese sentido. Pero el trabajo de construir un entorno social, económico y político acorde con los DESC sigue siendo el trabajo de la política.

En todo caso, es evidente que la mayoría de los países de América Latina han decidido construir un fundamento constitucional para priorizar los DESC en la política y en los procesos judiciales. Esto fue acompañado por un esfuerzo consciente en muchos casos por fortalecer los mecanismos jurídicos, aunque no necesariamente es cierto que los constituyentes anticipaban la atención judicial a los DESC que hemos visto en las últimas décadas. En algunos casos, en efecto, los DESC están destinados al espacio que he denominado de política constitucional, y no el de la justicia constitucional. En otros, los tribunales han aceptado el desafío de ser más relevantes en relación a estos temas. A medida que crece su experiencia con estos derechos, están diseñando mecanismos procesales y jurídicos cada vez más innovadores para buscar la realización de los DESC. Su trabajo ha generado desafíos y rechazos por parte de los políticos, y muchas veces un apoyo popular importante. Queda por ver si continuarán o no con esta tendencia, si encontrarán o no nuevas formas de hacer efectivas sus intervenciones, y si encontrarán formas de superar las tormentas de la oposición política.

• BIBLIOGRAFIA

- Asamblea Constitucional de Guatemala (1985)
Transcripciones Comisión de la Treinta, I(4):36-37.
- Bilchitz, D. (2007)
Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights.
Oxford: Oxford University Press.
- Bilchitz, D. (2013)
'Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice' en
Bonilla Maldonado, D. (ed.) Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia. New York: Cambridge University Press.
- Brinks, D. (2005)
'Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina: The Beginning of a New Millennium?', Texas International Law Journal, 40(3):595–622.
- Brinks, D. y Blass, A. (2018)
The DNA of Constitutional Justice in Latin America: Politics, Governance and Judicial Design. New York: Cambridge University Press, 2018.
- Brinks, D., Gauri, V. y Shen, K. (2015)
'Social Rights Constitutionalism: Negotiating the Tension between the Universal and the Particular', Annual Review of Law and Social Science, 11:289–308.
- Gargarella, R. (2010)
The legal foundations of inequality: constitutionalism in the Americas, 1776-1860. Cambridge;
New York: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (2013)
Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution.
New York: Oxford University Press.
- Gargarella, R. y Huebner Mendes, C. (eds.) (2021)
The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America.
Oxford University Press.
- Gauri, V. y Brinks, D. (2008)
Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World.
New York: Cambridge University Press.

- Horowitz, D. (1977)
The Courts and Social Policy. Washington: Brookings Institution.
- Mainwaring, S. y Welna, C. (2003)
Democratic Accountability in Latin America.
Oxford: Oxford University Press.
- Merryman, J.H. y Pérez Perdomo, R. (2007)
The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of
Western Europe and Latin America.
Stanford: Stanford University Press.
- O'Donnell, G. (2003)
'Horizontal Accountability: The Legal Institutionalization of
Mistrust' en Mainwaring, S. y Welna, C. (eds.), Democratic
Accountability in Latin America.
Oxford: Oxford University Press, pp. 34–54.
- Sunstein, C. (1996)
'Against Positive Rights' en Sajó, A. (ed.) Western Rights?
Post-Communist Application. Kluwer Law International.
- Tushnet, M. (2004)
'Social Welfare Rights and Forms of Judicial Review',
Texas Law Review, 82:1895.
- Tushnet, M. (2009)
Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare
Rights in Comparative Constitutional Law.
Princeton University Press.
- Waldron, J. (1993)
'A Rights-Based Critique of Constitutional Rights',
Oxford Journal of Legal Studies, 13(1):18–51.
- Waldron, J. (2009)
'Socio-Economic Rights and Theories of Justice' en Pogge,
T. (ed.), Freedom from Poverty as a Human Right.
Paris: UNESCO Vol. 2.



Las nuevas dimensiones de los DESCAs en el Sistema Interamericano: Vectores imprescindibles para el proceso constituyente de Chile 2021

Isaac de Paz González²⁰

DOI: 10.53110/JNHM2888

A. Introducción: Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) se han consolidado como derechos exigibles y justiciables a través de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La construcción jurisprudencial de los DESCAs ha sido sistemática e integradora, pues se han apoyado en el derecho internacional de los derechos humanos, en la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en diversos instrumentos regionales y en sus protocolos adicionales.

Un primer rasgo de los DESCAs en el sistema interamericano es que emergen como reivindicaciones comunitarias e individuales de carácter político y jurídico con la clara intención de impregnar los marcos legislativos nacionales e influir en su protección ante las altas cortes nacionales. No se puede pasar por alto que su contenido implica una visión de justicia social a favor de los sectores más desprotegidos por las políticas estatales que han privatizado servicios básicos encapsulados en los DESCAs en detrimento de pueblos indígenas, mujeres y niños, niñas y adolescentes (NNA), todos ellos en situación de vulnerabilidad.

²⁰ Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma de Baja California, <https://orcid.org/0000-0002-2267-5629>, e-mail: isaac.depaz@uabc.edu.mx.

De la misma manera, la visión interamericana da solidez a sus fundamentos normativos y su interpretación es un elemento sine qua non de los sistemas constitucionales democráticos que buscan proporcionar al ser humano condiciones de vida con sentido integral y con dignidad en el plano de las relaciones con el Estado, de acuerdo a los estándares adecuados de vida como parte de las obligaciones previstas en los artículos 26 CADH, en relación con el 2 y 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).²¹

En este capítulo describiré los rasgos más importantes de cuatro categorías de sentencias sobre: derechos de los pueblos indígenas, derecho a la educación y salud, derechos ambientales, y derechos laborales y seguridad social. Estas directrices tienen un valor vinculante para los Estados Parte de la CADH y – en consecuencia – constituyen vectores imprescindibles para el proceso constituyente de Chile en 2021.

B. **Complicidad económica y desigualdad**

La jurisprudencia interamericana sobre pueblos indígenas y tribales les ha reconocido su calidad pre-estatal como pobladores originarios²² con pleno derecho a la propiedad (tierra y territorios) y como poseedores de costumbres, cosmovisión, cultura y un modo de subsistencia dentro de un entorno determinado que goza de protección jurídica. Mediante esta conceptualización que funde la tradición civilista del derecho a la propiedad mediante la humanización del derecho internacional,²³ la Corte ha subrayado las obligaciones de los Estados Parte de la CADH siguiendo las reglas interpretativas del Artículo 29 (d) de conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para dar viabilidad al derecho a la consulta, la identidad cultural y la importancia de los territorios como parte de la subsistencia de los pueblos indígenas.²⁴

Dicho énfasis se hizo notar en el primer caso mundial sobre derechos indígenas bajo el doble aspecto supra-individual y colectivo: *Mayagna Sumo v. Nicaragua*, en el que la Corte IDH sobrepuso el elemento conservacional

²¹ Que señala “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.”

²² Véase la convergencia ius publicista y centrada en los intereses tanto individuales-comunitarios que propuso el Juez García Ramírez en el caso *Mayagna Sumo* (De Paz González, 2018, p. 52).

²³ Según el análisis que realiza el juez A. A. Cançado Trindade en su Opinión Separada del caso Corte IDH, *Sawhoyamaya v. Paraguay*, párr. 31.

²⁴ A mayor abundamiento véase Duhaime y Décoste, 2020, pp. 159 y 540.

de la propiedad indígena a la visión de explotación; y luego, en la trilogía de casos contra Paraguay,²⁵ quedaron establecidos los lineamientos sobre las obligaciones del Estado para identificar, demarcar, titular y entregar los territorios de los pueblos del Chaco paraguayo para favorecer una concepción integral de sus derechos bajo el prisma de “vida digna” con acceso a servicios de educación intercultural, salud, vivienda y agua potable para la subsistencia.²⁶

Cabe señalar que, en cuanto a la categoría jurídica ‘territorio’, prevista en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 (Artículos XIX y XXV), el enfoque amplio de la Corte IDH no lo reduce a una porción de terreno, sino que incluye los ríos, lagos, plantas, animales, y lugares con valor espiritual o ceremonial para la cosmovisión indígena y tribal. Así, el “territorio” adquiere un valor integral como fuente de alimentación, identidad cultural y supervivencia de los pueblos y sus futuras generaciones.²⁷

La Corte IDH también ha desarrollado una línea jurisprudencial que delimitó las obligaciones de los Estados cuando se trata de concesiones, proyectos extractivos, presas, permisos de explotación y otro tipo de obras públicas o privadas que pueden afectar su propiedad y los territorios. En este aspecto, la Corte IDH no ha interpretado que los Estados son dueños absolutos y originales de los territorios indígenas y, en cambio, ha dejado en claro que todo proyecto, permiso u obra que les afecte, debe contar con el consentimiento previo de los pueblos mediante el derecho a la consulta; que (de acuerdo al Artículo 21 de la CADH en relación con los artículos 6, 7 y 13 el Convenio 169 de la OIT) debe ser: previa, libre, informada, mediante un diálogo horizontal, de buena fe, con la intención de llegar a acuerdos y con pleno conocimiento de las ventajas y desventajas; pero sobre todo, la consulta debe reivindicar los beneficios del proyecto a favor de los pueblos.

En este aspecto, es importante mencionar que la Corte IDH no ha fijado límites a la noción de “quién es” un pueblo indígena o tribal, pues el con-



en cuanto a la categoría jurídica ‘territorio’, prevista en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 (Artículos XIX y XXV), el enfoque amplio de la Corte IDH no lo reduce a una porción de terreno, sino que incluye los ríos, lagos, plantas, animales, y lugares con valor espiritual o ceremonial para la cosmovisión indígena y tribal.

²⁵ De Paz González, 2018, p. 52.

²⁶ Corte IDH, *Xákmok Kasék v. Paraguay*, párr. 194, 216 y 217.

²⁷ Así se ha sostenido desde el caso *Mayagna Sumo v. Nicaragua* hasta el *Lhaka Honhat v. Argentina*. Cfr. *Lhaka Honhat v. Argentina*, Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer-MacGregor, párr. 10-15.

cepto tiene que ver más con factores sociológicos y etnográficos por lo que prevalece el criterio de auto-adscripción.²⁸

Por otro lado, en los casos Kichwa de Sarayaku v. Ecuador y Kaliña Lokono v. Surinam, la Corte IDH reconoció que el derecho colectivo a la propiedad indígena y tribal cuenta con la protección inherente del derecho a la consulta frente a medidas estatales que anteponen la explotación –que llevan a cabo empresas particulares– sobre el uso sustentable del territorio indígena o tribal. No obstante, fue hasta el año 2020 en el caso Lhaka Honhat v. Argentina que la Corte IDH estableció la relación inseparable entre propiedad indígena y el medio ambiente; ya que se reconoció el derecho ancestral de 132 comunidades a mantener sus tierras y sus territorios de forma interdependiente con los siguientes derechos: libre circulación, residencia; al agua y a la alimentación adecuada. Todo ello inscrito en un hábitat en el que desarrollan actividades económicas y culturales que garantizan su supervivencia.³⁰

Para enfocar los problemas de derechos humanos creados por las empresas en territorios indígenas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) se ha referido a la debida diligencia para evitar que las empresas lesionen o destruyan el territorio indígena bajo los siguientes aspectos:

- Universalidad, Indivisibilidad, Interdependencia e Interrelación de los Derechos Humanos.
- Igualdad y no discriminación.
- Derecho al desarrollo.
- Derecho a un medio ambiente sano.
- Transparencia y acceso a la información.
- Prevención y debida diligencia en materia de derechos humanos.
- Consulta libre, previa e informada y mecanismos generales de participación.
- Rendición de cuentas y efectiva reparación.
- Combate a la corrupción y a la captura del Estado.³¹

²⁸ La autodescripción proviene del artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT y es relevante cuando las autoridades pretenden desconocer el “carácter indígena” a personas o pueblos que posiblemente no conservan la originalidad de los rasgos culturales de sus antepasados.

²⁹ Corte IDH, Caso Kichwa de Sarayaku v. Ecuador, hechos y contexto.

³⁰ Corte IDH, Comunidades Lhaka Honhat v. Argentina, pár. 200-201.

³¹ Comisión IDH, 2020, p. 33-39.

En este sentido, y si tomamos en cuenta que los pueblos indígenas resguardan zonas de gran importancia biológica, se justifica la adopción del enfoque interamericano con obligaciones específicas de los Estados Parte de la CADH, de acuerdo a los artículos 1, 2, 21, 25 y 26 de la CADH con el objeto de:

- Adjudicar por las vías administrativas o judiciales posibles; y respetar el derecho a la propiedad de los pueblos y grupos tribales con un enfoque supraindividual del territorio, por sus buenas prácticas sobre conservación y mantenimiento de los servicios ambientales.
- Evitar interferencias o creación de infraestructura que ponga en peligro la supervivencia del pueblo o que no le aporte ningún beneficio.
- Garantizar por la vía legislativa y judicial la protección integral de sus territorios frente a las injerencias de particulares; y
- Establecer el derecho a la consulta de los pueblos indígenas siguiendo los lineamientos del Convenio OIT 169.

En cuanto a la discriminación estructural, la Corte IDH ha sido enfática sobre violaciones graves a la integridad personal, el derecho a la vida, el acceso a la justicia y al debido proceso en diversas sentencias contra pueblos indígenas. Los casos de Masacres de Plan de Sánchez v. Guatemala (2004), Masacres de Ituango v. Colombia (2005), Masacres de Mapiripán v. Colombia (2006), Masacres de Pueblo Bello v. Colombia (2006), Comunidad Moiwana v. Surinam (2005), Masacre de ‘Las Dos Erres’ v. Guatemala (2009), Masacres de ‘Rio Negro’ v. Guatemala (2012), Masacres del Mozote y lugares cercanos v. El Salvador (2012), Masacre de Santo Domingo v. Colombia (2012), tienen el mismo indicador: el uso indiscriminado de la fuerza y la privación de la vida (junto con la desaparición forzada) en contra de mujeres, hombres, y NNA de comunidades y pueblos mayormente indígenas, tribales y comunidades afrodescendientes. Tomando ese contexto, la Corte IDH ha establecido una doctrina amplia de reparaciones sobre derechos sociales para hacer efectivos: el esclarecimiento de los hechos, el derecho a la verdad como parte de un derecho individual y colectivo, la sanción a los responsables y la reparación de los daños causados a las comunidades, tanto en forma individual y colectiva.

Entre las reparaciones más relevantes, a la luz de las obligaciones generales de los Estados la Corte ha emitido lineamientos sobre acciones políticas, legislativas y judiciales a favor de los pueblos indígenas y tribales; tales como:

- Proporcionarles servicios integrales de salud, educación intercultural y vivienda.³²
- Establecer programas de mejoras en el sistema de las vías de comunicación públicas; acceso a servicios públicos de agua y luz. ³³
- Emitir disposiciones de derecho interno para investigar los actos violatorios de derechos humanos que se perpetraron en su contra. ³⁴

Por otro lado, en *Norín Catrimán v. Chile* emergió el análisis estructural de la Corte IDH. Los factores fueron el tratamiento de terroristas hacia los líderes mapuches, y el manejo de los medios de comunicación que propiciaron estereotipos desfavorables que “deslegitiman la reivindicación de los derechos territoriales del Pueblo Mapuche o califican su protesta social de forma generalizada como violenta o la presentan como generadora de un conflicto”.³⁵ Aunque el fondo de la sentencia interamericana no versó sobre la discriminación estructural, propició una discusión constructiva en torno a la efectividad del derecho internacional de los derechos humanos dentro del sistema jurídico chileno. Lo anterior debido a que, en acatamiento al fallo de la Corte IDH, en mayo de 2019, las sentencias penales dictadas en contra de los integrantes del Pueblo Mapuche fueron dejadas sin efectos por la Suprema Corte de Chile.³⁶

³² Corte IDH, Caso de Masacres el Mozote y lugares aledaños v. El Salvador, 2012, pár. 403 y 406.

³³ *Ibíd*, pár. 339.

³⁴ De Paz González, 2018, pp. 43-47.

³⁵ Corte IDH, *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*, 2014, pár. 93.

³⁶ Corte Suprema de Chile, 2019.

La fortaleza de la jurisprudencia DESC de la Corte IDH comenzó su desarrollo desde el caso Niños de la Calle v. Guatemala (1999) en el que interpretó que el Artículo 4 CADH contiene una acepción del derecho a la vida “digna”, con un sentido que no se puede reducir a la integridad personal de los NNA como obligación negativa del Estado, sino que debe tomarse en cuenta su proyecto de vida en la sociedad a la que pertenecen.

La apreciación normativa sobre la “vida digna” ha sido relevante cuando se trata de grupos en situación de vulnerabilidad a quienes se les niegan con mayor intensidad los DESC. Así quedó reconocido implícitamente en el caso del Instituto de Reeducación del menor v. Paraguay, en donde la Corte IDH reveló patrones de exclusión sistemática de los derechos de niños privados de su libertad. En el caso de las niñas Yean y Bosico v. Republica Dominicana, la Corte IDH reconoció la interdependencia de los derechos de nacionalidad, nombre, acceso a la justicia, y el reconocimiento de la personalidad jurídica como parte esencial del interés superior de los NNA.

Recordemos que en Ximenes Lopes v. Brasil, la Corte IDH ya se había referido a las obligaciones del Estado para supervisar los servicios médicos prestados por los particulares, debido a la eficacia horizontal de las normas de derechos humanos (erga omnes) de la CADH. Bajo este esquema, la Corte señaló que tales directrices obligan a los particulares por lo que el Estado debe supervisar, obligar y evitar que actúen contra la integridad o la vida otros particulares.

Más tarde, en Suárez Peralta v. Ecuador (2013), el voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor advertía la necesidad de reconocer la autonomía de los derechos sociales porque gozan del mismo reconocimiento y estructura de los derechos civiles y políticos y porque tanto los instrumentos nacionales como internacionales así los han reconocido.³⁷

En González Lluy et al v. Ecuador se dijo en definitiva que los servicios de salud prestados por clínicas particulares deben ser bajo el enfoque interpendiente de los derechos humanos. Y sobre el derecho a la educación, la Corte IDH estableció que es un derecho integral que debe ser impartido:

- Sin prejuicios de ningún tipo.
- No debe ser negado a ningún NNA que padezca alguna enfermedad (como el VIH).
- Debe fomentar la inclusión y no discriminación.

³⁷ Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (Corte IDH, Caso Suárez Peralta v. Ecuador, pár. 24, 27, 29, 31 y 64).

C.

Los derechos a la educación y la salud

Los principales aportes del caso González Lluy son tres: el reconocimiento de la autonomía normativa e interpretativa de la salud y la educación como derechos exigibles y justiciables; y el análisis “interseccional” de las violaciones a los derechos humanos de Talía y su familia. Mediante el método interseccional, la Corte IDH subrayó que a partir de las violaciones al derecho a la salud sucesivamente, Talía y su familia padecieron discriminación; a ella y a su hermano se les negó el acceso a la educación, y su familia no pudo tener una vivienda, tampoco tuvieron acceso a la justicia.

En este aspecto, Gonzales Lluy puede servir de referente a un reconocimiento normativo de la metodología de análisis interseccional³⁸ – en sede nacional a través de la Constitución o leyes – como principio procesal que complemente la visión interdependiente de los derechos humanos; no solo en la judicialización sino en el diseño de política pública orientada a los DESCA.

Otro aporte significativo sobre el derecho a la salud (ligado en el sistema penitenciario) fue el caso Chinchilla Sandoval v. Guatemala, en el que la Corte IDH emitió pautas esenciales para proteger la vida y la salud de las personas privadas de su libertad, sobre todo cuando se trata de mujeres con alguna enfermedad crónica en entornos de vulnerabilidad como las prisiones. Así, la Corte reconoció la necesidad de hacer más eficiente el trabajo coordinado entre autoridades administrativas, judiciales y de salud en procedimientos que involucren situaciones de servicios médicos a personas con discapacidad que estén sometidas a medidas privativas de libertad.³⁹

Pero fue hasta 2018 en que el derecho a la salud tuvo su enfoque de justiciabilidad directa conforme al artículo 26 de la CADH. En Cuscul Pivaral v. Guatemala. La Corte señaló que los Estados deben cumplir con el principio de no regresividad y progresividad de las obligaciones estatales en torno a la salud de personas con VIH e incorporó en su argumentación una de las premisas del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales “que coincide con la interpretación realizada por el Comité DESC sobre el alcance y naturaleza del artículo 2.1”,⁴⁰ y mediante la “interpretación literal, sistemática y teleológica permite concluir que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA”.⁴¹ Asimismo, mediante los principios de interdepen-

³⁸ Las vertientes universalistas, posibilidades procedimentales y sustanciales de la interseccionalidad aplicada en contextos de derechos sociales, equidad y género, se estudian en Atrey y Dunne, 2020.

³⁹ Corte IDH, Chinchilla Sandoval v. Guatemala, 2016, pár. 59-64.

⁴⁰ Corte IDH, Cuscul Pivaral v. Guatemala, 2018, pár. 80.

⁴¹ Ibíd, pár. 97.

dencia e indivisibilidad, la Corte IDH establece que la interpretación de los DESCAs es plenamente compatible con el objeto de la CADH.⁴²

En 2018 la Corte IDH también falló el caso Poblete Vilches v. Chile y, bajo las directrices de justiciabilidad del artículo 26 de la CADH, estableció la relación interdependiente entre los servicios de salud, el derecho a la información y la protección de la vida de las personas adultas mayores. En particular, y siguiendo los estándares de los DESCAs a nivel internacional y de acuerdo con las Observaciones Generales 14 y 16 del Comité DESC de la ONU, sobre la aceptabilidad, disponibilidad, calidad, y accesibilidad, la Corte definió los alcances de derecho a la salud y en situaciones de emergencia para las personas adultas mayores.⁴³

Hasta ahora (2021) la Corte IDH sólo se ha pronunciado sobre la aplicación directa de los derechos ambientales en el caso de las comunidades Lhakha Honhat con autonomía plena y por su relación con los derechos colectivos. No obstante, la Opinión Consultiva OC-23/17 fijó vectores con un enfoque interdependiente de las obligaciones de los Estados de prevención, precaución y cooperación ambiental. Como un primer parámetro, la Corte estableció directrices para los Estados frente a posibles daños al medio ambiente, a efectos de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal.⁴⁴ En particular, la Corte IDH explica el contenido de las obligaciones de precaución que son: En cuanto al principio de pro-

- Prevenir daños ambientales mediante la regulación de actividades que entrañan riesgos para la salud (...). Los Estados están en la obligación de regularlas de manera específica y que dicha regulación incluya mecanismos de supervisión y fiscalización.⁴⁵
- Normas de regulación vinculantes para los Estados: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer un plan de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental.⁴⁶

D.

Derechos ambientales

⁴² Ibíd.

⁴³ Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 2018, pár. 118-121.

⁴⁴ Corte IDH, OC-23/17, pár. 108 y ss.

⁴⁵ Ibíd, pár. 144.

⁴⁶ Ibíd, pár. 123 y ss.

teger de manera eficiente el medio ambiente, la Corte señaló que los Estados “deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica”.⁴⁷

Un punto convergente que complementa la visión ambiental de la Corte IDH es el acceso a la justicia, la participación política y su relación con el medio ambiente. En el caso Claude Reyes v. Chile por primera vez se hizo alusión a la importancia de la información ambiental como derecho consagrado en el artículo 13 de la CADH y su relación con el análisis y la evaluación de los factores comerciales, económicos y sociales debido a los proyectos de deforestación y sus efectos nocivos para Chile.⁴⁸

“ ”

Un punto convergente que complementa la visión ambiental de la Corte IDH es el acceso a la justicia, la participación política y su relación con el medio ambiente.

Esta relación tripartita (información-ambiente-participación) cobra importancia capital en los contextos de proyectos extractivos que dañan el ambiente y la vida comunitaria por lo que el acceso a la información pública se vuelve un factor clave para propiciar la democracia ambiental

como un mecanismo social inclusivo en un momento planetario crítico que enfrenta el cambio climático.

En definitiva, el enfoque de la Corte IDH en la OC-23/17 consistió en integrar todos los argumentos que se desprenden de la normatividad ambiental internacional⁴⁹ con la intención de establecer un enfoque universal como parte de la voluntad jurídica y política de los Estados para mejorar las condiciones ambientales y, a su vez, proteger la vida humana.

⁴⁷ Ibíd., B.5 Conclusiones con respecto de las obligaciones de los Estados.

⁴⁸ Corte IDH, caso Claude Reyes y otros v. Chile, 2006, pár. 57.13.

⁴⁹ Por mencionar solo algunos instrumentos citados por la Corte IDH: Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe, la Convención de Ramsar y otros.

Un aspecto peculiar de la construcción jurisprudencial de los DESCAs en la Corte IDH es que – implícitamente – ha sometido a juicio a las medidas económicas de privatización y supresión de empresas públicas. De la lectura sistemática de los hechos expuestos⁵⁰ en los casos de los Cinco Pensionistas, Acevedo Buendía, el caso de Trabajadores cesados del Congreso, y el caso Canales Huapaya, se desprende que Fujimori estableció medidas coercitivas en contra de trabajadores del Estado, suspendió la Constitución, disolvió el congreso, liquidó empresas del Estado, e impidió los efectos de las leyes procesales para que los trabajadores pudieran hacer valer sus derechos y acceder a la justicia.⁵¹

Esta referencia nos lleva a tomar en cuenta que el poder político debe tener directrices constitucionales péticas sobre los DESCAs para evitar que sean desmantelados cuando se les considera pautas de política pública modificables al vaivén de la opinión personal de los gobernantes. En este sentido, en los casos Lagos del Campo y Petroperú (ambos en contra de Perú, resueltos en 2017) la Corte IDH estableció cuatro parámetros imprescindibles sobre los derechos laborales de acuerdo a la CADH:

- Adoptar medidas apropiadas en cuanto a la debida regulación y rendición para respetar la estabilidad laboral.
- Proteger al trabajador en contra de despidos injustificados y garantizar acceso a la justicia en caso de que ocurran.
- Crear remedios apropiados: compensación justa, reinstalación, y otros beneficios.
- Garantizar los derechos políticos en el entorno laboral: libre expresión y asociación.⁵²

A manera de vectores, los aspectos mencionados son el piso mínimo para que las legislaciones estatales tengan un referente e incluso vayan más allá de ellos bajo el principio de progresividad, máxime que las plataformas digitales rebasan e intentan evadir sus obligaciones laborales.⁵³

⁵⁰ Así quedó plasmado en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguido Alfaro y otros) v. Perú, 2006, pár. 89.1.

⁵¹ De Paz González, 2018, pp. 149 y 157.

Caso Lagos del Campo v. Perú, pár. 148-149. Para una explicación amplia del contexto interpretativo véase Ferrer Mac-Gregor et al, 2018.

En Inglaterra, en febrero de 2021, una sentencia de la Suprema Corte obligó a Uber a reconocer su calidad de patrón y a tratar como conductores como sus empleados (Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)).

En el caso Muelle Flores v. Perú emergió la autonomía del derecho a la seguridad social como pleno derecho (justiciable) que, de conformidad con “el artículo 45.b) de la Carta de la OEA señala expresamente que el trabajo deberá ser ejercido en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.”⁵⁴

La Corte consideró que las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social, incluyen tanto aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, así como aspectos que tienen un carácter progresivo. En relación con las de exigibilidad inmediata, los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la seguridad social, garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, entre otros.

Respecto a las obligaciones de carácter progresivo, significan que los Estados partes deben avanzar mediante actos concretos y de manera constante, lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de la seguridad social, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.⁵⁵ Con la directriz de los estándares adecuados, la Corte fijó los siguientes parámetros de la seguridad social:

- Disponibilidad: Existencia de planes de servicios y pensiones, mediante políticas nacionales sostenibles.
- Riesgos imprevistos: i) atención en salud; ii) enfermedad; iii) vejez; iv) desempleo; v) accidentes laborales; vi) prestaciones familiares; vii) maternidad; viii) discapacidad, y ix) sobrevivientes y huérfanos.
- Nivel suficiente de prestaciones en importe y duración, bajo la directriz de la dignidad humana y el derecho a la no discriminación.
- Accesibilidad: con cobertura amplia, bajo condiciones razonadas y específicas, con suficiente información y accesibilidad física.⁵⁶

Sin duda, la Corte IDH ha integrado el contenido y los lineamientos del Comité DESC a la interpretación del artículo 26 CADH con lo cual emerge la cualidad normativa-sistemática para que los Estados tengan un faro que guíe los procesos, estructuras y políticas públicas sobre los DESCA.⁵⁶

⁵⁴ Corte IDH, Muelle Flores vs Perú, 2019, pár. 178.

⁵⁵ Ibíd, pár. 190.

⁵⁶ Ibíd, pár. 189.



la constitucionalización de los DESCAs en Chile es la premisa fundamental para mejorar a exigibilidad de la educación, vivienda, trabajo, servicios de salud y seguridad social, pues estos derechos integran la vida digna como verdadero paradigma de la democracia.

su liderazgo regional. Chile también ha ratificado el PIDESC desde 1972, por lo que este proceso constituyente tiene el compromiso histórico de escuchar las reivindicaciones socioeconómicas para incluir en el nuevo texto constitucional las demandas de sectores excluidos desde la dictadura de Pinochet. Así, la constitucionalización de los DESCAs en Chile es la premisa fundamental para mejorar a exigibilidad de la educación, vivienda, trabajo, servicios de salud y seguridad social, pues estos derechos integran la vida digna como verdadero paradigma de la democracia.

Los vectores DESCAs descritos en este ensayo pueden contribuir decisivamente a impulsar un debate amplio y fructífero en el proceso constituyente de Chile de 2021. Las interpretaciones que ha realizado la Corte Interamericana se han sustentado en pautas normativas aceptadas por los Estados cuya voluntad se ha expresado paulatinamente desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre hasta el Acuerdo de Escazú, en el que Chile mostró

F.

Conclusión

• BIBLIOGRAFIA

- Atrey, S. y Dunne, P. (2020)
Intersectionality and Human Rights Law. Reino Unido: Hart.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020)
Empresas y Derechos Humanos. Estandares Interamericanos.
Washington: Organización de Estados Americanos.
- De Paz González, I. y Macías Sandoval, M. (2019)
‘La justiciabilidad de los derechos sociales. Altibajos de su interpretación constitucional en México’,
Revista Latinoamericana de Derecho Social, 29:25-62.
- De Paz Gonzalez, I. (2018)
The Inter-American Social Rights Jurisprudence. Shadow and light in international human rights law.
Chentelham: Edward Elgar.
- Duhaime, B. y Décoste, É. (2020)
‘De Genève à San José: les normes de l’OIT et le système interaméricain de protection des droits humains’,
Revue internationale du Travail, 4:587-604.
- Ferrer Mac-Gregor, E. et al. (2018)
Inclusión, las Communes y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, IIJ-UNAM.

• JURISPRUDENCIA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos
- (2017) Medio Ambiente y Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre.
 - (2006) Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay. Sentencia, 29 de marzo.
 - (2010) Comunidad Xákmok Kasék v. Paraguay. Sentencia, 24 de agosto.
 - (2020) Comunidades Lhaka Honhat v. Argentina. Sentencia, 6 de febrero.
 - (2007) Pueblo Saramaka v. Surinam. Sentencia, 28 de noviembre.

- (2016) Pueblo Kichwa de Sarayaku v. Ecuador. Sentencia, 22 de junio.
- (2012) Masacres el Mozote y lugares aledaños v. El Salvador. Sentencia, 25 de octubre.
- (2014) Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) v. Chile. Sentencia, 29 de mayo.
- (2006) Claude Reyes y otros v. Chile. Sentencia, 19 de septiembre.
- (2006) Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia, 24 de noviembre.
- (2017) Lagos del Campo v. Perú. Sentencia, 31 de agosto.
- (2013) Suárez Peralta v. Ecuador. Sentencia, 21 de mayo.
- (2016) Chinchilla Sandoval v. Guatemala. Sentencia, 29 de febrero.
- (2018) Cuscul Pivaral v. Guatemala. Sentencia, 23 de agosto.
- (2018) Poblete Vilches y otros v. Chile. Sentencia, 8 de mayo.
- (2019) Muelle Flores v. Perú. Sentencia, 6 de marzo.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia (2018) STC 4360-2018, 4 de abril.
- Corte Suprema de Justicia de Chile (2019) Rol AD-1386-2014, 16 de mayo.
- Corte Suprema del Reino Unido (2021) Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents).



Derechos sociales en Europa

Colm O'Cinneide⁵⁷

DOI: 10.53110/CKWL8281

A. Introducción: Los derechos sociales suelen percibirse con recelo. Se les acusa de carecer de sustancia, de no ser justiciables, de reflejar la "inflación" del discurso de los derechos humanos en las últimas décadas; y, en última instancia, de ser una adición ajena e indeseada al restringido repertorio de derechos fundamentales "reales" que los sistemas constitucionales deben respetar y proteger. Hasta hace poco, este escepticismo ha dominado los debates sobre el estatus de los derechos sociales, en particular en el pensamiento jurisprudencial angloamericano. Aunque la aparición de sofisticados modelos de aplicación de los derechos socioeconómicos en Sudáfrica y en otros países durante las últimas décadas ha puesto en tela de juicio esta idea. No obstante, gran parte del discurso constitucional comparado sigue asumiendo que los derechos sociales son de algún modo problemáticos y que deberían recibir poco reconocimiento en cualquier marco constitucional.

Esta creencia popular es errónea en muchos sentidos y uno de sus puntos débiles es que se ignora un aspecto comparativo importante del contexto europeo. Muchos sistemas jurídicos europeos han adoptado un enfoque muy diferente respecto a los derechos sociales.⁵⁸ *Es habitual que las constituciones europeas reconozcan la importancia fundamental de estos derechos y que los tribunales europeos los tengan en*

⁵⁷ Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, University College London (UCL).

⁵⁸ Véase O'Cinneide, 2020, pp. 48-66. de la Universidad de Concepción (Chile), correo electrónico camatura@udec.cl.

B. **Las** **Constituciones** **del Estado** **Europeo y los** **derechos sociales**

cuenta a la hora de interpretar y aplicar el derecho nacional.⁵⁹ Además, los marcos jurídicos regionales europeos, concretamente la Carta Social Europea, la Convención Europea de Derechos Humanos y la legislación de la Unión Europea (EU), reconocen y protegen los derechos sociales de forma directa o indirecta. Dicha protección suele tener un alcance limitado, lo que resulta controvertido, tal como se analizará brevemente a continuación. Sin embargo, es una importante experiencia comparativa que debería tenerse en cuenta en cualquier debate sobre derechos sociales. En el contexto constitucional europeo, el carácter fundamental de estos derechos se afirma en textos constitucionales y se les da un grado de protección legal efectiva.

Los derechos sociales suelen denominarse derechos de "segunda generación". Esto refleja la creencia popular de que son una innovación conceptual reciente, nacida del auge del discurso de los derechos humanos después de 1945. Sin embargo, se trata de una perspectiva ahistórica. Los derechos sociales tienen un linaje mucho más antiguo, sobre todo en Europa.⁶⁰

Ya en 1793, la Convención Nacional francesa revolucionaria adoptó un texto constitucional en el que se afirmaba que el derecho al trabajo y a la asistencia social eran derechos fundamentales.⁶¹ Se incluyeron disposiciones similares en algunas de las otras constituciones radicales de corta duración del siglo XIX.⁶² Ninguna de estas constituciones duró mucho tiempo. Sin embargo, como ha argumentado KATROUGALOS, su reconocimiento de derechos sociales sigue siendo digno de mención histórica. Fueron el primer intento de dar expresión constitucional a la idea, entonces radical, de que los individuos tenían derecho a la protección del Estado contra el hambre, la pobreza y la miseria.⁶³

Con la aparición del movimiento sindical organizado de finales del siglo XIX y la creciente fuerza política de los partidos socialdemócratas, esta idea

⁵⁹ Obviamente, esto es una simplificación. Jurisdicciones como el Reino Unido, Irlanda y los Estados escandinavos (hasta cierto punto) se mantienen al margen de estas tendencias cuando se trata de normas constitucionales nacionales. Sin embargo, todos son Estados parte de la Carta Social Europea y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así que la legislación de la UE ejerce una influencia considerable en todos sus sistemas jurídicos (incluso en el Reino Unido, por ahora). Véase O'Cinneide, 2019, pp. 324-352.

⁶⁰ Katrougalos, 2007.

⁶¹ Robespierre, 1973, p. 138.

⁶² Véase, por ejemplo, el Título VIII de la Carta Constitucional portuguesa de 1826 y el artículo 13 de la efímera Constitución francesa de 1848.

⁶³ Op. Cit., Katrougalos, 2007.

cobró fuerza y popularidad. Las reformas del seguro social de Bismarck en la década de 1870 inspiraron la legislación estatal que estableció sistemas rudimentarios de protección social. Después de 1945, su alcance se amplió y se convirtió en el fundamento de los estados de bienestar europeos de la posguerra.⁶⁴

Estos estados de bienestar fueron diseñados para proteger a los ciudadanos contra las consecuencias más extremas de la mercantilización capitalista y las desigualdades en la distribución de la riqueza, pero no eran en absoluto perfectos. Seguían existiendo desigualdades basadas en la riqueza, el género, la discapacidad, la etnia y el estatus social.⁶⁵ Sin embargo, dieron significado al concepto de "ciudadanía social" tal y como lo esbozó el sociólogo británico T.H. MARSHALL: se asumió que el Estado tenía la responsabilidad de garantizar que sus ciudadanos disfrutaran del derecho a (1) un mínimo de bienestar económico y seguridad y (2) compartir plenamente el patrimonio social y vivir la vida de un ser civilizado de acuerdo con las normas que prevalecen en la sociedad en cuestión.⁶⁶

Con el tiempo, la protección de estos derechos sociales llegó a considerarse una función constitucional esencial.⁶⁷ Muchos textos constitucionales europeos actualmente contienen afirmaciones concretas sobre los "estados sociales"⁶⁸ y/o establecen una lista de derechos sociales protegidos.⁶⁹ Estas disposiciones están diseñadas en gran medida para como representación simbólica de la importancia de la "ciudadanía social", tal



*Estos estados de bienestar fueron diseñados para proteger a los ciudadanos contra las consecuencias más extremas de la mercantilización capitalista y las desigualdades en la distribución de la riqueza, pero no eran en absoluto perfectos. Seguían existiendo desigualdades basadas en la riqueza, el género, la discapacidad, la etnia y el estatus social.*⁶⁵

⁶⁴ Véase Judt, 2005, pp. 777 y ss.

⁶⁵ Véase Offe, 1984; Esping-Andersen, 1990.

⁶⁶ Marshall, 1992, p. 8.

⁶⁷ Katrougalos, 1996, p. 277-312.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, Ley Fundamental alemana, Artículo 20; Constitución de España, art. 1(1); Constitución de Portugal, art. 2; Constitución de Eslovenia, art. 2.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, Constitución de Bélgica, art. 23; Constitución de los Países Bajos, arts. 19, 20 y 22; Constitución de Grecia, arts. 21 y 22; Constitución de Portugal, arts. 56, 59, 63-72, 108-9, 167 y 216. Véase Fabre, 2005, pp. 15-28.

como la define MARSHALL. Es raro que se interpreten como fuentes de derechos subjetivos individuales que pueden ser aplicados por los tribunales contra el Estado.⁷⁰ En cambio, los poderes políticos del Estado, el ejecutivo y el legislativo, son los principales responsables de decidir cómo aplicar estas disposiciones constitucionales. Los tribunales no suelen interferir en sus decisiones, aunque sí interpretan regularmente la legislación y otras normas jurídicas haciendo referencia a estas disposiciones sobre derechos sociales. Estas interpretaciones judiciales proporcionan una base jurídica para la acción del Estado, imponiendo restricciones al libre mercado o a los derechos de propiedad privada y a veces se invocan para regular las relaciones horizontales entre actores privados.⁷¹

Además, en muchos Estados europeos, se pueden impugnar ante los tribunales medidas regresivas que disminuyen o anulan los derechos sociales existentes, o el hecho de que el Estado no proporcione el nivel mínimo de ayuda estatal compatible con la dignidad humana (el Existenzminimum en la terminología jurídica alemana). El Poder Judicial suele ser reacio a intervenir en el funcionamiento de los sistemas nacionales de bienestar social. Sin embargo, a veces están dispuestos a actuar, en particular cuando la dignidad humana u otros principios constitucionales fundamentales están en juego.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia Hartz IV de 2010, sostuvo que el nuevo método de cálculo de la tasa de las prestaciones estatales que se había introducido como parte del paquete de reformas de la seguridad social "Hartz IV" del gobierno federal no era compatible con el principio de dignidad humana establecido en el artículo 1 de la Ley Fundamental. Igualmente, el Tribunal dictaminó en el caso de las Prestaciones para Solicitantes de Asilo, que la cuantía del subsidio ("prestaciones en metálico") abonadas a los solicitantes de asilo a la espera de la tramitación de sus solicitudes era incompatible con las exigencias del principio de dignidad humana y solicitó al cuerpo legislativo que reconsiderara la forma de calcular el nivel de dichas prestaciones.⁷² Ambas sentencias afirmaron que el Estado está obligado a tomar medidas positivas para reivindicar la dimensión social del principio de dignidad humana, al igual que está obligado a respetar sus dimensiones civiles y políticas más "clásicas". Los tribunales de Portugal, Francia, Italia, Rumania y otras jurisdicciones se han mostrado igualmente dispuestos a revisar las medidas de austeridad,

⁷⁰ O'Cinneide, 2019.

⁷¹ Para una muestra de la jurisprudencia francesa sobre este punto, véase la decisión del Consejo Constitucional, 2010, párr. 7-9. BVerfG, 1 BvL 1/09, 9.2.2010, ⁷¹ Absatz-Nr. (1 – 220).

⁷² BVerfG, 1 BvL 10/10, 18.7.2012.

utilizando el análisis de proporcionalidad para evaluar si las medidas en cuestión infringían los principios constitucionales de igualdad, racionalidad y seguridad jurídica.⁷³

Estas intervenciones judiciales siguen siendo relativamente inusuales. En general, el poder ejecutivo y legislativo del Estado goza de una amplia discrecionalidad a la hora de hacer efectivos los derechos sociales. **La función principal de las disposiciones sobre derechos sociales de las constituciones europeas es ratificar el significado político y moral de dichos derechos en lugar de proporcionar una revisión judicial intrusiva.** Sin embargo, proporcionan una base jurídica para la intervención social del Estado y para que los jueces protejan esos derechos en situaciones que implican evidentes amenazas a la dignidad humana.

Los estados europeos han asumido una serie de compromisos de derechos sociales internacionales. Todos han aprobado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), con ocho estados más que han ratificado los procesos de comunicación individual (PF-PIDESC) que se han agregado recientemente al tratado.⁷⁴ También han aprobado los ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Por tanto, han acordado someterse a una serie de normas internacionales relativas al disfrute de derechos sociales, lo que refleja sus compromisos constitucionales internos de respetar el principio del "Estado social". Aun así, las principales normas supranacionales de derechos sociales en Europa son las establecidas en los instrumentos regionales, que a menudo tienen más peso e impacto que los instrumentos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) o la OIT.

I. La Carta Social Europea (CSE)

Cuarenta y tres de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa han aprobado la Carta Social Europea (CSE). La CSE, abierta a la firma en 1961, fue uno de los primeros tratados internacionales de derechos humanos en establecer una lista completa de derechos sociales.⁷⁵ Posteriormente, en 1996, se abrió a la firma una versión revisada, modernizada y

C. Criterios regionales de los derechos sociales

⁷³ Véase Kilpatrick y De Witte, 2014; Contiades y Fotiadou, 2012, pp. 660–668.

⁷⁴ Portugal, España, Francia, Bélgica, Montenegro, Bosnia y Herzegovina, Finlandia y Eslovaquia.

⁷⁵ Se adelantó cinco años al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (PIDESC).

ampliada: la mayoría de los Estados parte están ahora sujetos a esta versión revisada.⁷⁶ Sus disposiciones establecen una serie detallada de derechos laborales, de bienestar social y de los migrantes, inspirados en parte en los convenios de la OIT. Los Estados Partes deben comprometerse a respetar un número mínimo de estos derechos, incluyendo al menos dos tercios de lo que se define como las disposiciones "fundamentales" de la Carta; es decir, el derecho al trabajo, el derecho de sindicación y negociación colectiva, el derecho a la seguridad social; el derecho a la asistencia social y médica, el derecho a la protección social, jurídica y económica de la familia, y el derecho a la protección social de los trabajadores migrantes.⁷⁷

“

Sus disposiciones establecen una serie detallada de derechos laborales, de bienestar social y de los migrantes, inspirados en parte en los convenios de la OIT. Los Estados Partes deben comprometerse a respetar un número mínimo de estos derechos, incluyendo al menos dos tercios de lo que se define como las disposiciones "fundamentales" de la Carta;

Algunas de estas obligaciones son de carácter "progresivo", ya que exigen a los Estados que tomen medidas razonables para hacer efectivo el derecho en cuestión. Por ejemplo, el artículo 2(1), tanto de la CSE original como de la revisada, establece que los Estados se comprometen “fijar una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes”. Otras obligaciones tienen un efecto más inmediato y exigen que la legislación y/o la política nacional ofrezcan garantías concretas en relación con el disfrute del derecho en cuestión. Por ejemplo, el artículo 2(3) de la Carta original y revisada exige a los Estados

contratantes “conceder vacaciones anuales pagadas de dos semanas como mínimo”.

Los Estados también están obligados a informar periódicamente sobre el cumplimiento de sus compromisos en virtud de la Carta.⁷⁸ Estos informes nacionales se presentan al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), un órgano de expertos en derechos humanos elegido por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. El Comité evalúa estos informes y determina

⁷⁶ Treinta y tres de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa están ahora obligados por la versión actualizada y sólo diez siguen obligados por las disposiciones del texto original de 1960.

⁷⁷ Como ha señalado Khaliq: la CSE es "única entre los tratados de derechos humanos al permitir que sus partes no acepten todos los derechos que contiene" (Khaliq, 2014, p. 174).

⁷⁸ Para una visión general del sistema de supervisión del CES, véase Brillat, 2005, p. 31.

si los Estados partes cumplen con las obligaciones que les impone la Carta.

Además, quince Estados han suscrito el innovador mecanismo de "reclamación colectiva" establecido en el Protocolo Adicional de Reclamaciones Colectivas de 1995. Se trata de una característica única del sistema de la CSE, sin precedentes en otros lugares. El Protocolo prevé que las ONG internacionales con carácter consultivo ante el Consejo de Europa y las nacionales, si el Estado Parte lo permite,⁷⁹ así como las asociaciones nacionales de empresarios y trabajadores, presenten denuncias ante el CEDS alegando la existencia de una aplicación no satisfactoria de la Carta que tenga una dimensión "colectiva", es decir, que no se limite a casos individuales. Estas reclamaciones colectivas se tramitan mediante un procedimiento cuasi-judicial, en el que tanto la organización reclamante como el Estado parte presentan extensos argumentos por escrito en un proceso contencioso antes de que el CEDS tome una decisión de fondo sobre el caso.⁸⁰

Este procedimiento de reclamaciones colectivas fue el primer proceso cuasi-judicial del derecho internacional de los derechos humanos establecido específicamente para tratar las reclamaciones de derechos socioeconómicos.⁸¹ Sorprendentemente, el procedimiento de reclamaciones colectivas ha demostrado ser popular entre la sociedad civil y los sindicatos.: Al momento de redactar este artículo, se habían presentado un total de 185 reclamaciones ante el Comité, y desde 2009 se han presentado 130 reclamaciones procedentes de un amplio abanico de Estados y organizaciones. Muchas de las decisiones del Comité sobre reclamaciones colectivas han tenido gran repercusión y algunas han generado cambios importantes en las legislaciones y políticas nacionales. Este procedimiento también ha permitido al Comité desarrollar una amplia jurisprudencia, dando contenido y alcance a las disposiciones de la CSE, y evolucionando hasta convertirse en el marco normativo de derechos sociales más desarrollado que existe a nivel internacional.⁸²

Así, en la Reclamación Nº 59/2009, Confederación Europea de Sindicatos (CES) y otros vs. Bélgica,⁸³ el Comité concluyó que los amplios poderes de los que gozaban los tribunales belgas para prohibir la huelga en razón de

⁷⁹ Hasta ahora, sólo Finlandia lo ha permitido.

⁸⁰ El CEDS tiene la capacidad, si lo desea, tanto de hacer preguntas de seguimiento a las partes como de organizar una audiencia pública sobre el asunto en cuestión y determina la admisibilidad de las denuncias en primera instancia antes de proceder a la resolución.

⁸¹ Véase Cullen, 2009, p. 61.

⁸² Véase Akandij-Kombé, 2005, pp. 89-108.

⁸³ Sentencia del 16 de septiembre de 2011.

una solicitud unilateral de un empleador constituían una restricción desproporcionada del derecho a la negociación colectiva protegido por el artículo 6 de la CSE. En la Reclamación 27/2004, ERRC vs. Italia,⁸⁴ el Comité concluyó que la inadecuada oferta de viviendas para las comunidades romaníes en Italia, el hecho de que no se tuvieran en cuenta sus necesidades específicas de alojamiento y el hecho de que las autoridades locales no aplicaran los títulos administrativos que exige la provisión de alojamiento y apoyo adecuados para estas comunidades, constituían una violación del artículo 31 de la CSE revisada, junto con la garantía de no discriminación establecida en el artículo E.⁸⁵

Igualmente, en la Reclamación N° 90/2013, Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) vs. los Países Bajos, el Comité concluyó que una ley neerlandesa que impedía a los migrantes irregulares acceder a la asistencia social básica y a las ayudas a la vivienda infringía los requisitos de la CSE,⁸⁶ y en la Reclamación N° 48/2008, Centro Europeo de Derechos de los Gitanos vs. Bulgaria, el gobierno búlgaro derogó la legislación que impedía que las personas desempleadas durante más de 6 meses recibieran una ayuda por desempleo, después de que el Comité dictaminara que aquella no estaba conforme con el derecho a la asistencia social establecido en el artículo 13(1) de la CSE.⁸⁷ En la Reclamación N° 33/2006, Movimiento Internacional ATD Cuarto Mundo vs. Francia⁸⁸ y en la N° 39/2006, Feantsa vs. Francia,⁸⁹ el Comité concluyó que la legislación francesa en materia de vivienda había vulnerado los derechos de la Carta al no dar la debida prioridad a la provisión de viviendas sociales para los más desfavorecidos.

Los gobiernos nacionales no siempre hacen efectivas las determinaciones del Comité en estas acciones de reclamación colectiva y a veces hacen caso omiso de sus conclusiones respecto a los informes de los Estados.⁹⁰ **Generalmente, la CSE se ve eclipsada por otros marcos jurídicos, en particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la legis-**

⁸⁴ Sentencia del 7 de diciembre de 2005.

⁸⁵ Véase también la Denuncia 51/2008, ERRC vs. Francia. Sentencia del 19 de octubre de 2009.

⁸⁶ Sentencia del 1° de julio de 2017. Véase también la Demanda Colectiva 86/2012, FEANTSA vs. Países Bajos, Sentencia del 9 de julio de 2014.

⁸⁷ Sentencia del 18 de febrero de 2009.

⁸⁸ Sentencia del 4 de febrero de 2008.

⁸⁹ Sentencia del 4 de febrero de 2008.

⁹⁰ Los Estados Partes no tienen la obligación legal de hacer efectivas las decisiones del Comité. Sin embargo, las conclusiones del Comité constituyen interpretaciones autoritativas de los DESC, desempeñando el mismo papel que, por ejemplo, desempeña el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU dentro del sistema del PIDESC.

lación de la Unión Europea (UE), que tienen mayor fuerza vinculante. Sin embargo, las normas de la Carta y las decisiones del Comité pueden tener un impacto significativo en la legislación nacional. Todas las decisiones sobre reclamaciones colectivas mencionadas anteriormente han dado lugar a algunos ajustes de la legislación nacional, aunque los Estados tienden a restar importancia al estatus e impacto de la Carta Social.⁹¹

II. El CEDH y la protección de los derechos sociales “por derrame”

Los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa son partes del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Abierto a la firma en 1950, el Convenio se ha convertido en un mecanismo sólido y eficaz de protección de derechos y los Estados suelen cumplir e implementar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que interpreta y aplica sus disposiciones.

El Convenio sólo protege los derechos civiles y políticos.⁹² Sin embargo, al interpretar y aplicar los derechos consagrados en el CEDH, el TEDH ha reconocido la inconveniencia de intentar trazar una demarcación estricta entre los derechos sociales y económicos y los civiles y políticos.⁹³ Como comentó el TEDH en el caso *Airey vs. Irlanda*, “el hecho de que una interpretación [de los derechos civiles y políticos] del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación; no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio”.⁹⁴ En consecuencia, las obligaciones del Estado en virtud del Convenio con respecto a los derechos civiles y políticos a veces se extienden al ámbito de los derechos sociales.⁹⁵

“ ”

*al interpretar y aplicar los derechos consagrados en el CEDH, el TEDH ha reconocido la inconveniencia de intentar trazar una demarcación estricta entre los derechos sociales y económicos y los civiles y políticos.*⁹³

⁹¹ Véase O’Cinneide, 2020.

⁹² *Bulgakova vs. Rusia*. Sentencia del 18 de enero de 2007, N° 9524/01.

⁹³ Nótese el fuerte respaldo del juez Pinto De Albuquerque a este enfoque “integrado” en su opinión parcialmente disidente en *Konstantin Markin vs. Rusia*, N° 30078/06. Sentencia del 22 de marzo de 2012.

⁹⁴ *Airey v. Irlanda*, 1980. 2 EHR 305, pág. 26.

⁹⁵ Para una visión general de la jurisprudencia pertinente, véase Leitjen, 2018.

Así, por ejemplo, en relación con el derecho absoluto a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 del CEDH), el Tribunal ha aceptado que, en situaciones de "privación o falta hasta tal punto grave que fuera incompatible con la dignidad humana" que implican claramente la responsabilidad del Estado, un Estado parte puede estar sujeto a la obligación positiva de proporcionar asistencia social y médica básica a las personas vulnerables. En el caso *MSS vs. Grecia y Bélgica*, el Tribunal dictaminó que las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en Grecia no cumplían este requisito.⁹⁶ En el caso *Asiye Genç vs. Turquía*,⁹⁷ el Tribunal concluyó que Turquía había violado el derecho contenido en el artículo 2 del CEDH (derecho a la vida) al no proporcionar una atención médica de urgencia adecuada a un bebé nacido prematuramente.

Asimismo, en relación a la prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos del Convenio en conformidad con el artículo 14 del CEDH, en el caso *JD y A vs. el Reino Unido*, el Tribunal concluyó que la aplicación de recortes a los beneficios de vivienda para las víctimas de violencia doméstica alojadas en viviendas especiales constituía una discriminación injustificada en razón del sexo.⁹⁸ En relación con el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 11 del CEDH, en el caso *Demir y Baykara vs. Turquía*,⁹⁹ el Tribunal concluyó que la legislación nacional que restringía los derechos de los funcionarios a formar sindicatos y a participar de negociaciones colectivas constituía un incumplimiento de las obligaciones de Turquía en virtud del Convenio, dictaminando entonces que la negociación colectiva constituía un elemento integral de la libertad de asociación.¹⁰⁰ En el caso *Lăcătuș vs. Suiza*,¹⁰¹ se consideró que la prohibición de mendigar en las calles de Ginebra, aplicada a la víctima especialmente vulnerable en este caso, vulneraba su derecho a la vida privada y autónoma en virtud del artículo 8 del CEDH.¹⁰²

Así, con el tiempo, el CEDH se ha convertido en una fuente indirecta de protección limitada de los derechos sociales. El Tribunal sigue insistiendo en que el Convenio “persigue esencialmente proteger derechos civiles y políticos”¹⁰³ y que no se debe invocar para llenar los vacíos legales de los

⁹⁶ Solicitud N° 30696/09. Sentencia del 21 de enero de 2011.

⁹⁷ Solicitud N° 24109/07. Sentencia del 27 de enero de 2015.

⁹⁸ Solicitudes No. 32949/17 y 34614/17. Sentencia del 24 de octubre de 2019.

⁹⁹ *Demir y Baykara v. Turquía*, 2009. 48 EHRR 54.

¹⁰⁰ *Ibíd*, pár. 154.

¹⁰¹ Solicitud N° 14065/15, *Lăcătuș vs. Suiza*. Sentencia del 19 de enero de 2021.

¹⁰² *Ibíd*, pár. 107-114.

¹⁰³ Solicitud N° 26565/05, *N vs. Reino Unido*. Sentencia del 27 de mayo de 2005.

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, *Botta vs. Italia*. Sentencia del 24 de febrero de 1998.

sistemas nacionales de salud o seguridad social.¹⁰⁴ También concede a los Estados un amplio margen de apreciación respecto a su política social y económica, en particular cuando se trata de la asignación de recursos.¹⁰⁵ Sin embargo, su impacto indirecto sobre los derechos sociales puede seguir siendo significativo, especialmente en los casos en los que están comprometidos los derechos a la dignidad humana o a la no discriminación.¹⁰⁶



III. El alcance de los derechos sociales en la legislación de la UE

La Unión Europea (UE) está formada por veintiocho Estados europeos, y formar parte de la misma conlleva algunas obligaciones legales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales potencialmente importantes, que, como aspecto de la legislación de la UE, tienen efecto directo en la legislación de los Estados miembros y gozan de supremacía sobre cualquier norma en conflicto en la legislación nacional.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, el preámbulo del Tratado de la Unión Europea (TUE) confirma la adhesión de los Estados miembros de la UE a los "derechos sociales fundamentales" definidos en la Carta Social Europea.

El ámbito de aplicación y el alcance de la protección de tales derechos en el marco de la legislación de la UE han sido fuente de controversia, ya que inicialmente se centraba principalmente en la integración del mercado y carecía de alcance social.¹⁰⁷ Sin embargo, desde el comienzo del desarrollo de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha reconocido que la legislación de la UE debe interpretarse y aplicarse con referencia a los "objetivos sociales" de la Unión.¹⁰⁸ En 1989 también se adoptó una Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de carácter no vinculante, con el fin de orientar el desarrollo de la política social de la UE. A esto le siguió la adopción de una serie de directivas en la década de 1990 y principios de 2000 que establecían estándares mínimos en ámbitos como la salud y la seguridad de los trabajadores, la no

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, la solicitud N° 36448/97, Marzari vs. Italia. Sentencia del 4 de mayo de 1999.

¹⁰⁶ Leitjen, 2014, pp. 109-136.

¹⁰⁷ Una excepción importante fue el artículo 119 del Tratado de Roma original, que exigía a los Estados miembros la aplicación del principio de remuneración igualitaria en el empleo entre hombres y mujeres.

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, el Caso C-43/75, Defrenne vs. Sabena, 1976, párr. 10.

¹⁰⁹ Véanse, por ejemplo, la Directiva sobre la igualdad racial (2000/43/CE); la Directiva marco sobre la igualdad (2000/78/CE); la Directiva marco sobre seguridad y salud en el trabajo (1989/391/CEE); la Directiva sobre las trabajadoras embarazadas (1992/85/CEE) y la Directiva sobre el trabajo a tiempo parcial (97/81/CE).

discriminación en el empleo y políticas favorables a la familia.¹⁰⁹ Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, el preámbulo del Tratado de la Unión Europea (TUE) confirma la adhesión de los Estados miembros de la UE a los "derechos sociales fundamentales" definidos en la Carta Social Europea.¹¹⁰

Además, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE contiene una amplia lista de derechos sociales, que tanto las instituciones de la UE como los Estados miembros están obligados a respetar al aplicar la legislación comunitaria.¹¹¹ Entre ellos se encuentran el derecho a la libertad profesional y al trabajo (artículo 15), los derechos de las personas mayores a la protección social (artículo 25), el derecho de las personas con discapacidad a la integración social (artículo 26), el derecho a la seguridad social y a la asistencia social (artículo 34), el derecho a la asistencia médica (artículo 35) y una serie de derechos laborales recogidos en los artículos 27 al 32 que incluyen los derechos a la información y a la consulta, a la negociación colectiva, a unas condiciones de trabajo justas y equitativas y a la protección en caso de despido injustificado. Estas disposiciones hacen posible que los actos de las instituciones de la UE, o de los Estados miembros que aplican la legislación de la UE, sean revisados en cuanto al cumplimiento de los requisitos de derechos sociales de la Carta y que la legislación de la UE sea interpretada por referencia a su contenido.¹¹³

Algunos de estos derechos sociales recogidos en la Carta de la UE no crean derechos subjetivos directamente exigibles. En su lugar, establecen normas objetivas que, al igual que el principio del "Estado social" en el derecho constitucional nacional, no generan derechos subjetivos. En cambio, estos "principios" deben ser respetados por los legisladores de la UE y los Estados miembros al aplicar la legislación, y serán tenidos en cuenta por el TJUE y los tribunales nacionales al interpretar la legislación pertinente.¹¹⁴

¹¹⁰ El artículo 3(3) del TUE proclama que la UE se esforzará por establecer una "economía social de mercado altamente competitiva (...) orientada al pleno empleo y al progreso social", promoviendo al mismo tiempo "la justicia y la protección social".

¹¹¹ Véanse los artículos 51 (ámbito de aplicación) y 52 (alcance de los derechos garantizados) de la Carta de la UE; también Lenaerts y Gutiérrez-Fons, 2014, pp. 1559-1595.

¹¹² El texto de estas disposiciones sobre derechos sociales se basa en gran medida en las disposiciones equivalentes del CES, así como en el PIDESC y en diversos instrumentos de la OIT.

¹¹³ Caso C-282/10, Domínguez. Sentencia del 24 de enero de 2012.

¹¹⁴ Véanse las Explicaciones relativas a la Carta de los Derechos Fundamentales, 2007 (DO C303/02. Preparadas por el Praesidium de la redacción de la Convención).

Sin embargo, al igual que en el ámbito nacional, los individuos no pueden invocar directamente estos derechos para demostrar que se les han negado sus derechos subjetivos. Así, en el caso de AMS, el TJUE concluyó que el artículo 27 de la Carta, que garantiza el derecho de los trabajadores a la información y consulta, no podía invocarse en un litigio horizontal entre entidades privadas por constituir un "principio" y no un derecho subjetivo para ser aplicado directamente en la ley.¹¹⁵ Sin embargo, en los casos Bauer y Max-Planck, el Tribunal concluyó que el derecho a un período de vacaciones anuales retribuidas establecido en el artículo 31(2), de la Carta de la UE era lo suficientemente preciso como para generar derechos subjetivos individuales y para ser aplicado directamente en el contexto de la relación horizontal entre un empresario y sus empleados.¹¹⁶

Otro problema de las disposiciones sobre derechos sociales de la Carta de la UE es su limitado alcance: sólo se aplican en situaciones en las que está en juego la legislación de la UE o la legislación nacional que aplica la legislación de la UE.¹¹⁷ Así, por ejemplo, el TJUE ha considerado que las medidas de austeridad introducidas por los gobiernos nacionales de la eurozona para garantizar la estabilidad monetaria quedan "claramente" fuera del ámbito de aplicación de la legislación UE.¹¹⁸

Como resultado de estas limitaciones, pocos casos relativos a las disposiciones de derechos sociales de la Carta de la UE han llegado al TJUE y persiste en general la controversia sobre la percepción de la orientación "neoliberal" de la legislación de la UE. Sin embargo, la presencia de las garantías de los derechos sociales en la Carta de la UE, por muy limitado e

Al igual que en otros lugares, el estatus de los derechos sociales es debatido y discutido en Europa. Sin embargo, en general, los sistemas jurídicos europeos, tanto nacionales como supranacionales, tienden a reconocer su importancia fundamental y conferir su exigibilidad a través de la ley en determinadas circunstancias.

D.

Conclusión

¹¹⁵ C 176/12, Association de médiation sociale. Sentencia del 15 de enero de 2014.

¹¹⁶ C-569/16 y C-570/16, Bauer. Sentencia del 6 de noviembre de 2018; C 684/16, Max-Planck. Sentencia del 6 de noviembre de 2018.

¹¹⁷ Véase la Carta de los Derechos Fundamentales, 2000 (OJ C364/01, Art. 51(1)).

¹¹⁸ Véase, por ejemplo, el caso C-128/12, Sindicato dos Bancários do Norte y otros vs. BPN - Banco Português de Negócios, SA. 2013, OJ C129/04.

• BIBLIOGRAFIA

Artículos y libros

- Akandij-Kombé, J.F. (2005)
'The Material Impact of the Jurisprudence of the European Committee of Social Rights', en De Búrca, G. y De Witte, B. (eds.) *Social Rights in Europe*. Oxford University Press, pp. 89-108.
- Brillat, R. (2005)
'The Supervisory Machinery of the European Social Charter: Recent Developments and their Impact', en De Búrca, G. y De Witte, B. (eds.) *Social Rights in Europe*. Oxford University Press, p. 31.
- Contiades, X. y Fotiadou, A. (2012)
'Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation', *International Journal of Constitutional Law*, 10(3):660-668.
- Cullen, H. (2009)
'The Collective Complaints System of the European Social Charter: Interpretative Methods of the European Committee on Social Rights', *Human Rights Law Review*, 9(1):61-93.
- Esping-Andersen, G. (1990)
The Three Worlds of Welfare Capitalism. Cambridge: Polity.
- Fabre, C. (2005)
'Social Rights in European Constitutions', en De Búrca, G. y De Witte, B. (eds.) *Social Rights in Europe*. Oxford University Press, pp. 15-28.
- Judt, T. (2005)
Postwar: A History of Europe Since 1945. New York, NY: Penguin.
- Katrungalos, G. (1996)
'The Implementation of Social Rights in Europe', *Columbia Journal of European Law*, 292:277-312.
- Katrungalos, G. (2007)
'The (dim) perspectives of the European social citizenship', *Jean Monnet Working Paper*, 05/07. Disponible en: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/07/070501.pdf> (Consulta: 3 agosto 2021).
- Khaliq, U. (2014)
'The EU and the European Social Charter: Never the Twain Shall Meet?', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 15. DOI: 10.5235/152888713809813431.

Kilpatrick, C. y De Witte, B. (2014)

Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights Challenges.
EUI Working Paper Law 2014/05.

Leitjen, I. (2014)

'Defining the scope of economic and social guarantees in the case law of the ECtHR', en Brems, E. y Gerards, J. (eds.), Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights. Cambridge University Press, pp. 109-136.

Leitjen, I. (2018)

Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights. Cambridge University Press.

Lenaerts, K. y Antonio Gutierrez-Fons, J. (2014)

'The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice', en Peers, S. et al. (eds.), The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary. Hart, pp. 1559-1595.

Marshall, T.H. (1992)

Citizenship and Social Class. London: Pluto. Reprinted from his 1949 Cambridge Lectures.

O'Cinneide, C. (2019)

'The Present Limits and Future Potential of European Social Constitutionalism', en Young, K. (ed.), The Future of Economic and Social Rights. Cambridge University Press, pp. 324-352.

O'Cinneide, C. (2020)

'The European System: Social Rights Protection in Europe', en Dugard, J. et al. (eds.), Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights. Elgar, pp. 48-66.

Offe, C. (1984)

Contradictions of the Welfare State. London: Hutchinson.

Robespierre, M. (1793)

Textes Choisis. Paris: Editions Sociales, vol. II (Agosto de 1792-Julio de 1793).

Jurisprudencia Carta Social Europea (CES)

- Centro Europeo de Derechos de los Gitanos vs. Bulgaria (2009) Denuncia N° 48/2008. Sentencia del 18 de febrero.
- Centro Europeo para los Derechos de los Gitanos (ERRC) vs. Italia (2005) Denuncia N° 27/2004. Sentencia del 7 de diciembre.
- Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) vs. los Países Bajos (2017) Denuncia N° 90/2013. Sentencia del 1 de julio.
- ERRC vs. Francia (2009) Denuncia N° 51/2008. Sentencia del 19 de octubre de 2009.
- European Trade Union Confédération (ETUC) et al. vs. Bélgica (2011) Denuncia N° 59/2009. Sentencia del 16 de septiembre.
- FEANTSA vs. los Países Bajos (2014) Demanda colectiva 86/2012. Sentencia del 9 de julio.
- Movimiento Internacional ATD Cuarto Mundo vs. Francia (2008) Denuncia N° 33/2006. Sentencia del 4 de febrero.

Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)

- Airey vs. Irlanda (1980)
2 EHRR 305.
- Asiye Genç vs. Turquía (2015)
Solicitud N° 24109/07. Sentencia del 27 de enero.
- Botta vs. Italia. (1998)
Sentencia del 24 de febrero. Reports of Judgments and Decisions 1998 I.
- Bulgakova vs. Rusia (2007)
Solicitud N° 69524/01. Sentencia del 18 de enero de 2007.
- Demir y Baykara vs. Turquía (2009)
48 EHRR 54.
- JD y A vs. Reino Unido (2019)
Solicitudes N° 32949/17 y 34614/17. Sentencia del 24 de octubre.
- Cullen, H. (2009)
‘The Collective Complaints System of the European Social
- Cullen, H. (2009)
‘The Collective Complaints System of the European Social

Lăcătuș vs. Suiza (2021)
Solicitud N° 14065/15. Sentencia del 19 de enero.

Markin vs. Rusia (2012)
Solicitud N° 30078/06. Sentencia del 22 de marzo.

Marzari vs. Italia (1999)
Solicitud N° 36448/97. Sentencia del 4 de mayo.

MSS vs Grecia y Bélgica (2011)
Solicitud N° 30696/09. Sentencia del 21 de enero.

N vs. el Reino Unido (2005)
Solicitud N° 26565/05. Sentencia del 27 de mayo.

Casos de la Unión Europea (UE)

Defrenne v Sabena (1976)
Caso C-43/75, (No 2), ECR 455.

Sindicato dos Bancários do Norte y otros vs. BPN - Banco Português de Negócios (2013)
Caso C-128/12, SA, DO C129/04.

Domínguez (2012)
Caso C-282/10. Sentencia del 24 de enero.

Association de médiation sociale (2014)
Caso C 176/12. Sentencia del 15 de enero.

Bauer (2018)
Caso N° C-569/16 y C-570/16. Sentencia del 6 de noviembre.

Max-Planck (2018)
Caso C 684/16. Sentencia del 6 de noviembre.

Francia

Consejo Constitucional (2010)
Decisión N° 2010-617, DC, 9 de noviembre.

Alemania

BVerfG, 1 BvL 1/09, 9.2.2010, Absatz-Nr. (1 - 220).

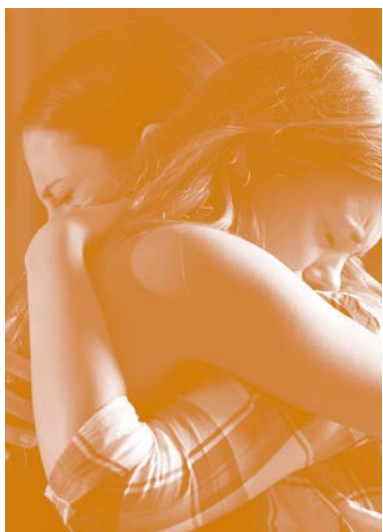
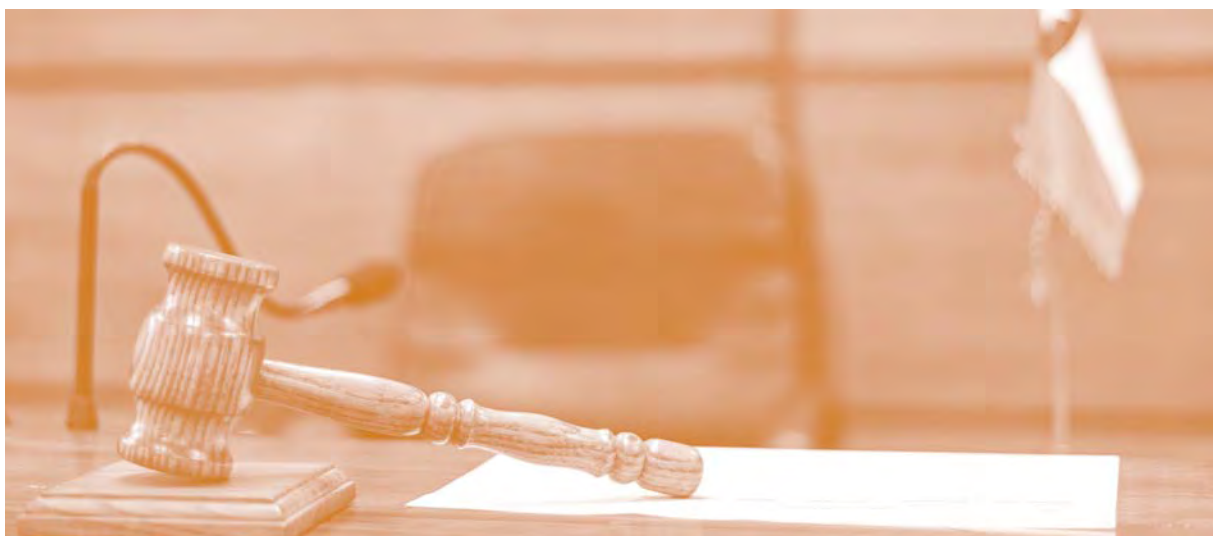
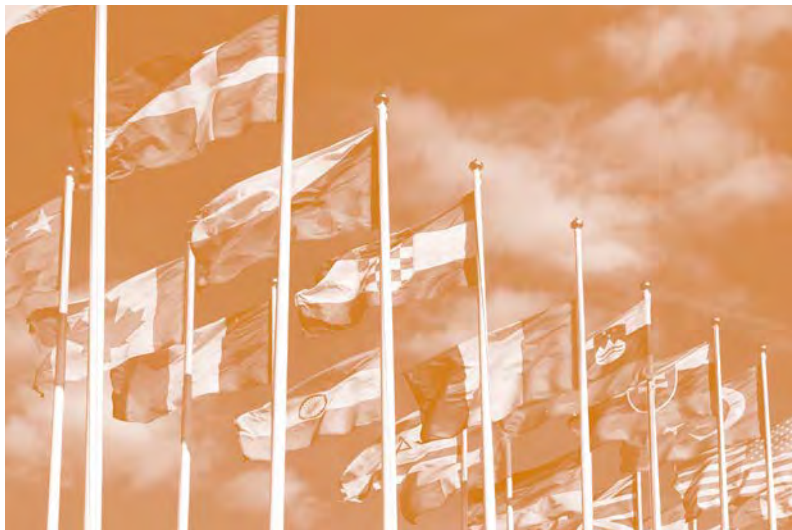
BVerfG, 1 BvL 10/10, 18.7.2012.

B

sección

"Justiciabilidad de los derechos sociales"





The image shows the front cover of a book. The cover is a solid, textured orange color. The title is printed in large, white, sans-serif, all-caps letters. The text is arranged in four lines: 'CORTE' on the first line, 'INTERAMER' on the second, 'DE' on the third, and 'DERECHOS HU' on the fourth. The book is set against a white background with a faint grid of small dots.

CORTE
INTERAMER
DE
DERECHOS HU

**El camino de la
Corte IDH hacia
la justiciabilidad
directa de los DESCAs
y su impacto en los
ordenamientos jurídicos
nacionales**

Julieta Rossi ¹¹⁹

DOI: 10.53110/CBVG6162

A. Introducción: En épocas recientes el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha registrado grandes avances en el campo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (derechos sociales o DESCAs), protagonizados tanto por la Corte Interamericana (Corte IDH) como por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Son desarrollos para aplaudir ya que permiten augurar una mayor protección a las víctimas del continente americano (en particular en América Latina) que se encuentran severamente privadas del goce de derechos sociales básicos e imposibilitadas de llevar adelante una vida autónoma en condiciones de dignidad e igualdad. Ello, además, en una región que demanda urgentemente un enfoque de derechos a la pobreza, exclusión social y discriminaciones profundas e intersectoriales por sexo, género, edad, etnia, condición sanitaria y migratoria (entre otros), fenómenos que se han agravado a partir de la pandemia por Covid-19 desatada a principios del año 2020.¹²⁰

¹¹⁹ Julieta Rossi es directora y profesora de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa) y profesora de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de General San Martín.

¹²⁰ CEPAL, 2021.



Este viraje de la Corte es importante para los países más rezagados en este campo, como Chile, o para aquellos que habiendo avanzado, últimamente han retrocedido en su protección.

En este contexto convulsionado e incierto, el giro de la Corte hacia la justiciabilidad directa podrá contribuir a la adopción o refuerzo de visiones robustas y emancipatorias de los derechos sociales y de los derechos humanos en general y del alcance y funciones de los Estados sociales y democráticos de derecho en la región. En muchos casos, esta nueva posición de la Corte va en línea y potencia los desarrollos constitucionales y jurisprudenciales que posicionan a los DESCAs como derechos plenos y exigibles y como guías para políticas públicas y modelos de desarrollo

justos e inclusivos. Las interpretaciones de la Corte IDH en esta materia deberían permear en el ámbito interno y servir de referencia para la definición del contenido y el alcance de los derechos sociales protegidos en el marco legal interamericano y de los deberes estatales correspondientes, y en muchos casos, del plexo constitucional nacional. Este viraje de la Corte es importante para los países más rezagados en este campo, como Chile, o para aquellos que habiendo avanzado, últimamente han retrocedido en su protección. En especial, el proceso constituyente chileno enfrenta una oportunidad única para considerar la trayectoria de muchos países de la región en el reconocimiento robusto de los DESCAs -muchos a partir de las incorporación del derecho internacional de los derechos humanos- en sus constituciones y de la ampliación de competencias de los poderes del Estado para su efectivización, en particular y en última instancia de los tribunales de justicia, así como de la previsión de nuevas herramientas y dispositivos para su reclamo por parte de los propios afectadosxs, organizaciones de la sociedad civil e instituciones nacionales de derechos humanos. La postura adoptada por el tribunal interamericano marca el rumbo hacia la garantía real de los derechos sociales que permita el goce efectivo de condiciones dignas, autónomas e igualitarias de existencia al conjunto de la población latinoamericana a partir del desarrollo de políticas públicas universales, sistemas públicos que promuevan la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en las tareas de cuidado, la redistribución de recursos económicos a través de sistemas tributarios progresivos y la implementación de la función social de la propiedad privada.

En este marco, el artículo se propone analizar el derrotero de la Corte IDH en la protección de los DESCAs hasta llegar a su justiciabilidad directa. El foco estará puesto en los desarrollos de esta última etapa y en los argumentos utilizados por el tribunal para tornar estos derechos exigibles, de manera directa y autónoma a través de la normativa interamericana específica que los contempla. Luego, se examinará la definición de estándares sobre el derecho a la salud, con especial referencia a las personas mayores de edad, las personas viviendo con VIH y con tuberculosis, así como la apli-

cación del derecho a la igualdad y no discriminación por motivos de género y de la discriminación interseccional. Por último, se plantearán algunos desafíos que surgen en el camino interpretativo adoptado por el tribunal tanto en el plano normativo como en el socioeconómico caracterizado por la severa desigualdad y exclusión social que presenta la región latinoamericana.

Si tuviéramos que sintetizar la actuación de la Corte en materia de protección de los DESCAs desde su creación hace ya más de 41 años, podemos afirmar que ésta ha sido limitada, en especial, si se toma en cuenta el uso directo de la normativa que recoge estos derechos en el SIDH. En términos generales, la garantía de los derechos sociales no ha estado en el centro de la agenda de los órganos del sistema ni en el despliegue de sus competencias.

En los últimos 10 años este proceso comenzó a revertirse, y de modo más central, desde el año 2017 a partir de la sentencia dictada en el caso “Lagos del Campo vs. Perú”,¹²¹ donde por primera vez la Corte IDH responsabilizó a un Estado por la vulneración del artículo 26 de la CADH de manera autónoma, en relación con derechos laborales y afirmó su competencia para conocer y resolver controversias al respecto.¹²²

Esta doctrina fue luego reiterada en casos posteriores donde abordó vulneraciones a distintos derechos sociales. Así, decidió los casos “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú” (2017) y “San Miguel Sosa vs. Venezuela” (2018) sobre derechos laborales; “Poblete Vilches vs. Chile” (2018), “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala” (2018) y “Hernández vs. Argentina” (2019) sobre derecho a la salud; “Muelles Flores vs. Perú” (2019) y “Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú” (2019), sobre derecho a la seguridad social y “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” (2020) sobre derechos al ambiente, al agua, a la alimentación adecuada y a la identidad cultural. También avanzó importantes consideraciones en esta materia en la Opinión Consultiva 23 del año 2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos.

Hasta adoptar el sendero de la justiciabilidad autónoma, el tribunal optó por ingresar al examen de denuncias de vulneraciones a derechos sociales

B.

Breve panorama: de la justiciabilidad indirecta a la directa

¹²¹ Caso Lagos del Campo vs. Perú, 2017.

¹²² Sobre el caso “Lagos del Campo”, véase Ferrer Mac-Gregor, Morales Antoniazzi y Flores Pantoja, 2018.

por la vía indirecta del análisis de derechos civiles y políticos, en muchos casos realizando una interpretación en clave social, igualitaria y extensiva de estos derechos.¹²³

Un factor de indudable relevancia que determinó la ambivalencia de los órganos del sistema es el panorama normativo deficiente y ambiguo que presentan en esta materia los instrumentos del SIDH, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Protocolo Adicional a la CADH en materia derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador). La CADH presenta sólo una norma aislada, el artículo 26 y al igual que en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prevé deberes amplios y a primera vista imprecisos, como la obligación de los Estados de “adoptar medidas de manera progresiva” y “de acuerdo con los recursos disponibles en cada Estado” para lograr “la plena efectividad de los derechos que se derivan de los normas económicas y sociales y en materia de educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA”, a través de “la cooperación y asistencia internacionales”. Por último, aún cuando el Protocolo de San Salvador es más desarrollado en términos de los derechos que protege, presenta limitaciones respecto del sistema de peticiones, reservado sólo a dos derechos (educación y derechos sindicales).

C. Justiciabilidad directa y autónoma de los DESCA a través del artículo 26. De “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat”

El recorrido emprendido por la Corte IDH hacia la justiciabilidad directa ha sufrido marchas y contramarchas. Podemos identificar distintas etapas: una primera donde la Corte IDH despliega una interpretación desatinada del artículo 26 de la CADH en el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú” (2003), que no tuvo mayor aplicación práctica; una segunda etapa en la que la Corte supera y rectifica esa postura y reencauza correctamente su línea hermenéutica, fundamentalmente a partir del caso “Acevedo Buendía vs. Perú” (2009) y una tercera etapa reciente, desde el año 2017, donde la Corte finalmente asume el camino de la justiciabilidad directa y autónoma de los derechos sociales a partir de una interpretación expansiva de las posibilidades del artículo 26.

En el primer caso de esta nueva doctrina, “Lagos del Campo”, la Corte sólo ofreció una motivación extremadamente escueta del cambio de pos-

¹²³ En este sentido y entre los más recientes, cabe citar: Suárez Peralta vs. Ecuador (2013); Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador (2015) e I.V. vs. Bolivia (2016).

tura. Asumiendo este déficit, en una serie de casos posteriores, el tribunal reafirmó su doctrina y refinó su argumentación; en particular en el caso “Cuscul Pivaral” ofreció una motivación más extensa y sólida.¹²⁴ La Corte recogió argumentos de votos concurrentes en casos anteriores como “González Lluy” y “Suárez Peralta” así como en trabajos de doctrina. Consideró que el principal problema jurídico planteado en el caso es si el derecho a la salud puede ser entendido como un derecho autónomo que deriva del artículo 26 de la CADH, y si posee competencia para pronunciarse sobre violaciones a este derecho sobre la base de los artículos 62 y 63 de la Convención.¹²⁵ Aquí la Corte aborda las siguientes tres cuestiones medulares para argumentar el cambio jurisprudencial: a) Si el artículo 26 reconoce derechos o establece meros objetivos programáticos; b) Si las obligaciones genéricas de “respetar”, “garantizar” y “adoptar medidas” del 1.1. y del 2 de la CADH se aplican a los DESCA y; c) Si la Corte tiene competencia para analizar violaciones a los derechos establecidos en el artículo 26 de la CADH y cómo se articula la limitación del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador sobre el sistema de protección. Además, el tribunal aborda otras cuestiones relevantes para la protección directa y autónoma de los DESCA, a saber: d) La metodología para identificar los derechos protegidos por el artículo 26 de la CADH en tanto se derivan de la Carta de la OEA y; e) El desarrollo del alcance y contenido de derechos en particular.

Al tratar estas cuestiones, sobre todo las tres primeras, la Corte IDH utiliza los métodos de interpretación estipulados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 29 de la CADH.¹²⁶ Así, apela a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica y a métodos complementarios. Veamos el modo en que aborda estas cuestiones.

Sobre la primera cuestión, la Corte entiende que, de acuerdo con la interpretación literal (principio de la primacía del texto), el sentido corriente que ha de atribuirse al artículo 26 de la CADH es que los Estados se comprometieron a hacer efectivos los “derechos” que se derivan de la Carta de la OEA. Si bien este instrumento consagra “principios” y “metas” tendientes al desarrollo integral, al mismo tiempo se refiere a derechos, tanto de manera explícita como implícita.¹²⁷

Por otra parte, la enunciación del artículo 26 sobre el deber de progresividad, debe entenderse como una formulación acerca de la naturaleza de la obligación, pero no pone en duda su carácter exigible. Existen otras

¹²⁴ Corte IDH, *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 2018, pár. 73 y 74.

¹²⁵ *Ibíd*, pár. 73.

¹²⁶ *Ibíd*, pár. 75.

¹²⁷ *Ibíd*, pár. 78.

fórmulas similares en la CADH como la establecida en el artículo 2, que reconoce el compromiso programático de los Estados de “adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos”.¹²⁸ En una interpretación acertada, **la Corte IDH determina que la progresividad sólo modula la obligación en cuanto a plazo y modalidad de cumplimiento, pero no le quita el carácter de obligación jurídica exigible.**

Adicionalmente, la Corte IDH coincide con la interpretación del Comité DESC sobre el artículo 2.1. del PIDESC (en su Observación General 3) en el sentido de que, si bien esta norma prevé la adopción de medidas de carácter progresivo, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. El

“ ”

***El hecho de que la plena efectividad se prevea a lo largo del tiempo no implica privar a la obligación de todo contenido significativo.*¹³⁰**

hecho de que la plena efectividad se prevea a lo largo del tiempo no implica privar a la obligación de todo contenido significativo.¹³⁰ Refuerza lo antedicho que el objeto y fin del tratado es precisamente “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.¹³¹ Por último, a partir de métodos complementarios de interpretación, analiza los trabajos preparatorios de la CADH para reafirmar el sentido resultante de los métodos principales de interpretación.¹³²

Respecto de si las obligaciones generales de respeto y garantía son aplicables a los DESCA, la Corte IDH responde afirmativamente. Explica que, si bien el artículo 26 está inserto en un capítulo aparte (capítulo III), a su vez, está dentro de la Parte I de la CADH “Deberes de los Estados y derechos protegidos” y por ende está sujeto a las obligaciones generales de los artículos 1.1. y 2 del capítulo I titulado “Enumeración de Deberes”, al igual que los derechos civiles y políticos previstos en el capítulo II. Esta conclusión se fundamenta, además, en la interdependencia e indivisibilidad recíproca entre todos los derechos que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos sin jerarquías entre sí y exigibles por igual.¹³³

¹²⁸ La Corte cita los casos *La Última tentación de Cristo vs. Chile* (2001, párr. 90) y *Tarazona Arrieta y otros vs. Perú* (2014, párr. 169).

¹²⁹ Cfr. Op. Cit., Corte IDH, *Cuscul Pivaral*, párr. 79 y 80.⁷⁸ Comité de Derechos Humanos, 2019, párr. 3 y 26.

¹³⁰ *Ibíd.*, párr. 81.

¹³¹ *Ibíd.*, párr. 90 y 93.

¹³² *Ibíd.*, párr. 95 y 96.

¹³³ *Ibíd.*, párr. 83, 84 y 85.

Con relación a la tercera cuestión planteada, la Corte afirma su competencia para analizar vulneraciones de todos los derechos de la CADH, incluyendo el artículo 26, en función de lo establecido en los artículos 62 y 63,¹³⁴ aún cuando el Protocolo de San Salvador la limita a los derechos sindicales y a la educación. **Una interpretación sistemática y de buena fe, lleva a la conclusión de que, al no existir una restricción expresa en el Protocolo que limite su competencia para conocer sobre violaciones a la Convención, esta limitación no debe ser asumida por la Corte.** No hay acto expreso posterior de los Estados que implique una modificación de la CADH y la interpretación debe ser la más favorable y menos restrictiva.

Sobre los derechos que protege el artículo 26 de la CADH, la Corte ha desarrollado una suerte de metodología para su identificación. En los casos “Poblete Vilches” y “Cuscul Pivaral”, que tomamos como ejemplo, el tribunal concluye que el derecho a la salud está protegido por el artículo 26.¹³⁵ Así, en primer lugar, pondera que este derecho puede derivarse de las normas de la Carta de la OEA, aunque en ella no hay referencia específica.¹³⁶ Analiza los artículos 34.i. y 34.l., en particular la norma del 45.h. de la Carta que expresa: “los Estados convienen en realizar esfuerzos para el desarrollo de una política eficiente de seguridad social”. La Corte advierte la existencia de una estrecha relación entre el compromiso de los Estados de garantizar una política de seguridad social y su deber de garantizar la atención de la salud, más aún en el contexto de las enfermedades endémicas. El tribunal concluye que existe una referencia suficientemente concreta para derivar el derecho a la salud de la Carta de la OEA. **De este modo, queda sentado el criterio de que aún cuando un derecho social no se encuentre reconocido de manera explícita en el texto de la Carta de la OEA, ello no obsta a que se lo pueda derivar de formulaciones que indirecta o implícitamente se refieran a él.**

En segundo lugar, se vale de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo XI garantiza expresamente el derecho a la salud. Utiliza dos argumentos. Por un lado, apela a su doctrina sobre la integración de la Declaración para interpretar la Carta de la OEA en materia de derechos humanos, establecida en su Opinión Consultiva OC-10/89. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que “la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Luego, hace referencia al artículo 29.d de la CADH que establece que

¹³⁴ Ibid., pár. 86, 87, 88 y 89.

¹³⁵ Ibid., pár. 110.

¹³⁶ Ibid., pár. 98.



Con argumentos similares, la Corte deriva de la Carta de la OEA la protección de los derechos laborales, a la seguridad social, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural y los considera previstos por el artículo 26 de la Convención.¹³⁸

ninguna disposición de este instrumento puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana y otros actos internacionales de la misma naturaleza.¹³⁷

Con argumentos similares, la Corte deriva de la Carta de la OEA la protección de los derechos laborales, a la seguridad social, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural y los considera previstos por el artículo 26 de la Convención.¹³⁸

Para determinar el alcance de los derechos sociales protegidos en el artículo 26 de la CADH y de los deberes estatales, la Corte ha recurrido al cuerpo legal internacional y nacional en la materia, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva de la CADH.¹³⁹ *Al respecto, COURTIS apunta que la Corte ha avanzado dando pasos ad hoc, sin proyectar claramente una teoría o un modelo que permita prever qué análisis sugiere para casos futuros.¹⁴⁰*

En el marco apuntado, el artículo 29 de la CADH prevé el principio pro persona que hace expresa referencia a las normas del derecho internacional general para la interpretación y aplicación de la CADH. De modo que, al determinar la responsabilidad internacional de un Estado en base a la CADH u otros tratados interamericanos y tal como ha sido su práctica constante, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinentes, como el ordenamiento interno.¹⁴¹

En igual dirección, el tribunal ha afirmado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de inter-

¹³⁷ *Ibíd.*, pár. 107, 108 y 109.

¹³⁸ Corte IDH, Op. Cit., casos Lagos del Campo, Muelles Flores y Lhaka Honhat.

¹³⁹ Corte IDH, Op. Cit., casos Poblete Vilches, pár. 103; Cuscul Pivaral, pár. 73 y Muelles Flores, pár. 73.

¹⁴¹ Corte IDH, Op. Cit., Casos Lhaka Honhat, pár. 196. A su vez la Corte cita en igual sentido los precedentes de Muelles Flores y Hernández.

pretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 31, tercer párrafo.¹⁴² Además, en este ejercicio hermenéutico, la Corte otorga un énfasis especial a la Declaración Americana, en función de la doctrina ya referida acerca de su integración a la Carta de la OEA en materia de derechos humanos.¹⁴³

Nos interesa aquí dar cuenta del modo en que la Corte formula los estándares pertinentes en materia de derecho a la salud, así como su alcance y contenido, según el método antes descrito.¹⁴⁴ En el caso “Poblete Vilches”, considera la previsión de la Constitución Chilena que protege el derecho a la salud y la regulación interna al respecto, aunque no la analiza en profundidad. Menciona también el amplio consenso regional sobre el derecho a la salud, en tanto se encuentra reconocido explícitamente en diversas constituciones y leyes internas de los Estados de la región. El tribunal apela a normas del derecho internacional sobre este derecho: artículos 25.1 de la DUDH, 12 del PIDESC y 10 del PSS.¹⁴⁵

Para precisar el contenido del derecho, la Corte se apoya fuertemente en los estándares ya desarrollados por el Comité DESC en su Observación General 14 sobre Derecho a la Salud y otras pertinentes. En base a estas fuentes, menciona una serie de elementos esenciales e interrelacionados, que deben satisfacerse en materia de salud, a saber, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, en el caso referidos a prestaciones médicas de urgencia. Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán incluir una perspectiva de género, así como del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y posibilidades de tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad, a través del consentimiento libre, previo e informado en carácter personal en primera instancia y luego por sustitución.¹⁴⁶

En especial, refiere a estándares vinculados a prestaciones de carácter básico e inmediato, frente a situaciones de urgencia o emergencia médica para las personas mayores.¹⁴⁷ La Corte considera entonces, que hay as-

D.

Alcance del derecho a la salud: las personas adultas mayores, las personas viviendo con VIH y con tuberculosis. La discriminación por género e interseccional

¹⁴² Prevé medios interpretativos como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado (Corte IDH, Op.Cit., caso Lhaka Honhat, pár. 197).

¹⁴³ Corte IDH, Op.Cit., caso Lhaka Honhat, pár. 188.

¹⁴⁴ Corte IDH, caso Poblete Vilches, pár. 111.

¹⁴⁵ Ibíd., pár. 113 y 114.

¹⁴⁶ Ibíd., pár. 121, 125-132, 161-162 y 166.

¹⁴⁷ bíd., pár. 104 y 134.

pectos del derecho a la salud que deben ser garantizados de forma inmediata, sin condicionante alguno; es decir, que no están sujetos a una realización progresiva ni a la existencia de recursos. A su vez, explicita el deber constante de regular y de prever mecanismos de supervisión y fiscalización de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas, en especial respecto de los servicios de urgencia.¹⁴⁸

En cuanto al componente de la accesibilidad, el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario y no discriminatorio a todas las personas que accedan a los servicios de salud, según el artículo 1.1. de la CADH. Puntualiza que “Otra condición social” permite incluir la edad como categoría prohibida por la norma. Plantea de manera explícita la prohibición de discriminación por edad en el acceso a los servicios de salud.¹⁴⁹ Aquí la Corte alude a dos concepciones del derecho a la igualdad, sobre las que ya se había pronunciado en casos y opiniones consultivas anteriores: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y otra positiva vinculada a la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.¹⁵⁰ En tal sentido, el deber de adoptar medidas positivas se acentúa respecto de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo, como son las personas mayores. Este grupo poblacional tiene derecho a una protección reforzada y por ende exige la adopción de medidas diferenciadas.¹⁵¹

En este caso, el tribunal se pronuncia por primera vez sobre el alcance y especificidades del derecho a la salud de las personas mayores a partir del importante desarrollo y consolidación de estándares del ámbito universal y regional, como la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la Observación General 6 del Comité DESC y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹⁵²

En síntesis, el tribunal interamericano establece un estándar claro y potente, de particular importancia si se toman en cuenta los cambios demográficos producidos en la región y el envejecimiento de la población: las personas mayores deben ser consideradas como sujetos de derecho de especial protección y por ende sujetos de cuidado integral, con el debido respeto a su autonomía e independencia. Esta especial protección se tra-

¹⁴⁸ *Ibíd.*, pár. 119 y 124.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, pár. 122.

¹⁵⁰ Al respecto véase Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 y Abramovich, 2009.

¹⁵¹ *Op. Cit.*, Corte IDH, caso Poblete Vilches, pár. 127.

¹⁵² *Ibíd.*, pár. 125 a 132.

duce en obligaciones reforzadas de respeto y garantía de su derecho a la salud, que implica brindarles las prestaciones de salud que sean necesarias a su condición de manera eficiente y continua.¹⁵³ Al mismo tiempo, cabe destacar que la aplicación de estos estándares al caso concreto ha merecido críticas, en tanto la Corte omitió considerar las limitaciones estructurales del sistema de salud chileno, en definitiva responsables por la muerte del sr. Poblete Vilches.¹⁵⁴

En el caso “Cuscul Pivaral”, por su parte, el tribunal retoma estándares ya esbozados en el caso “Gonzáles Lluy” sobre atención integral a personas viviendo con VIH/SIDA. En particular, para determinar los distintos componentes de esta atención, toma en cuenta las Directrices internacionales específicas en materia de VIH/SIDA.¹⁵⁵ De manera similar, en el caso “Hernández” al estar en juego la atención médica a una persona que había contraído tuberculosis en contexto de encierro, el tribunal tuvo en cuenta las Normas Internacionales para la Asistencia Antituberculosa que constituyen una referencia autorizada para determinar el alcance específico del derecho a la salud en estos casos.¹⁵⁶

Estas directrices y normas de referencia internacional - que en principio no resultan vinculantes -, al ser integradas por la Corte al contenido del derecho a la salud, se tornan exigibles.

En otra línea de análisis, en el caso “Cuscul Pivaral”, la Corte avanzó en conceptualizar y aplicar la noción de discriminación interseccional para dimensionar de manera integral y comprensiva las vulneraciones al derecho a la salud y los impactos diferenciados y más perjudiciales causados al grupo de mujeres víctimas del caso, viviendo con VIH/SIDA, quienes además se encontraban embarazadas y eran personas de bajos recursos.¹⁵⁷

En ese sentido, la discriminación interseccional, según la Corte, es resultado de la confluencia de distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a ciertas condiciones de una persona; la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que la afectan. Así, los Estados deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de dis-

¹⁵³ Ibíd., pár. 132.

¹⁵⁴ Aldao y Clérico, 2019.

¹⁵⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos. Versión consolidada de 2006.

¹⁵⁶ Corte IDH, Hernández vs. Argentina, pár. 79.

¹⁵⁷ Op. Cit., Corte IDH, Cuscul Pivaral, pár. 138. Al respecto, véase Góngora Mera, 2020.

criminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas, así como aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones.¹⁵⁸

El tribunal interamericano ya se había referido al concepto de discriminación interseccional en “Gonzáles Lluy” donde reconoció que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos. En el caso “IV c. Bolivia”, de igual modo se le solicitó a la Corte IDH determinar si en el caso de la señora víctima de los hechos denunciados se verificó una discriminación múltiple, o si los distintos criterios alegados convergieron de forma interseccional en la configuración de una situación particular y específica de discriminación.¹⁶⁰ Sobre este punto, la Corte subrayó que la esterilización sin consentimiento es un fenómeno que en diversos contextos y lugares ha tenido un mayor impacto en mujeres que integran grupos con una mayor vulnerabilidad a sufrir esta violación de derechos humanos ya sea por su posición socioeconómica, raza, discapacidad o por vivir con VIH.¹⁶¹

E. **Apuntes finales y (algunos) desafíos**

Para finalizar, es factible sostener que la vía de la justiciabilidad directa promete aportar a una mayor protección de los derechos sociales en la región, tal como sostuvo el juez de la Corte Ferrer Mac-Gregor en sus votos concurrentes en los casos “Suárez Peralta” y “Gonzáles Lluy”. Entre otras razones, este abordaje permite mayor precisión en la identificación de los derechos sociales afectados, así como esclarecer y amplificar sus contenidos concretos y las obligaciones estatales en esta materia. Como consecuencia de ello, esta doctrina tiene el potencial de contribuir a la determinación de las reparaciones debidas a las víctimas de modo más adecuado, en función de un mayor desarrollo y especificidad de las vulneraciones a estos derechos.

Estas ventajas se observan comparando los casos en los que la Corte abordó las afectaciones a los DESC por la vía indirecta con aquellos más recientes donde los resuelve por la vía directa. Al mismo tiempo, no es posible soslayar que el tribunal ha realizado importantes contribuciones por vía

¹⁵⁸ Op. Cit., Corte IDH, Cuscul Pivaral, pár. 138.

¹⁵⁹ Cfr. Op. Cit., Corte IDH, Gonzáles Lluy y otros, pár. 288.

¹⁶⁰ Op. Cit., Corte IDH, I.V c. Bolivia, pár. 247.

¹⁶¹ La Corte IDH cita entre otras fuentes, Informe de Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, Formas múltiples e interseccionales de discriminación y violencia contra la mujer (A/HRC/17/26, 2011).

de conexidad, en particular sobre la responsabilidad estatal en la rectoría del sistema de salud¹⁶² así como al interpretar derechos civiles y políticos en clave social y no discriminatoria, como el derecho a la propiedad, que lo hizo extensivo a los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan de manera colectiva.

Resultaría conveniente, además, que la Corte IDH profundice y precise el régimen de obligaciones que establece la CADH, en particular, respecto de la articulación y relación entre las obligaciones de “respetar”, “garantizar” y “adoptar medidas” y la “de progresividad y no regresividad”. Esta precisión es de suma importancia para la determinación del tipo y alcance de las medidas de reparación en los casos concretos. De igual modo resulta relevante para consolidar un esquema común de obligaciones, que tienda a la unificación y no al divorcio, reforzando una visión holística e integral de todos los derechos humanos.

A su vez, si bien la Corte avanzó algunos criterios para determinar el cumplimiento de las obligaciones de progresividad y no regresividad,¹⁶³ es necesario intensificar el desarrollo de parámetros claros y de forma articulada con el deber estatal de utilizar el máximo de los recursos disponibles. En esta evaluación debe incluirse la política fiscal, que incluye la asignación del gasto como los sistemas impositivos. En tal sentido, se deberá promover la imposición de mayores cargas tributarias sobre los sectores sociales de ingresos más altos, sobre todo en épocas de crisis y de restricción de recursos. Esta cláusula aun merece particular atención y un análisis minucioso de su potencial redistributivo. De igual modo los órganos del sistema deben desarrollar el alcance de la obligación de no regresividad en contextos de ajuste y programas y medidas de austeridad como los que han sufrido y sufren muchos países de la región.

Por último, otro desarrollo crucial en el que la Corte y los órganos del SIDH deberán profundizar es en la protección especial de grupos vulnerabilizados. América Latina sigue siendo la región más desigual del mundo y las reparaciones en este sentido deben implicar medidas positivas, políticas públicas diferenciadas y redistributivas para atender desigualdades interseccionales por razón de sexo y género, identidad de género, raza y etnia, edad, discapacidad, condición socioeconómica y ubicación territorial. Se debe poner el foco en las consecuencias de determinar la existencia de una situación de desigualdad estructural para lograr transformaciones de fondo, sustantivas, de las causas que generan aquellas disparidades tan visibles y punzantes que caracterizan la región y que se agudizaron con la pandemia por el Covid-19.

¹⁶² Cfr. Op. Cit., Courtis, 2020, Prólogo.

¹⁶³ Véase Op. Cit., Rossi, 2020.

• BIBLIOGRAFIA

Abramovich, V. (2009)

‘De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos’, Revista DERECHO PUCP, 63.

— (2010)

‘Responsabilidad estatal por la violencia de género. Comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos’, Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos.

Aldao, M. y Clérico, M.L. (2019)

‘El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables’, en Morales Antoniazzi, M. y Clérico, M.L. (coord.), Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH. Querétaro: Instituto de Estudios Comparados del Estado de Querétaro.

Carbonell, M. (2018)

‘Introducción general al control de convencionalidad’, en Valadés, D. y González Pérez, L.R. (coord.), El constitucionalismo contemporáneo, Homenaje a Jorge Carpizo. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Comisión Económica para América Latina (CEPAL) (2021)

Panorama Social de América Latina, 2020.

— (2020)

América Latina y el Caribe ante la pandemia del COVID-19: efectos económicos y sociales.

Courtis, C. (2020)

‘Prólogo’, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L., Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México.

— (2014)

‘Capítulo III - Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Artículo 26. Desarrollo Progresivo’, en Steiner, C. y Uribe, P. (eds.), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario. Bolivia: Fundación Konrad Adenauer.

- (2004)
‘Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’, Revista Mexicana de Derecho Público, 6.
- (2006)
Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto-CEDAL-CELS.
- (2005)
‘La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos’, en Courtis, C., Hauser, D. y Rodríguez Huerta, G. (comps.), Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos. México: Porrúa-ITAM.
- Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M. y Flores Pantoja, R. (2018)
Inclusión, lus Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Góngora Mera, M. (2020)
‘Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L., Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México.
- Parra Vera, O. (2018)
‘La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo’, en Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M. y Flores Pantoja, R. (coord.), Inclusión, lus Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- ____ (2013)
‘La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos’, en Clérico, L., Ronconi, L. y Aldao, M. (coord.), Tratado de Derecho a la Salud. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ____ (2011)
Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante el Sistema Interamericano. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

- Pautassi, L. (2016)
‘Indicadores de Progreso para Medir Derechos Sociales: un nuevo escenario para las políticas públicas en América Latina’, en Muñoz-Pogossian, B. y Barrantes, A. (eds.), Más derechos para más gente. Equidad e inclusión social: superando desigualdades hacia sociedades más inclusivas. Washington DC: Organización de Estados Americanos, Desarrollo e inclusión social.
- Pinto, M. (2004)
‘Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano’, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 40.
- Pisarello, G. (2007)
Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Trotta.
- Ronconi, L. (2019)
‘Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron, ¿para quedarse?’, en Morales Antoniazzi, M. y Clérico, L. (coord.), Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH. Querétaro: Instituto de Estudios Comparados del Estado de Querétaro.
- Rossi, J. (2020)
‘Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles. Puntos de encuentro y desencuentro entre la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas’, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L., Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro e Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2020)
‘Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCA. El camino de la justiciabilidad directa: de Lagos del Campo a Asociación Lhaka Honhat’, Revista Pensar en Derecho, 16.
- Rossi J. y Abramovich, V. (2004)
‘La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos’, en Martin, C., Rodríguez-Pinzón, D., Guevara, J.A. (comps.), Derecho Internacional de los Derechos Humanos. México: Fontamara, American University, Universidad Iberoamericana.



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

Beatríz Larrain Martínez ¹⁶⁴

DOI: 10.53110/TERI1374

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

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

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

B.

Nociones básicas

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

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

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

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

amplias políticas públicas a través de sus decisiones.¹⁶⁶

“ ”

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

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

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

¹⁶⁶ Holland, 1991.

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

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

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

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

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

¹⁶⁷ Tate, C.N. y Vallinder, T., 1995.

¹⁶⁸ Basta para comprobarlo ver cualquier medio de prensa nacional.

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

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

C.

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

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

Partiremos por los argumentos en contra.

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

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

¹⁶⁹ Glendon, 1991.

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

¹⁷¹ Nolan, Porter y Langford, 2017.

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

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

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

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

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

“ ”

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

¹⁷² Ver Campos y Larraín, 2020.

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

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

D.

Algunos casos chilenos

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

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

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

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

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

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

¹⁷³ Corte de Apelaciones de Concepción, rol 3459-2018, 31 agosto 2018.

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

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

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

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

“ ”

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷⁴ Ver Figueroa, 2018, pp. 914-917; Olave, 2008, pp. 40-54.

¹⁷⁵ Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 230-2008, 9 agosto 2008.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷⁶ Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 557-2008, 3 octubre 2008.

¹⁷⁷ Testigos de Jehová, sin fecha.

¹⁷⁸ Figueroa, 2018, p. 916.

¹⁷⁹ Corte de Apelaciones de Talca, rol 9073-2019, 11 marzo 2020.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸⁰ Corte Suprema, rol 33.789-2019, 10 septiembre 2020.

¹⁸¹ Corte de Apelaciones de Concepción, rol 4105-2020, 5 mayo 2020.

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

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

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

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

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

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

“ ”

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

¹⁸² Corte Suprema, rol 72.198-2020, 18 enero 2020.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

E.

Conclusiones

• BIBLIOGRAFIA

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



Modelos de incorporación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: Aprendizajes para el proceso constituyente chileno.¹⁸³

Dra. Katie Boyle¹⁸⁴, Vicente Silva¹⁸⁵ y

Valentina Contreras Orrego¹⁸⁶

DOI: 10.53110/PWVG6458

A. Introducción: La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho nacional significa incorporar los estándares legales dispuestos en el derecho internacional e implementarlos a nivel doméstico. Si bien este proceso de incorporación puede tomar muchas formas, este documento intenta presentar algunas maneras mediante las cuales Chile podría incorporar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el marco normativo nacional, aprovechando el momento constituyente

¹⁸³ Artículo originalmente preparado por Katie Boyle, para la Comisión de Derechos Humanos de Escocia.

¹⁸⁴ Abogada de derecho constitucional y derechos humanos. Profesora asociada de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Stirling, Reino Unido.

¹⁸⁵ Abogado, Universidad de los Andes. Magíster en derecho internacional de los derechos humanos de la Universidad de Essex, Reino Unido. Actualmente se desempeña como representante en Latinoamérica de la Iniciativa Global por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁸⁶ Abogada de la Universidad de Chile, MSc en Derechos Humanos por la London School of Economics and Political Science (LSE) y representante en Chile de la Iniciativa Global por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (GI-ESCR).

en que se encuentra. Tradicionalmente, la incorporación se ha entendido como una manera directa de recoger el derecho internacional en el sistema legal nacional a través de la Constitución o mediante legislación nacional. Sin embargo, este documento adopta una visión más amplia y completa de la incorporación, incluyendo una variedad de métodos mediante los cuales se introducen tanto los estándares legales internacionales como los remedios eficaces al marco normativo nacional. Por lo tanto, este documento se centra en los modelos de incorporación por un lado y en los mecanismos de justiciabilidad por el otro.¹⁸⁷

La incorporación y justiciabilidad de los DESC no es un fenómeno nuevo, ha ocurrido por todo el mundo de maneras diferentes. Este documento presenta caminos potenciales de cambio constitucional, para que los procesos de reforma con enfoque de derechos humanos sigan elaborándose a partir de datos, evidencia comparada y las mejores prácticas.

Al respecto, algunos países ya han realizado avances sustantivos para incorporar el derecho internacional de los derechos humanos en su legislación nacional, tales como Noruega, Bélgica y España. Más recientemente, se destaca Suecia¹⁸⁸ -con su propuesta de incorporar 'los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas'-¹⁸⁹ y Escocia, que instituyó el Grupo Consultivo del Primer Ministro para considerar cómo este país podría seguir siendo un líder en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, a la vez que para revisar la incorporación de estos derechos en la legislación doméstica.¹⁹⁰ Este Grupo Consultivo recomendó incorporar los DESC para facilitar las discusiones sobre la manera en que Escocia traduce la legislación internacional de los derechos humanos en el ámbito nacional, lo que derivó en la creación de un órgano especial para aplicar estas recomendaciones y preparar una nueva Ley sobre los Derechos Humanos en el país. Esta experiencia, así como otras, entregan diversas lecciones para otros procesos constitucionales, entre las que se pueden extraer valiosos aprendizajes para el proceso constituyente en Chile.

¹⁸⁷ Véase, por ejemplo, la definición de incorporación desarrollada por el Comité de Derechos del Niño, 2003.

¹⁸⁸ La nueva legislación aprobada en Suecia el 1° de enero de 2020 incorporó la CDN en el ámbito nacional. Disponible en: <https://www.government.se/articles/2018/04/questions-and-answers-about-incorporating-un-convention-on-the-rights-of-the-child-into-swedish-law/> (Consulta: 14 diciembre 2020).

¹⁸⁹ Scottish Government, sin fecha.

¹⁹⁰ First Minister's Advisory Group on Human Rights Leadership, sin fecha.

Los derechos humanos incluyen a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales. En términos amplios, la expresión derechos civiles y políticos se ha entendido tradicionalmente como la garantía de las libertades individuales frente a la intervención gubernamental,¹⁹¹ mientras que la expresión derechos sociales se utiliza para denominar a la categoría de derechos de igualdad que se refieren al bienestar económico y social,¹⁹² constituyendo un posible medio para promover un mayor grado de justicia social.¹⁹³ En este contexto, los derechos civiles y políticos incluyen derechos como el derecho a un juicio imparcial, el derecho a votar o la libertad de tránsito, entre otros; mientras que los DESCAs incluyen derechos como la educación, la seguridad social, condiciones justas de trabajo, la vivienda adecuada, el derecho a la salud y el derecho a la alimentación, entre muchos otros.

El tratamiento separado de los derechos civiles y políticos y los DESCAs obedeció a un método de trabajo fijado por la nascente Organización de Naciones Unidas, altamente influenciada por las ideologías de la guerra fría vigentes en la época.¹⁹⁴ Sin embargo, con el tiempo se fue instalando la discusión en torno a la unidad de los cimientos de ambos derechos alrededor de los valores de la dignidad, libertad y pertenencia a la comunidad,¹⁹⁵ situación que fue zanjada en 1993 a través de la Declaración y Programa de Acción de Viena, la que codificó el principio de indivisibilidad de los derechos, destacando que:

*“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.*¹⁹⁶

Sin embargo, históricamente el estatus legal de los DESCAs ha continuado siendo malinterpretado,¹⁹⁷ derivando en una falta de entendimiento sobre la forma en que los DESCAs deben ser aplicados en la práctica.¹⁹⁸

¹⁹¹ De Búrca, 2012, p. 3.

¹⁹² *Ibíd.*, p. 4.

¹⁹³ *Ibíd.*, p. 4.

¹⁹⁴ Gearty y Mantouvalou, 2011, p. 98.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, p. 98.

¹⁹⁶ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993, p. 19.

¹⁹⁷ Craven, 1995.

¹⁹⁹ Sobre las discusiones relativas a los conceptos erróneos que rodean la dicotomía de los derechos humanos basados en una antinomia positiva vs. negativa, véase: Koch, 2005.

B.

El estatus legal de los DESCAs y la "justiciabilidad" de los derechos

Las sucesivas medidas para proteger los derechos humanos, tanto a nivel regional como nacional, se han centrado erróneamente sólo en los derechos civiles y políticos, relegando los DESCAs a meras aspiraciones, objetivos políticos o asuntos cuya regulación depende exclusivamente del poder legislativo.¹⁹⁹ Esta idea equivocada surge por la comprensión generalizada de que los derechos civiles y políticos son exigibles ante los tribunales de justicia -es decir, son "justiciables"-, en contraposición a los DESCAs, en cuya aplicación "con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario".²⁰⁰ Así, cuando un Estado ha incorporado los derechos civiles y políticos en su marco constitucional, los tribunales pueden intervenir para proporcionar un remedio cuando éstos han sido violados, situación que no siempre sucede con los derechos sociales. Lo anterior, ha creado una brecha en términos de la rendición de cuentas del Estado en relación con la garantía de los derechos no incluidos expresamente en el texto constitucional. Sin embargo, han pasado más de tres décadas desde que la literatura y las mejores prácticas internacionales han reconocido que los DESCAs son normas legales internacionales vinculantes y susceptibles de ser ejecutadas judicialmente.²⁰¹

De esta manera, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el órgano de Naciones Unidas responsable de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) ha requerido el aseguramiento de remedios judiciales²⁰² ante violaciones de los DESCAs.²⁰³ Conforme al criterio del Comité, la diferenciación en la protección judicial de los derechos civiles y políticos y los DESCAs "no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto", ²⁰⁴ agregando que la negativa generalizada a reconocer la naturaleza justiciable de los DESCAs es arbitraria debiendo entonces recibir la misma protección que los derechos civiles y políticos en el marco normativo nacional.²⁰⁵ Las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales más relevantes hoy giran en torno a cuál es la mejor forma de proporcionar remedios ejecutables o a través de qué mecanismos podrían incorporarse mejor los DESCAs dentro de un marco constitucional particular, de forma factible y legítima.

¹⁹⁹ Op. Cit., Craven, 1995.

²⁰⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1998, p. 4.

²⁰¹ Véase: Gauri y Brinks, 2010 y Minkler, 2013.

²⁰² Para efectos de este documento, el término "justiciabilidad" se referirá a la adjudicación de un derecho por parte de un tribunal imparcial.

²⁰³ Op. Cit., Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1998, pár. 10.

²⁰⁴ *Ibíd.*, pár. 10.

²⁰⁵ *Ibíd.*, pár. 10.

La incorporación de los DESCAs implica adoptar a nivel doméstico los estándares internacionales que obligan a los Estados. Esto puede ocurrir a través de una variedad de vías o "puertos"²⁰⁶ tales como: (i) la constitucionalización de las normas internacionales, (ii) la adopción legislativa o administrativa de normas internacionales de derechos humanos, (iii) la suscripción de un mecanismo internacional de quejas y el cumplimiento de sus decisiones a nivel nacional, o (iv) la incorporación de un enfoque judicial del derecho consuetudinario.²⁰⁷ Estas vías forman parte de los diversos componentes básicos utilizados en diferentes modelos constitucionales y no son mutuamente excluyentes: el derecho internacional de los derechos humanos puede integrarse a través de estas diferentes vías de forma aislada o simultáneamente. En cualquier caso, la incorporación requiere de la vernacularización de estándares legales establecidos en el derecho internacional, para hacerlos aplicables al contexto nacional específico.

A pesar de que la incorporación de los DESCAs no es una bala de plata para resolver todos los problemas sociales, su reconocimiento es una piedra angular para guiar el desarrollo progresivo de legislación y políticas públicas que permitan un mejor acceso a los derechos directamente relacionados con las condiciones de vida de las personas.²⁰⁸ Además, permite establecer un marco de rendición de cuentas que obligue a los poderes públicos a considerar el derecho internacional de derechos humanos en el desempeño de sus funciones.

En Chile, la Constitución vigente reconoce parcialmente algunos DESCAs, entre los que se incluyen el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Nº 8), el derecho a la protección de la salud (Nº 9), el derecho a la educación (Nº 10), los derechos de los trabajadores (Nº 16), el derecho a la seguridad social (Nº 18) y el derecho a sindicarse (Nº 19). Sin embargo, a nivel constitucional el Estado no asume un rol activo en la provisión de servicios públicos, sino que le entrega a los actores privados la responsabilidad de satisfacer los DESCAs a través de estrategias de mercado.²⁰⁹ Lo anterior queda de manifiesto al revisar el artículo 20 de la Constitución, el que contempla un recurso judicial de protección en caso de violación de algunos de los derechos contemplados en el artículo 19, cautelando así la intervención de los privados en la provisión pública. Es así que el acceso a este recurso está disponible sólo en ciertas circunstancias, por ejemplo, la protección del derecho a la salud sólo respecto de las violaciones del derecho a elegir

C.

¿Qué queremos decir con incorporación?

²⁰⁶ Resnik, 2006, pp. 1564-1670.

²⁰⁷ *Ibíd.*

²⁰⁸ Véase: Scottish Human Rights Commission, 2015.

²⁰⁹ Figueroa y Jordán, 2020.



Abordando estos temas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha señalado que la actual consagración constitucional no cumple con los estándares internacionales de derechos humanos, mostrando su preocupación porque “que el recurso de protección establecido en la Constitución deja fuera de la protección jurídica algunos de los derechos contenidos en el Pacto, limitando su aplicabilidad directa por los tribunales nacionales”.²¹¹

el sistema de atención sanitaria (público o privado), lo que desplaza el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud en los términos establecidos en el derecho internacional.²¹⁰ Similarmente, si bien el artículo 19 N°10 incorpora el derecho a la educación, la referida acción judicial sólo puede ser interpuesta respecto de las violaciones a la libertad de los padres de elegir el establecimiento educacional de sus hijos (19 N° 11), transformando el derecho a la educación en un derecho de segunda categoría.

Abordando estos temas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha señalado que la actual consagración constitucional no cumple con los estándares internacionales de derechos humanos, mostrando su preocupación porque “que el recurso de protección establecido en la Constitución deja fuera de la protección jurídica algunos de los derechos contenidos en el Pacto, limitando su aplicabilidad directa por los tribunales nacionales”.²¹¹ Por lo anterior, recomendó al Estado de Chile garantizar “el reconocimiento integral y la protección jurídica necesaria de los derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo texto constitucional, asegurando que el proceso de reforma constitucional previsto se realice de una forma transparente y participativa”.²¹²

En este sentido, la incorporación nacional de las normas debiera basarse en el marco normativo internacional e ir acompañada en todo momento de un remedio efectivo ante la violación de un derecho. Si bien los remedios pueden adoptar formas muy diversas, cualquier debate sobre cambios constitucionales relativos a los DESCAs debería tener en cuenta estrategias que privilegien remedios innovadores. Así, la oportunidad de elaborar una nueva Constitución en Chile permite clarificar y expandir las vías para proporcionar remedios efectivos en el contexto de los DESCAs a través, por ejemplo, de las acciones de protección y la litigación colectiva.

²¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12.

²¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2015, pár. 7.

²¹² *Ibíd.*, pár.7.

Aprovechando el proceso constituyente en marcha, Chile tiene la posibilidad de extraer lecciones de otras experiencias, pudiendo convertirse en un líder internacional si logra desarrollar formas más innovadoras de incorporar los DESCAs en su Constitución, por ejemplo, con la adopción de medidas de igualdad sustantiva, como ya lo ha hecho a través de la elección de la primera convención paritaria del mundo.

Las mejores prácticas comparadas evidencian que la incorporación doméstica debe producirse a través de las instituciones políticas, lo que significa que las ramas legislativa, ejecutiva y judicial deberían estar vinculadas por los mismos principios y actuar como garantes de los derechos humanos, recogiendo así el planteamiento multiinstitucional de los DESCAs que reconoce la importancia de involucrar a todas las ramas del Estado en las decisiones que afectan estos derechos. Por ello, los modelos que a continuación se analizan pretenden identificar los roles que las diferentes instituciones gubernamentales juegan en la incorporación doméstica de los estándares internacionales.

Los modelos constitucionales pueden variar significativamente de un país a otro, lo que influye en la diversidad de mecanismos que garantizan el acceso a los derechos. Esto significa que existe una amplia gama de estrategias adoptadas por los Estados para proteger las garantías constitucionales. Así, los mecanismos de incorporación doméstica pueden ofrecer diferentes grados de aplicación de la ley, variando desde mecanismos de supremacía parlamentaria, tribunales muy reticentes a interferir en la garantía de derechos (se muestran deferentes con el parlamento/gobierno) hasta tribunales que actúan de manera significativa para proteger los derechos (defienden la Constitución y actúan como garantes de los derechos humanos). Estas estrategias son muy importantes, en tanto entregan información sobre los distintos tipos de incorporación normativa que pueden existir.

I. Finlandia

En Finlandia, los DESCAs reciben protección constitucional. Sin embargo, todas estas disposiciones están dirigidas al Poder Legislativo: el derecho a la ciudadanía (artículo 5); el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 6); los derechos educativos (artículo 16); el derecho a la lengua y la cultura (artículo 17); el derecho al trabajo (artículo 18) y el derecho a la seguridad social (artículo 19), requieren que se les dé efecto a través de una legislación subsecuente.²¹³

²¹³ Las disposiciones constitucionales estipulan que los detalles acerca de cómo se garantizarán los derechos deben ser proporcionados por ley.

D.

Modelos constitucionales comparados

En este sentido, la Constitución impone una obligación preceptiva al Poder Legislativo para que regule la protección y el cumplimiento de los DESCAs. En este contexto, **el modelo finlandés se encuentra acorde a la doctrina de la supremacía parlamentaria, dejando a salvo la posibilidad de que exista una aplicación judicial directa o control de convencionalidad por parte de los tribunales de justicia.** Sin embargo, el Comité DESC ha lamentado la falta de información sobre casos de aplicabilidad directa de la convención frente a los tribunales domésticos,²¹⁴ lo que podría hacer suponer que el control judicial ex post aún no está suficientemente desarrollado.

II. Colombia

La Constitución Colombiana divide a los derechos humanos en tres grupos: derechos fundamentales, sociales y derechos colectivos y medioambientales (capítulos 1, 2 y 3). Dentro de los derechos sociales incluidos en la Constitución se encuentran la salud, la vivienda, el trabajo y la educación, entre otros. A su vez, se protege a los grupos vulnerables y desfavorecidos de la sociedad con medidas particulares para los niños, las mujeres, las personas mayores y las personas con discapacidad (artículos 46-47). Esta Constitución incorpora directamente en la legislación doméstica los derechos garantizados en los tratados internacionales ratificados por Colombia (artículo 44), equiparando así a los tratados de derechos humanos con una norma constitucional a través de su prevalencia en el orden interno (artículos 93).

Para hacer operativa esta prevalencia, **la Carta Colombiana consagra la acción de tutela (artículo 86) como el principal mecanismo para su protección jurídica. La tutela permite que una persona presente una solicitud de protección ante cualquier juez de la República para que se decrete la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.** Sin perjuicio de la aplicabilidad inmediata del fallo del juez correspondiente, todas las decisiones emitidas por jueces ordinarios en sede de tutela se envían a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Los magistrados de la Corte Constitucional pueden revisar las tutelas y, cuando proceda, agrupar casos para examinar problemas estructurales. Así por ejemplo, cuando surge una problemática que afecta a un grupo grande de personas vulnerables, los casos son agrupados y la Corte determina un remedio colectivo. Esta función de la Corte Constitucional se enmarca dentro de su responsabilidad de defender la integridad y supremacía de la Constitución (artículo 241), la que se concreta en la unificación de la jurisprudencia en la materia, en aras de garantizar la igualdad y seguridad jurídica.²¹⁵ Como resultado de

²¹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2014, párr. 6.

²¹⁵ Carrera, 2011, pp. 79-80.

la aplicación de la tutela, se ha producido un profundo cambio en la cultura legal del país, lográndose considerables avances en la aplicación judicial de los DESCA.²¹⁶

III. Alemania

En Alemania, los derechos humanos asumen estatus constitucional. Los derechos constitucionales no incluyen todos los derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo, **la Constitución sí consagra un derecho a la dignidad (artículo 1.1) que la Corte ha interpretado como constitutivo de obligaciones mínimas** (existenzminimum) a través de la garantía de derechos sociales particulares.²¹⁷ Las responsabilidades de gobierno, incluyendo el cumplimiento de las obligaciones de los derechos humanos,²¹⁸ se dividen entre un nivel federal (Bund) y un nivel descentralizado (Länder).

IV. Sudáfrica

El modelo sudafricano adopta una mezcla de reconocimiento sustantivo de derechos humanos junto con salvaguardias y cláusulas de limitación contenidas en la Constitución. A los derechos se les concede protección en diferentes niveles con respecto a las obligaciones de respeto, protección, promoción y cumplimiento.²¹⁹ Algunos derechos denominados "negativos" gozan de protección inmediata, como por ejemplo, el derecho a no ser desalojado sin un procedimiento justo.²²⁰ A algunos derechos se les otorga un estado de inderogabilidad, como por ejemplo, a los derechos relativos a los niños.²²¹ Otros derechos son considerados como susceptibles

²¹⁶ Sepúlveda, 2009, p. 144.

²¹⁷ Ley Fundamental para la República Federal Alemana, modificada en 2014, artículo 1.1.

²¹⁸ Según el caso BVerfGE 125, 175 (Hartz IV).

²¹⁹ Según el Artículo 7 de la Constitución.

²²⁰ Véase, por ejemplo, el caso *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg and Others*, CCT 24/07, [2008] ZACC 1. En dicho caso, la Corte determinó que la Constitución exige de un compromiso y participación significativos por parte de las comunidades afectadas antes que se pueda extender una orden de desalojo (no puede haber desalojos forzosos sin previo aviso).

²²¹ Como el derecho a ser protegido contra el maltrato, el abandono, el abuso o la destitución; y el derecho a ser protegido de prácticas de explotación laboral (sección 28 (1) (d) y (e)). Para leer un análisis de los derechos del niño (en particular los derechos ESC de las niñas) en la Constitución de Sudáfrica, ver: Skelton, 2010, p. 141.

de efectivización progresiva, como el derecho a acceder a una vivienda adecuada y el derecho a acceder a la atención sanitaria, a la alimentación, al agua potable y a la seguridad social.²²² Adicionalmente, existe una cláusula de limitación general en el artículo 36, por la que los derechos pueden ser limitados si las referidas restricciones son razonables y justificables en una sociedad abierta y democrática.²²³ Más aún, la Corte Constitucional Sudafricana ha dictaminado y ha hecho valer los DESC a través de la aplicación de un examen de “razonabilidad” a la hora de evaluar su cumplimiento por parte del Estado.

V. Suecia

En Suecia existe un proceso de control difuso y preventivo de la legislación por parte de los tribunales de justicia en los casos en que la ley resulte manifiestamente incompatible con la Constitución u otras provisiones de ley superior.²²⁴ Por una parte, este tipo de control ex ante de la legislación resulta positivo al dificultar (aunque no imposibilitar) la dictación de legislación que infrinja los derechos fundamentales.²²⁵ Por otro, sin embargo, hay quienes consideran que la revisión judicial es anti-democrática, en tanto parece resultar más apropiado que la decisión sobre la conformidad de una norma con la Constitución la adopte un cuerpo mayoritariamente electo como es el parlamento,²²⁶ dejando a los tribunales como un mecanismo de última instancia para garantizar que el Poder Ejecutivo y el Legislativo actúen de manera adecuada. En cualquier caso, el Comité DESC ha expresado su preocupación respecto a que el ordenamiento constitucional sueco aún no incorpora los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo que los transforma en derechos no justiciables a nivel doméstico.²²⁷

²²² Por ejemplo, el artículo 26 de la Constitución de Sudáfrica establece el derecho a una vivienda adecuada, y el artículo 27 establece el derecho a acceder a la atención médica, la alimentación, el agua potable, y la seguridad social. La Constitución establece además que el Estado debe tomar medidas legislativas y de otro tipo que sean razonables, y que estén dentro de los recursos de los que el Estado dispone, para así lograr la progresiva realización de cada uno de estos derechos (artículos 26 (2) y 27 (2), respectivamente).

²²³ El Poder Judicial sudafricano revisa el cumplimiento de la efectivización progresiva de los artículos 26 y 27 basándose en el test de razonabilidad, tal como se muestra en los casos *Government of the Republic of South Africa v Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (CC), y *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* (no 2) (TAC), 2002 (5) SA 721 (CC).

²²⁴ Ortwein, 2003, p. 414.

²²⁵ Bull, 2011, pp.393- 420.

²²⁶ Op. Cit., Ortwein, p. 414.

²²⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 5.

No obstante, Suecia ha dado un paso importante recientemente al incorporar parcialmente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) al derecho nacional,²²⁸ a través de legislación doméstica aprobada en 2018 y vigente desde enero de 2020. Esta nueva ley aclara que las Cortes y los profesionales del derecho deben considerar los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y que los derechos de los niños y niñas deben ser considerados en las deliberaciones y evaluaciones realizadas en los procesos de toma de decisiones en los casos y asuntos que conciernan a ellos.²²⁹ Si bien todavía no está claro hasta qué grado los derechos de la CDN serán ejecutables por la Corte, **existe un proceso tripartito en curso que apoyará la aplicación de la CDN mediante la creación de capacidades, una auditoría jurídica que evalúa las necesidades de cambio para cumplir con la CDN (mapeando las carencias y cómo abordarlas) y la elaboración de una amplia orientación para ayudar a los responsables de la toma de decisiones durante la vigencia de la ley.**

Cotidianamente, existen algunos conceptos erróneos sobre la garantía judicial de los DESC que resultan útiles para reflexionar en un debate informado sobre la incorporación de los DESC en la nueva Constitución de Chile. Estos conceptos erróneos evidencian preocupaciones legítimas sobre la viabilidad o legitimidad del Poder Judicial o la eventual obstaculización de las decisiones que deberían mantenerse dentro del ámbito del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo. Sin embargo, **como lo demuestran los estudios de casos proporcionados en este documento, estas críticas pueden mitigarse y superarse a través de modelos de adjudicación que sean bien concebidos y constitucionalmente apropiados.**

En primer lugar, la crítica antidemocrática se refiere a que los tribunales de justicia no pueden interferir legítimamente en la adjudicación de los DESC pues éstos derechos dependen de los recursos económicos del Estado, cuestión que en una sociedad democrática corresponde decidir única y exclusivamente al Poder Legislativo y al Ejecutivo a través del desarrollo de políticas públicas. Sin embargo, **esta crítica omite el hecho de que los derechos civiles y políticos también dependen de los recursos económicos, y a veces, también requieren que la Corte intervenga como mecanismo de rendición de cuentas.** Por ejemplo, la instalación de locales de votación para implementar el derecho a voto de las personas privadas de libertad re-

E.

Desafíos conceptuales y cómo superarlos

²²⁸ Government Offices of Sweden, 2018.

²²⁹ *Ibíd.*

quiere de una serie de inversiones de recursos económicos y humanos que no siempre parecen tan evidentes,²³⁰ mientras que la intervención judicial en materia de vivienda no significa que los jueces desarrollarán las políticas públicas en materia de vivienda, sino que lo que se busca es aprovechar la experiencia de los jueces en los casos concretos, a través de su participación en el debate democrático como fuerza complementaria. Así, el rol coadyuvante de la judicatura en la ejecución de los DESCAs es parte importante de un diálogo multiinstitucional que garantiza la rendición de cuentas del poder público en vez de una atribución indebida de poder político a la judicatura.

Por otra parte, la crítica de indeterminación en la adjudicación de los DESCAs establece que estos derechos son demasiado imprecisos y vagos, de modo que su interpretación sustantiva no debe dejarse en manos de jueces o Comités de las Naciones Unidas (no electos) sino al amparo de los órganos elegidos democráticamente. Sin embargo, **al igual que los derechos civiles y políticos exigen una interpretación, los DESCAs también la requieren. En este sentido, los tribunales pueden desempeñar un papel importante en la adjudicación de contenido y propósito a los DESCAs, de la misma manera en la que lo hacen con los derechos civiles y políticos.** Esto no implica que la judicatura usurpe las funciones de la legislatura o el Poder Ejecutivo; por el contrario, si la legislatura da instrucciones claras a las Cortes sobre cómo interpretar los derechos, éstas pueden ayudar a cumplir la función de garantía de derechos, evitando así la abdicación de esta importante función judicial.

Otra preocupación que a veces surge en quienes rechazan la justiciabilidad de los DESCAs, es que en su determinación no existe un órgano judicial o cuasi-judicial a nivel internacional o regional que guíe la interpretación de estos derechos. Sin embargo, esta preocupación no está respaldada por la evidencia. Al contrario, **hoy en día existen mecanismos regionales e internacionales para asistir en la interpretación de los DESCAs, como por ejemplo, el Protocolo Facultativo del PIDESC, que establece un procedimiento de reclamo en caso de violación de estos derechos a cargo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Si bien Chile aún no ha adherido a este mecanismo de denuncias internacionales, los casos resueltos por los órganos de tratados pueden actuar como fuentes útiles de interpretación uniforme. Asimismo, otras cortes regionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, poseen un amplio desarrollo en materia de DESCAs, pudiendo su jurisprudencia actuar como una herramienta interpretativa.²³¹

²³⁰ Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2017.

²³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin fecha.

De igual forma, otras fuentes de interpretación pueden incluir a los Comentarios Generales de los órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas, decisiones y recomendaciones de los órganos de tratados y la jurisprudencia de otras jurisdicciones, como las que se han discutido anteriormente.

Por último, la crítica de capacidad señala que los tribunales no tienen la capacidad técnica ni administrativa para manejar los DESCAs; que habría una avalancha de litigios, y que los jueces no tienen los conocimientos especializados como para determinar el contenido de estos derechos o su compleja relación con otras esferas del gobierno. Una vez más, de la misma manera que los derechos civiles y políticos están sujetos a adjudicación, existen normas similares que pueden aplicarse en relación con los DESCAs. Por ejemplo, el exceso de casos puede evitarse mediante litigios colectivos, enfoques como el de “prueba y suspensión”²³² utilizado en el sistema judicial escocés, o los nuevos procedimientos previstos en la Ley de Litigación Civil Escocesa de 2018.²³³ Asimismo, *las cortes también pueden contribuir al reforzamiento de su capacidad buscando opiniones expertas sobre los DESCAs cuando sea necesario, incluyendo el nombramiento de un amicus curiae (un "amigo de la corte") si se requiere o a la incorporación de clerks (abogados asistentes) dentro del diseño institucional.*

*Así, la cuestión de si se le debe otorgar a los tribunales un rol en la adjudicación de los DESCAs, resulta ser más bien una cuestión de voluntad política más que un problema conceptual.*²³⁴

El proceso constituyente chileno ofrece una oportunidad única para avanzar en la protección de derechos y para actuar como un líder mundial en el desarrollo de vías de protección y el acceso a remedios eficaces cuando ocurran violaciones de derechos sociales. Esta incorporación de los DESCAs junto a la adopción de remedios eficaces constituye una manera de abordar la falta de rendición de cuentas en materia de derechos.

Los derechos sociales han estado en el centro de los reclamos por dignidad en Chile,²³⁵ a la vez que la pandemia del COVID-19 también ofrece un escenario para reflexionar sobre sus secuelas y legado. En tiempos de crisis,

E.

Reflexiones finales

²³² Scottish Courts, sin fecha, p. 41.

²³³ Civil Litigation (Expenses and Group Proceedings) (Scotland) Act 2018.

²³⁴ Wolfe, 2014, p. 12.

²³⁵ IPSOS y Espacio Público, 2021, p. 4.

los derechos humanos adquieren más relevancia que nunca, sobre todo para garantizar una vida digna a las personas vulneradas por la sociedad en temas tan diversos como la educación, la salud, la vivienda, el agua potable, el saneamiento y la seguridad social. Es en este sentido que la reflexión crítica se hace fundamental no sólo sobre el proceso de cambio constitucional sino también sobre los resultados de aquel proceso.

Es en este sentido que una tarea tan importante como la redacción de la nueva constitución requiere un proceso justo y deliberativo que permita una amplia participación con respecto a su contenido. En este contexto, **resulta clave identificar los puntos en que se jugará la garantía real y futura de los DESCA, los que radican en elementos como la transversalización del enfoque de género, la consolidación de los derechos humanos ambientales y, por supuesto, los mecanismos que la Convención elija para incorporar domésticamente la aplicación práctica de los derechos humanos.**

Si bien el estado crucial en el que se encuentra Chile actualmente tiene muchos puntos de innovación, procesos constituyentes con convenciones constitucionales ya han sido adoptados anteriormente por diversas poblaciones en Latinoamérica, por las provincias canadienses de Columbia Británica y Ontario, por los Países Bajos, Irlanda, Colombia, Islandia, y Escocia. Estos procesos ofrecen ejemplos concretos para el proceso chileno,²³⁶ y su recopilación y análisis permiten cimentar un nuevo compromiso constitucional con los DESCA a partir de deliberaciones basadas en evidencia, conforme a la que también debiese guiarse cualquier modelo futuro sobre marcos normativos.

En particular, **es importante destacar la necesidad de que la Convención Constitucional chilena desarrolle una discusión sobre la incorporación doméstica de los derechos sociales, y en particular de su justiciabilidad, en atención a que los argumentos históricos que la rechazan han sido refutados por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia a nivel mundial.** Aquí radica el aporte que este artículo ha pretendido hacer, presentando evidencia comparada y formas de argumentación para contrarrestar formas clásicas de crítica a los DESCA, así como los diversos modelos de incorporación de derechos humanos que otros países han adoptado, con el fin de facilitar la ardua tarea de los y las constituyentes de cara a la elaboración de una Constitución con derechos sociales para el futuro.

²³⁶ Véase: Tierney, 2012, y Farrell, 2014, pp. 292-305.

• BIBLIOGRAFIA

- Bull, T. (2011)
'Judges without a court – Judicial Preview in Sweden, Judicial Constitutional Review as a Last Resort', en
- Campbell, T. et al. (ed.)
The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays.
Oxford Scholarship Online.
- Carrera, L. (2011)
'La acción de tutela en Colombia', Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, V(27).
- Civil Litigation (Expenses and Group Proceedings) (Scotland)
Act 2018 (asp 10). Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/asp/2018/10/section/20/enacted> (Consulta: 13 diciembre 2020).
- Comité de Derechos del Niño (2003)
Observación general nro. 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Documento No. CRC/GC/2003/5, 27 noviembre. Disponible en: <https://undocs.org/es/CRC/GC/2003/5> (Consulta: 14 diciembre 2020).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1998)
Proyecto de Observación general N° 9. La aplicación interna del Pacto. A. El deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2014)
Observaciones finales sobre el sexto informe periódico
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2015)
Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile. Resolución no. E/C.12/CHL/CO/4, 7 julio. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW%2BALqOml1btoJd4YxREVF2VLpsynzEQ14MrIM81mGrQY8i6Ffm4Xu53oEyZ9iXXvgu%2FuulQCVPaTThiVh8Lj2INqlOCWrfwuL3PuElm%2BZhXx> (Consulta: 13 diciembre 2020).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016)
Observaciones finales relativas al sexto informe periódico de Suecia. Documento No. E/C.12/SWE/CO/6, 14 julio. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/SWE/CO/6&Lang=En (Consulta: 14 diciembre 2020).

- Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993)
Declaración y Programa de Acción de Viena, p. 19. Disponible en:
https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf
(Consulta: 11 noviembre 2020).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (sin fecha)
Sentencias. Disponible en:
https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm
(Consulta: 13 diciembre 2020).
- Craven, M. (1995)
The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, A Perspective on its Development. Clarendon Press.
- De Búrca, G. (2012)
'The Future of Social Rights Protection in Europe', en De Búrca, G. et al. (ed.) Social Rights in Europe. Oxford Scholarship Online.
- De Finlandia. Resolución no. E/C.12/FIN/CO/6, 17 diciembre.
Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/FIN/CO/6>
(Consulta: 14 diciembre 2020).
- Farrell, D. (2014)
'The 2013 Irish Constitutional Convention: A Bold Step or a Damp Squib?', in Ferrari, G. y O'Dowd, J. (ed.) 75 Years of the Constitution of Ireland: An Irish-Italian Dialogue. Clarus Press.
Disponible en: http://www.openpolitics.ro/wp-content/uploads/UCD_Mar13_final1.pdf
(Consulta: 13 diciembre 2020).
- Figueroa, P. Y Jordán, T. (2020)
7 propuestas para la nueva constitución de Chile.
Santiago: Universidad de Santiago de Chile.
- First Minister's Advisory Group on Human Rights Leadership (sin fecha)
About us. Disponible en: <https://humanrightsleadership.scot/>
(Consulta: 14 diciembre 2020).
- Gauri, V. y Brinks, D. (2010)
Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World.
Cambridge University Press.
- Gearty, C. y Mantouvalou, V. (2011)
Debating Social Rights. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing.

- Government Offices of Sweden (2018)
Convention on the Rights of the Child will become Swedish law.
Disponible en: <https://www.government.se/articles/2018/03/new-legislative-proposal-on-the-convention-on-the-rights-of-the-child/>
(Consulta: 13 diciembre 2020).
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2017)
Corte Suprema resuelve que personas privadas de libertad pueden votar. Disponible en: <https://www.indh.cl/corte-suprema-resuelve-que-personas-privadas-de-libertad-pueden-votar/>
(Consulta: 13 diciembre 2020).
- IPSOS y Espacio Público (2021)
¿Cómo vemos el proceso constituyente? Miradas a un momento histórico. Informe N° 1 – Indagación cualitativa. Disponible en: <https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2021-03/ppt-bhp-informe-n1-final.pdf>
(Consulta: 21 junio 2021).
- Koch, I. (2005)
'Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties',
Human Rights Law Review, 5(1). DOI: 10.1093/hrlrev/ngi004.
- Minkler, L. (2013)
The State of Economic and Social Human Rights:
A Global Overview. Cambridge University Press.
- Ortwein, B (2003)
'The Swedish Legal System: An Introduction', Indiana International & Comparative Law Review, 13(2).
Disponible en: <https://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/view/17766/17949>
(Consulta: 13 diciembre 2020).
- Resnik, J. (2006)
'Law's Migration: American Exceptionalism, Silent Dialogues, and Federalism's Multiple Ports of Entry', The Yale Law Journal, 115. Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5017&context=ylj>
(Consulta: 14 diciembre 2020).
- Scottish Courts (sin fecha)
The Symmary Cause. Information and procedural guide.
Disponible en: <https://www.scotcourts.gov.uk/docs/default-source/rules-and-practice/guidance-notes/gn---summary-cause/4-going-to-court---cases-raised-on-or-after-1-december-2009.doc?sfvrsn=34>
(Consulta: 13 diciembre 2020).

- Scottish Government (sin fecha)
Programme for Government. Disponible en: <https://beta.gov.scot/programme-for-government/>
(Consulta: 14 diciembre 2020).
- Scottish Human Rights Commission (2015)
Creating a Fairer Scotland: A Human Rights Based Approach to Tackling Poverty.
Disponible en: <https://www.scottishhumanrights.com/media/1266/fairerscotlandsep2015.pdf>
(Consulta: 13 diciembre 2020).
- Sepúlveda, M. (2009)
‘Colombia: The Constitutional Court’s Role in Addressing Social Injustice’, en Langford, M. (ed.) Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law.
- Skelton, A. (2010)
‘Girls’ Socio-Economic Rights in South Africa’,
South African Journal of Human Rights, 26(1).
- Tierney, S. (2012)
Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation. Oxford University Press.
- Tierney, S. y Boyle, K. (2013)
‘Yes or No, Scotland's Referendum Carries Significant Constitutional Implications’, Scottish Constitutional Futures Forum, 14 noviembre.
Disponible en: <https://www.scottishconstitutionalfutures.org/OpinionandAnalysis/ViewBlogPost/tabid/1767/articleType/ArticleView/articleId/2550/Stephen-Tierney-and-Katie-Boyle-Yes-or-No-Scotlands-Referendum-Carries-Significant-Constitutional-Implications.aspx>
(Consulta: 14 diciembre 2020).
- Wolffe, J. (2014)
‘Economic and Social Rights in Scotland: Lessons from the Past; Options for the Future’. A lecture for International Human Rights Day 2014. Universidad de Edimburgo.
Disponible en: <https://www.scottishhumanrights.com/media/1469/wolffe2014lecture.pdf>
(Consulta: 13 diciembre 2020).

