

Pensamiento Constitucional

ENSAYOS

Concepto de democracia y sistema de gobierno
en América Latina

Jorge Carpizo

La revisión de las cuestiones políticas no justiciables
(a propósito de la «coalición» contra Saddam Hussein)

Néstor Pedro Sagüés

Evolución y características del presidencialismo peruano

Domingo García Belaunde

Antejuicio y Juicio Político en el Perú

Francisco José Eguiguren Praeli

El debate de la eutanasia y el suicidio asistido en
perspectiva comparada. Garantías de procedimiento
a tener en cuenta ante su eventual despenalización
en España

Fernando Rey Martínez

La Constitución ante los avances científicos y
tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes
desarrollos en materia Genética y en Tecnologías de la
Información y la Comunicación

Francisco Javier Díaz Revorio

Apuntes sobre el derecho «a» y los derechos «sobre»
la imagen (personal y de bienes)

Oscar Raúl Puccinelli

¿Es Kelsen el fundador del derecho procesal
constitucional? Análisis de un debate contemporáneo

Eduardo Ferrer Mac-Gregor



**FONDO
EDITORIAL**

Derechos económicos, sociales y culturales: apuntes acerca de la naturaleza y justiciabilidad de los derechos fundamentales*

Francisco Zúñiga Urbina**

Sumilla

1. Prolegómenos
2. Derechos Económicos, Sociales y Culturales: naturaleza, garantías y justiciabilidad
3. Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los Tratados Internacionales. El caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
4. Garantía Constitucional en América Latina
5. Conclusiones: Constitución del Bicentenario y Garantismo

Bibliografía

1. Prolegómenos

Los derechos económicos, sociales y culturales, o simplemente derechos sociales, así como la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho designan ámbitos temáticos de escaso desarrollo en nuestra doctrina, y que por lo demás importan en su abordaje el afloramiento de ideologías larvadas o no.¹

Destacan en nuestro medio los trabajos meritorios y en las antípodas del profesor Nogueira Alcalá y del profesor Martínez Estay.² A partir del aporte de Martínez

* Se desarrolla ideas recogidas en ponencia presentada a la XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, 8 y 9 de noviembre de 2007.

** Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

¹ Consultar las obras generales de PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Fundamentales*. Tercera edición. Madrid: Latina Universitaria, 1980; y de FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Segunda edición. Madrid: Trotta, 2001. También el libro colectivo a cargo de VASAK, Karel. *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. 3 vol. Barcelona: Serbal - UNESCO, 1983, en especial Tomo I.

² Consultar de NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «El Constitucionalismo Contemporáneo y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales». En *Estudios Constitucionales*. Santiago: CECOCH, 2003, pp. 135-177. Del profesor José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY su tesis *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*. Barcelona: CEDECS. 1997 y en una versión resumida por la que se

Estay, que sirve de pretexto, busco abordar sucintamente las cuestiones relativas a la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, garantías y justiciabilidad o jurisdiccionalidad.

En la aproximación de Martínez Estay, inserta en coordenadas del constitucionalismo clásico, se delimitan la naturaleza, estructura lógica y sujetos, destacando lo siguiente sobre estos extremos: los derechos económicos, sociales y culturales son definidos como «prestaciones», aunque reconoce que algunos derechos sociales presentan las características de derechos individuales o clásicos como los que operan en las relaciones laborales, que por su origen histórico tendrían su propia entidad, o mixtos como el derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado. Estos derechos sociales tienen como finalidad «hacer efectiva la igualdad formal del constitucionalismo clásico y en general mejorar las condiciones materiales de vida de la sociedad», lo que redundaría en prestaciones, de las cuales excluye a los «derechos colectivos laborales y el derecho al medio ambiente». Tal finalidad predetermina una titularidad asociada a una condición: «los derechos sociales son derechos de trabajadores, de parados, de menesterosos, de enfermos, de jóvenes, de los sin casa, etc.», de lo cual es excepción el derecho a un medio ambiente descontaminado. Por último, los derechos sociales tienen como sujeto pasivo por regla general al Estado, exigiendo de este una «actuación positiva».

La conclusión es que los derechos sociales son en su mayoría «prestaciones», pero distan de ser un instituto coherente y bien definido, ligando su distinta naturaleza a la forma de constitucionalización y a la ausencia de «garantías jurisdiccionales». A partir de esta conclusión, liga estos derechos a su dependencia de los «recursos económicos del Estado», lo que da un contexto distinto para países desarrollados y subdesarrollados, a su reflejo de principios, programas o aspiraciones político-sociales, y su dependencia de costumbres y opiniones dominantes, y en la medida que no son derechos absolutos, son ajenos al constitucionalismo e «idea de Constitución», pertenecen al campo de la política y sus ideales. Cierra esta argumentación Martínez Estay con la afirmación siguiente: «Todo lo anterior lleva a dudar del supuesto carácter jurídico de los derechos sociales de tipo prestacional. Y es que si son derechos en sentido jurídico necesariamente deberían ser alegables ante jueces, pues la mejor demostración de que algo es jurídico es su posibilidad de ser aplicado por estos [...] Y precisamente la naturaleza de los derechos sociales es no justiciable».

cita el capítulo: «Los Derechos Sociales» en libro colectivo VV.AA. *Lecciones de Derechos Humanos*. Valparaíso: Edeval, 1997, pp. 275-291.

De la manera expuesta, se abre camino con extraordinaria facilidad en nuestro medio una posición teórica y metateórica (dada su tendencia al liberalismo y conservadurismo centrado en la Constitución e «idea» de esta definidos por un contenido mínimo: límite del poder e instrumento de gobierno) que lleva a afirmar que los derechos sociales prestacionales no son derechos, pues no son justiciables y su eventual justiciabilidad no operativa, y su reconocimiento no deseable, ya que las promesas incumplidas de la Constitución son causa de su pérdida de legitimidad o descrédito del «régimen democrático». En su tesis Martínez Estay, coherente con su inclinación ideológica (neo) conservadora, agrega asertivamente: «La Constitución no fue inventada para solucionar el problema de la pobreza ni ningún otro de tipo social, sino para limitar el poder». A lo sumo se admite a los derechos sociales reconocidos constitucionalmente como fuente de deberes «políticos» de implementación y de contenido o bien quedar bajo la cobertura de garantías institucionales (instituto político-social), careciendo en todo caso de «contenido esencial» y confiando máxima discrecionalidad al legislador.

Sin embargo, esta aproximación, más allá de estar escorada ideológicamente, sea explícita o implícitamente, desde el punto de vista teórico-práctico no resiste un análisis en profundidad, ya que descansa en un modelo descriptivo o tipológico de derechos tributario de una doctrina que liga los derechos a determinados sujetos, naturaleza y estructura lógica, y objeto (obligaciones), y a la necesaria exigibilidad mediante la tutela judicial, definiendo los límites de esta. Tal modelo descriptivo o tipológico descansa en la tradicional doctrina de los derechos subjetivos, la germana doctrina de los derechos públicos subjetivos y de una definición del Estado pergeñada en el siglo XIX (Estado Liberal) repuesta hoy como Estado mínimo. Esta doctrina de los derechos públicos subjetivos a pesar de su autoría en el seno de la doctrina del Derecho Público de la era del imperio guillermino, tiene una filiación privatista y marcadamente liberal-individualista.

Por ello resulta dudoso que se pueda seguir empleando para definir los derechos sociales, a veces forzando un poco las cosas, la noción de derecho subjetivo, como propone Bidart Campos. Un aspecto de fondo, que de suyo demuestra la insuficiencia del concepto de derecho subjetivo, inabordable en este trabajo, es el de las prestaciones propias del contenido relacional de los derechos fundamentales presente tanto en derechos civiles como en derechos sociales. Con todo el profundo arraigo en nuestro medio de estas visiones teórico-prácticas, ideológicamente sesgadas, lleva a sostener que bajo el *nomen iuris* de «derechos sociales», se utiliza con una mala técnica el concepto de «derecho» para designar la prioridad de bienes públicos (Gómez). La conclusión de Gómez incurre en una verdadera

falacia al atribuir carácter ideológico a los «derechos sociales» negando tal carácter a los derechos civiles o políticos, afirmando: «Cuando los derechos fundamentales se extiende a la teoría de los bienes públicos o a la de las decisiones públicas sobre bienes colectivos, entonces, pierden su fuerza y se tornan instrumentos ideológicos. Si los derechos humanos o esenciales se extienden sin límite a los de primera, segunda y tercera generación y así sucesivamente, la teoría del mercado como asignador de los recursos y la teoría de las decisiones públicas pierden sentido».³

El Estado Liberal o Estado mínimo define una relación con las personas, de autoridad o dominación y de «libertad civil» - «libertad política», que entraña primordialmente deberes negativos, que completan o agotan la tutela y hacen de estos derechos «absolutos». Sin embargo, incluso este postulado que enlaza el derecho subjetivo a la tutela judicial carece de realidad frente a derechos individuales o civiles que poseen de suyo una muy relevante componente prestacional, como es la tradicional igualdad ante la justicia, con una parte *creditoris* (el titular de derechos e intereses que reclama acceso a la justicia y servicios asociados) y una parte *debitoris* (el Estado Juzgador y Administrador), extremos básicos para hacer posible la justiciabilidad de los derechos, por lo demás nota esencial que se predica de los «auténticos» derechos fundamentales.

Por último, el moderno Estado Social no pretende negar o sacrificar los derechos individuales (derechos civiles y políticos), sino por la vía de atender con bienes y servicios públicos las necesidades de la vida material e inmaterial de las personas,

³ Consultar sobre la doctrina de los derechos públicos subjetivos las obras clásicas de JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Fernando de los Ríos (traducción y prólogo). Buenos Aires: Albatros, 1970, en especial de su prólogo pp. xxx-xxxix, y *System der Subjektivten Öffentlichen Rechte*. 1892, segunda edición. 1905, traducida al italiano bajo el título *Sistema dei Diritto pubblici subbietivi*. Milano: Soc. Editrice Libraria, 1912. También, de J. BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: UNAM-IIJ, 1993, pp. 337-339. Consultar la breve, pero ambiciosa monografía de GÓMEZ BERNALES, Gastón. «Constitución, Derechos Esenciales y Tratados». En obra colectiva *Dogmática Constitucional y derechos humanos*. Cuaderno de Análisis Jurídico N° 27. Santiago: Universidad Diego Portales, 1993, pp. 71-100. Sobre las prestaciones en lo que se denomina «derechos fundamentales de libertad» y «derechos fundamentales de igualdad», y las dificultades que plantea la noción de derecho subjetivo, es obligada la consulta del libro del jurista mexicano José Ramón Cossío Díaz. *Estado Social y Derechos de Prestación*. M. Aragón (prólogo). Madrid: CEC, 1989, pp. 181-184, 236-237. Consultar para una aproximación crítica las obras siguientes: de Gerardo PISARELLO su monografía *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007; de ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. L. Ferrajoli (prólogo). Madrid: Trotta, primera edición, 2002; segunda edición, 2004. También de GARCÍA MORALES, Aniza F. *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, 2003.

hacer posible el efectivo disfrute de todos los derechos fundamentales en particular y derechos humanos en general.

2. Derechos económicos, sociales y culturales: naturaleza, garantías y justiciabilidad

En consecuencia se trata brevemente de abordar sin mayores pretensiones dogmáticas la naturaleza, garantías en general y justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales en particular para abrir, a partir de una aproximación propedéutica como esta, un debate o diálogo.

El abordaje de esta materia obliga a establecer preliminarmente que el catálogo de derechos fundamentales adscritos tipológicamente a los derechos económicos, sociales y culturales adolece en la Constitución de una debilidad estructural y positivo procesal.

Tal debilidad estructural de los derechos sociales, limita su contenido prestacional y las obligaciones positivas y negativas impuestas al Estado, y se verifica en el contexto de una Constitución Económica y Social que arranca de la Constitución originaria, la que es herencia de un régimen político y Poder Constituyente de cuño ideológico autoritario y neoliberal, que conlleva un modelo de Estado subsidiario o mínimo, aunque es menester reconocer que tal herencia o techo ideológico se ha abierto con las sucesivas reformas constitucionales a la Carta a partir de 1989, a los aportes del constitucionalismo democrático y social. Esta debilidad estructural conlleva dialécticamente una lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva de la Constitución reformada vigente, abriéndose a un modelo de Estado Social.

Asimismo, la debilidad positivo procesal de los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución, no solo está asociada al sobrio o sumario catálogo de derechos sociales (derecho a la seguridad social, derecho a retribución equitativa, derecho a la salud, derecho a vivir en un medio ambiente sano, derecho a la educación y derecho de sindicación) recepcionado en el artículo 19 de la Carta, sino que a una devaluación de su contenido propio, producto de la conexión con un modelo de Estado Subsidiario o mínimo fundado en el principio de subsidiariedad (o mejor dicho en lectura de tal principio asilado en su dimensión negativa o pasiva), que limita la naturaleza prestacional de estos derechos, y a una limitada garantía de jurisdiccionalidad que los excluye de una justiciabilidad en proceso de amparo vía recurso de protección, con la calificada excepción del derecho de

sindicación y el derecho a vivir en medio ambiente sano (artículo 20 y artículo 19 N° 19 y N° 8 de la Constitución).

Incluso más, en el contexto del régimen autoritario y su Poder Constituyente de cuño ideológico autoritario y neoliberal, la Constitución vigente descarta los tradicionales derechos sociales de contenido laboral, sin alcance prestacional directo frente al Estado como el derecho al trabajo y el derecho de huelga concernientes a la relación capital-trabajo en la empresa y en la economía, derechos que están ausentes del catálogo de derechos fundamentales, y solo tienen desarrollo legal y en tratados internacionales de derechos humanos.

La dogmática de los derechos fundamentales en sentido estricto y de los derechos humanos en sentido lato nos permiten diferenciar, como paradigmáticamente lo hacen los Pactos de Naciones Unidas de 1966, los derechos de la «primera generación», en especial los derechos civiles, de los derechos de la «segunda generación» (derechos económicos, sociales y culturales) por su origen histórico-político (y raíces ideológicas), modelo de Estado (Estado Liberal-Estado Social), relaciones economía-sociedad civil, y en cuanto a los derechos mismos por su sujeto individual-colectivo (titulares y condiciones de ejercicio), estructura lógica (derechos de negación-derechos de prestación) y objeto: las obligaciones negativas y positivas que los definen (Estado sujeto de la lesión de derechos, Estado que confiere tutela reintegradora del derecho, reparadora de los sujetos u otra idónea y Estado obligado a prestar satisfactores sociales a los carenciados concebidos como colectivos de individuos). Con todo, esta diferenciación basada en factores tales como: origen histórico, modelo de Estado, naturaleza, estructura lógica y objeto-sujetos de obligaciones negativas y positivas, es tipológica y formalista y al igual que la noción de las «generaciones de derechos» fuente de demasiadas simplificaciones, por lo que su uso dogmático debe hacerse con el debido cuidado y reconociendo los importantes matices que un análisis dogmático impone de suyo.⁴ Un ejemplo de las simplificaciones que irroga la distinción de «generaciones de derechos» esta en la inclusión de los derechos políticos, junto a los derechos civiles, entre los derechos de la «primera generación», cuando la ciudadanía burguesa limita severamente el reconocimiento de estos derechos: a la burguesía y las clases sociales

⁴ Consultar a BASTIDA F., Francisco *et al. Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1948*. Madrid: Tecnos, 2004, pp. 83-119. También a CARBONELL, Miguel. *La Constitución en serio, multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. Segunda edición. México: Porrúa UNAM-IIJ, 2002. También es muy provechoso el ambicioso libro de ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. L. Ferrajoli (prólogo). Segunda edición. Madrid: Trotta, 2004, en especial los capítulos 1 y 2, pp. 19-116.

tradicionales vinculadas a la propiedad de la tierra, que «pactan» un *status quo* en la Europa de la post Santa Alianza, o que conforman la sociedad oligárquica del siglo XIX y muy entrado el siglo XX en nuestra América. Ello conlleva que la demanda de sufragio universal, derechos políticos y ciudadanía plena es bandera del movimiento obrero y socialista desde la revolución de 1848.

De la mano de una orientación dogmática de los derechos fundamentales, un lugar común asentado por la crítica liberal-conservadora a los derechos económicos, sociales y culturales conlleva su «jibarización» o abierta negación. Como hemos sostenido anteriormente se funda tal «jibarización» o negación sosteniendo que estos derechos sociales carecen de los rasgos propios de un «derecho» o de un «derecho subjetivo»; específicamente resultan distintos en cuanto sujetos, naturaleza, estructura lógica y objeto si se les compara con los derechos civiles, y además, poseen una deficiente tutela judicial ordinaria, especial o extraordinaria (jurisdiccionalidad).

Del modo expuesto los derechos sociales quedan entregados a las políticas públicas y a la fiscalidad del Estado; lo que en el constitucionalismo latinoamericano, dado su inclinación por el nominalismo constitucional o la proliferación de cláusulas económico-sociales, hace de estos derechos, no derechos o promesas de derechos. Un buen ejemplo de lo arraigado que está este lugar común en nuestro medio es el debate suscitado con motivo de un proyecto de reforma constitucional presentado por el Gobierno el año 2006, respuesta a un amplio movimiento estudiantil enderezado a la universalidad y calidad de los servicios educativos, que pretendía ampliar la tutela del recurso de protección al derecho a la educación y sus contenidos.

Este planteamiento crítico, que no es sino un lugar común, goza en Chile de extraordinario predicamento en la doctrina y en las élites, pero olvida dos elementos básicos al análisis: primero, que todos los derechos son exigibles en términos mediatos o inmediatos, y su justiciabilidad es una dimensión, la más importante sin duda, de su exigibilidad, pero el nivel de jurisdiccionalidad en procesos ordinarios, especiales y extraordinarios de tutela de derechos o en procesos constitucionales difiere en cuanto al sujeto obligado por los derechos, la determinación y actualización de las obligaciones o deberes por una parte y en cuanto al alcance de las obligaciones negativas y positivas impuestas, y segundo, que la relación de sujetos activo-pasivo, excede el abanico de facultades propias del derecho subjetivo (dar, hacer o no hacer), implicando a la parte *creditoris* (persona) y parte *debitoris* (Estado), relación que no es privativa de derechos sociales, sino también se extiende a derechos civiles o «clásicos». Y por otra parte, la parte *debitoris*, en

derechos sociales también puede exceder al Estado, como ocurre en los derechos de contenido laboral.

Por otra parte, el planteamiento crítico lastra dogmáticamente con un cierto divorcio de derecho positivo cuando se busca fuente de autoridad verbigracia en la doctrina española en que los derechos sociales por regla no son derechos fundamentales, sino principios rectores de contenido económico-social lo que traslada la cuestión al campo de la actividad prestacional de la Administración (García de Enterría), conservándose la noción de derecho subjetivo público como pivote teórico (Rodríguez Zapata).⁵

En efecto, el planteamiento crítico desde una dogmática escorada ideológicamente hacia el (neo) liberalismo y (neo) conservadurismo, descansa en último término en un sofisma: definir los derechos fundamentales a partir de la noción de «derecho» (derecho subjetivo o derecho subjetivo público), de filiación privatista y liberal individualista, y sobre tal definición emplear un modelo descriptivo o tipológico que permite negar los derechos económicos, sociales y culturales, admitiendo en la «técnica» de los derechos solo o primordialmente la prioridad de bienes privados ligados a la autonomía del individuo-mónada, es decir, la prioridad de la economía y el mercado sobre el Estado y la política; por lo demás viejo lugar común de la ideología del nuevo orden post revolución: el liberalismo burgués y de sus epígonos.

No pretendo con lo dicho eludir las dificultades teórico-prácticas que impone el abordaje de los derechos económicos, sociales y culturales, sino matizar y relativizar las conclusiones a las que se arriba empleando el anticuado arsenal de la dogmática de los derechos fundamentales, para así servir ideológicamente a intereses inconfesables ligados a un cierto orden y sistema de dominación.

Efectivamente tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, su naturaleza es compleja: sea prestacional o no, ya que cuando es prestacional el Estado asume como parte *debitoris* obligaciones de hacer efectivo el derecho con un importante margen de libre apreciación en relación con las políticas públicas e instrumentos de servicio público para su efectivización, pendiendo de la siempre esquiva holgura financiero-fiscal; y su tutela judicial ordinaria, especial o extraordinaria se hace difícil, pero ello no obsta a una exigibilidad indirecta y progresiva, sea imponiendo obligaciones a los poderes públicos o sea otorgando

⁵ Consultar de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ su magnífico *Curso de Derecho Administrativo*. 2 vol. Primera edición. Madrid: Civitas, 1977; tercera edición, 1991; reimpresión, 1992, vol. II, pp. 70-82. De RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. *Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1996, pp. 297-309.

medios de impugnación a la actividad estatal lesiva o contradictoria con estos derechos u otorgamiento discriminatorio de bienes públicos (bienes y servicios). Ciertamente, en atención a ese margen de libre apreciación relativo a políticas públicas e instrumentos del Estado, los tribunales del Poder Judicial o el Tribunal Constitucional llamados a la tutela judicial del Derecho de la Constitución (derechos subjetivos y derecho objetivo), no pueden ordenar o sustituir a los poderes públicos (Legislación, Gobierno y Administración) o dictar políticas públicas de protección social; pero si pueden establecer la mora de los poderes públicos o la inconstitucionalidad de la actividad estatal lesiva o contradictoria con tales derechos, todo ello en estrecha conexión con el valor y eficacia normativa de las normas iusfundamentales relativas a derechos.

Luego, la necesaria deferencia judicial frente a los poderes públicos (Legislación, Gobierno y Administración) que definen el contenido específico de la parte *de-bitoris*, es un mentís frente al «terror» que pregonan quienes advierten de los peligros de decisionismo y activismo judicial en torno a políticas públicas e instrumentos para efectivizar derechos sociales. Tal «terror» no es un fantasma que ponga en peligro el Estado de Derecho o la «democracia constitucional», no es sino un «espantapájaros» propio de cuentos infantiles, que dificultan conciliar el sueño o despertar de algún «sueño dogmático».

Lo expuesto acerca del alcance de los niveles de jurisdiccionalidad de los derechos sociales, nos sitúa ante una conocida y discutible distinción de normas iusfundamentales: normas operativas y normas programáticas, las primeras dotadas de valor normativo pleno y eficacia normativa directa e inmediata, y las segundas dotadas de valor normativo restringido y de eficacia normativa indirecta y mediata. Tal distinción es usada para minusvalorar a las normas «programáticas», que quedan supeditadas al desarrollo normativo infraconstitucional y a la actividad de los poderes públicos, en especial a la actividad de servicios públicos y de fomento del Gobierno y la Administración del Estado. Sin embargo, en las coordenadas de esta misma distinción, esta trae aparejada consecuencias jurídicas en especial frente a la mora de los poderes públicos. Sobre este punto observa Bidart Campos:

[...] Es claro que las normas programáticas, aun antes de su reglamentación infraconstitucional, no son inútiles, porque sirven como directiva —las más de las veces obligatoria— para los órganos de poder (especialmente aquel que está dotado de competencia para reglamentarla), valen para la interpretación constitucional, y principalmente son un límite negativo en cuanto impiden emanar normas que estén en oposición o contradicción con ellas. Pero, aun con esa utilidad, si

la reglamentación se omite o se dilata, el problema del ejercicio impedido del derecho que la norma programática contiene, subsiste en su aspecto más agudo y grave. Y hay que hallar algún remedio.

Agrega el recientemente desaparecido jurista argentino:

Desde hace largo tiempo tenemos elaborada la teoría de que en el caso de tardanza irrazonable en la reglamentación que preste funcionamiento a la norma constitucional programática, se configura lo que llamamos inconstitucionalidad por omisión, o sea, violación a la Constitución por omitir hacer lo que la misma norma programática manda que se haga (salvo el supuesto en que la formulación de la misma norma permita entender razonablemente que el órgano convocado a reglamentarla dispone para ello de discreción temporal suficiente, o que la redacción lexical autorice a inferir que la propia Constitución habilita la postergación del derecho hasta que la reglamentación le depare margen de funcionamiento).⁶

Luego, fuera de las calificadas excepciones anotadas, las normas «programáticas» que declaran derechos imponen la obligación constitucional de su desarrollo infraconstitucional en un «tiempo razonablemente rápido y breve», obligación justiciable y que confiere legitimación procesal activa al titular del derecho «demorado, imposible o bloqueado».

3. Derechos económicos, sociales y culturales en los tratados internacionales. El caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En el marco de los problemas a que se enfrentan los derechos de la «segunda generación» puestos en el tapete por la dogmática de los derechos fundamentales, podemos acometer brevemente el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales en tratados internacionales de derechos humanos, que vienen a reforzar garantísticamente estos derechos, adicionando un nivel de positividad que le impone obligaciones al Estado parte. Del modo expuesto, circunscribiremos nuestra

⁶ BIDART CAMPOS 1993, p. 414. Sobre la «inconstitucionalidad por omisión» consultar el trabajo del jurista peruano ETO CRUZ, Gerardo. «Una defensa constitucional: la inconstitucionalidad por omisión» y del jurista argentino SAGÜÉS, Néstor Pedro. «Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión». En *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional*. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2002, pp. 165-185, 605-619. También la obra general de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*. Madrid: Civitas, 1998; y de CARBONELL, Miguel. «En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión». En obra colectiva. Primera edición. México: UNAM, 2003.

exposición a las obligaciones que el Estado asume en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (ONU), y que dan cuenta de sus obligaciones «en serio» indirectas y progresivas (artículo 2 inciso 1). Estas obligaciones «en serio» de los Estados, que admiten cierta justiciabilidad, son: a) la obligación de adoptar medidas inmediatas; b) la obligación de garantizar niveles esenciales de derechos y c) la obligación de progresividad y no regresividad de derechos.

En el citado artículo 2 están claramente diferenciados dos contenidos obligacionales: el primero es «tomar medidas» para lograr «la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos», y el segundo es «garantizar el ejercicio de los derechos». En cuanto a las obligaciones específicas que genera el Pacto, conviene revisar su parte III (artículos 6 - 15), en donde se mencionan concretamente los derechos protegidos y las obligaciones que asumen los Estados. Por una parte, tenemos meras declaraciones por las que los Estados «reconocen» la existencia y titularidad de ciertos derechos. Así reconocen el derecho a trabajar (artículo 6.1), el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7), el derecho de toda persona a la seguridad social (artículo 9), el derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 11.1), a la protección contra el hambre (artículo 11.2), el derecho a la salud física y mental (artículo 12), el derecho a la educación (artículo 13.1), el derecho a participar de la vida cultural, del progreso científico a la protección de los derechos del autor (artículo 15.1). Por otra parte, en los artículos se precisan las obligaciones que contraen los Estados, que ordinariamente empiezan con la fórmula de que los «Estados parte en el presente Pacto se comprometen...». Las obligaciones son básicamente de dos tipos: o «tomar medidas» para obtener ciertos fines o «garantizar» el ejercicio de derechos, a lo cual se asimila «respetar» ciertas libertades.

En la mayoría de los artículos se dice que la obligación del Estado es «tomar medidas», en concreto para alguno de los siguientes fines: para que toda persona tenga trabajo (artículo 6) bien remunerado y en condiciones adecuadas (artículo 7), para proteger la familia, especialmente a las madres y los niños (artículo 10), para que toda persona tenga un nivel de vida adecuado (artículo 11.1), para mejorar la producción, conservación y distribución de alimentos (artículo 11.2), para que toda persona disfrute de salud física y mental (artículo 12), para que toda persona tenga acceso a la educación y especialmente a la educación primaria gratuita (artículos 13 y 14), y a participar de los bienes de la cultura (artículo 15). En otros artículos se señala que los Estados se obligan a «garantizar» un derecho o a «respetar» una libertad; así el artículo 8 establece que los Estados «se comprometen a garantizar» el derecho de toda persona a fundar sindicatos, el de los sindicatos de formar confederaciones y funcionar autónomamente y el derecho

de huelga; y los artículos 13.3 y 15.4 que se refieren, respectivamente, a «respetar la libertad» de los padres a definir la educación moral y religiosa que reciban sus hijos, y a «respetar la indispensable libertad» para la investigación científica y la creación artística.

En suma, en el Pacto se observan obligaciones de tomar medidas y de respetar o garantizar derechos, obligaciones que difieren concediéndoles a estas últimas libertades un grado de exigibilidad directa. Además, es menester precisar que todos los artículos que reconocen expresamente un derecho señalan que la obligación del Estado es la de «tomar medidas», salvo el derecho a la seguridad social (artículo 9), del cual no se expresa ninguna obligación de tomar medidas ni de respetar o garantizar. Los artículos que señalan la obligación de respetar o garantizar el ejercicio de derechos se refieren a derechos cuya titularidad también se reconoce en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, la obligación de respetar la libertad y autonomía sindical, el derecho de huelga, la libertad de los padres para elegir la educación moral y religiosa de sus hijos o la de los científico y artistas para investigar o crear, corresponden a derechos reconocidos en ese otro Pacto (respectivamente, artículo 22.3 —que a su vez remite al Convenio relativo de la OIT—, y artículos 18.4 y 19.2). De esta acotación podemos colegir que los derechos que reconoce expresa y peculiarmente el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son aquellos reconocidos exclusivamente en ese Pacto y que generan a cargo del Estado una obligación de «tomar medidas» para asegurar, como señala el artículo 2 «su plena efectividad».

Luego, en cuanto a las obligaciones que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales impone al Estado, estas son obligaciones de medio y no de resultado, cuando están asociadas a la adopción de medidas por el Estado parte. La mentada obligación de «tomar medidas» no se refiere a tomar algunas medidas determinadas específicamente, sino que se entrega al margen de libre apreciación del Estado determinar cuáles en concreto va a poner en ejecución. Sin embargo, tal margen de libre apreciación del Estado tiene límites: la prescripción de los fines a los que las medidas deben dirigirse. Tales fines son: que toda persona pueda tener un empleo bien remunerado en condiciones adecuadas (artículos 6 y 7); la protección de la familia, la maternidad, la niñez y la juventud (artículo 10); que toda persona tenga un nivel de vida digno que incluya habitación, alimento y vestido adecuados (artículo 11); que toda persona tenga el más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 12), acceso a la educación (artículo 1) y a participar en la cultura (artículo 15).

Asimismo, de esta obligación positiva, de contenido variable, de tomar medidas para la consecución de ciertos fines, señala el Pacto otra obligación de carácter negativo en su artículo 5: abstenerse de cualquier actividad o acción «encaminada a la destrucción» o a la «limitación» injustificada de los «derechos» ahí reconocidos, es decir, que sea contraria o estorbe la consecución de los fines previstos.

Con todo, no podemos ocultar las dificultades con las que tropieza el mencionado Pacto en relación con el cumplimiento por los Estados parte de sus obligaciones, los débiles mecanismos internacionales de protección (circunscritos a los informes al Secretario General de la ONU acerca de medidas adoptadas remitidos al Consejo Económico y Social-Ecosoc, y el encadenamiento de informes dentro del sistema) y la eventual, aunque en la práctica inexistente, responsabilidad de Derecho Internacional que puede traducirse en «presión diplomática».

En este contexto debemos destacar los esfuerzos desde la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, para establecer un mecanismo de queja o denuncia de personas y grupos de personas ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales u otro organismo por violación de derechos sociales, semejante al los mecanismo previsto para violaciones de derechos civiles y políticos, estos no han prosperado; y se ha establecido por el Comité un procedimiento alterno no oficial de «petición oficioso».

También es digno de destacarse que en la perspectiva de promover la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, una reunión de expertos, convocada por la Comisión Internacional de Juristas, con el objeto de considerar la naturaleza y alcance de las obligaciones de los Estados parte del Pacto concluyó proponiendo el documento denominado «Principios de Limburgo», en virtud del cual se reafirma que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, mereciendo todos atención para su cumplimiento, y dado el carácter de «obligaciones contractuales» de las cláusulas de los pactos, algunas de estas obligaciones son de aplicación inmediata, aunque la «realización completa» de los derechos sociales se ha de lograr progresivamente; todo lo cual admite un abanico de medidas a adoptar por el Estado parte desde las legislativas y administrativas hasta los recursos judiciales efectivos (párrafos 3, 1, 8 y 19, entre otros).⁷

Lo anterior nos exige elaborar «estrategias de exigibilidad» de los derechos económicos sociales y culturales, diferenciando la exigibilidad directa e indirecta para

⁷ Consultar *Revista de Comisión Internacional de Juristas*, N° 37, Ginebra, 1986, pp. 49 y ss.

adecuar las herramientas idóneas, aunque ello supone verdaderos cambios en la cultura jurídica, tal cual lo proponen ejemplarmente Abramovich y Courtis.

En otro orden de ideas, se hace necesario establecer ciertos estándares acerca de las obligaciones de los Estados a aplicar nacionalmente por los poderes públicos, y los poderes privados, cuando las obligaciones no fuesen dirigidas directa o indirectamente solo al Estado. En palabras de Ferreyra estas obligaciones genéricas de los Estados importan expectativas, a saber:

3.1. Expectativas inmediatas

En primer lugar a la hora de adoptar las medidas inmediatas que posibiliten el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, la eliminación de toda práctica discriminatoria que los afecte o turbe. No menos importante es la tarea censal; en efecto, en materia de vivienda, educación, salud, cultura, etcétera, el relevamiento de los problemas que enfrenta la población, especialmente los grupos más fácilmente vulnerables, es una obligación de esta especie de medidas. Lo propio ocurre con las minorías, el multiculturalismo y multilingüismo. Es «empíricamente imposible» referirse al contenido y eficacia de esta categoría de derechos, si inmediatamente no se conoce con bastante certeza el grado de disfrute que, por definición, implica una actuación positiva.

3.2. Expectativas de no regresividad

En segundo lugar, la Observación general número 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1990, en su artículo 10 dice que dicho órgano es de la opinión de que corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos elementales, de atención primaria de salud, de abrigo y vivienda mínimos, o de las formas básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo las obligaciones que le impone el tratado. Si el Pacto se interpretase de tal manera que no estableciese una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima, debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trate. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias «hasta el máximo de los recursos de que disponga». Para que cada

Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado el máximo esfuerzo posible por utilizar todos los recursos que están a su disposición para satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. En este campo, la noción general es que los Estados se encuentran obligados —diría definitivamente obligados— a la adopción de alguna medida que traiga como consecuencia que, dentro del contexto, arrojen como balance la satisfacción o mantenimiento de los niveles mínimos exigibles.

3.3. Expectativas de progresivo desarrollo

Finalmente, la obligación de progresividad y prohibición de no regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales es el elemento que centralmente designa las posibilidades de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que patentiza de modo más indeleble las propiedades definitorias de esta categoría de derechos. Sobre el particular, los patrones pueden también ser visualizados en la Observación general número 3 del Comité. La claridad de sus disposiciones exime de mayores comentarios. Veamos. En su artículo 2 dice que «Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados». Las definiciones sobre la no regresividad prosiguen en la cláusula 5: «Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables».

La regla número 9 es, probablemente, «el pilar oculto de todo el sistema interpretativo»: «La principal obligación del resultado que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas (para lograr progresivamente la plena efectividad) de los derechos reconocidos (en el pacto) ». La expresión «progresiva efectividad» se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras, progresivamente se prevea

en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.

Concluye Ferreyra anotando: «Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales». Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirían la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga. La cláusula 12 agrega: «El Comité subraya el hecho de que, aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo». Agrega Ferreyra: «Considero necesario señalar que el análisis que se viene gestando merece ser completado con la observación general número 9, aprobada en diciembre de 1998». Allí dice:

1. En su observación general número 3 (1990) el Comité abordó cuestiones relacionadas con la índole y el alcance de las obligaciones de los Estados Parte [...] La obligación fundamental que deriva del Pacto es que los Estados Parte den efectividad a los derechos reconocidos. En la regla 10 se agrega, por su parte, que en lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del pacto pueden aplicarse de inmediato. Así, en la observación general número 3 se citaba, a título de ejemplo, el artículo 3, inciso i) del apartado a) del artículo 7 —salario equitativo—, el artículo 8 —derecho de formar sindicatos—, el párrafo 3 del artículo 10 —protección a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social—, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13 —reducción de la mortalidad infantil y sano desarrollo de los niños—, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 —derecho de libertad de los padres para decidir la educación de sus hijos—. Y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los

tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones) (Ferreya 2004: 91-93).

Hasta ahora nos hemos referido a los derechos económicos, sociales y culturales del Pacto Naciones Unidas de 1966 en razón de las antes anotadas características de debilidad estructural y debilidad positivo procesal en materia de reconocimiento y garantía de este tipo de derechos en la Constitución vigente, sin que a mi juicio resulte posible admitir la tesis del «bloque constitucional de derechos» a que se refiere Nogueira Alcalá en nuestro medio.

Lo expuesto también nos obliga a reconocer las limitaciones que el Pacto de 1966 tiene en materia de garantía de derechos económicos, sociales y culturales, que obligan positivamente al Estado parte en la medida de sus posibilidades, circunscribiéndose la garantía de exigibilidad al derecho de sindicación, al derecho de huelga y a la libertad de educación, excepciones que se fundan en una obligación negativa o rol pasivo del Estado, por lo que estos específicos derechos admiten una amplia «justiciabilidad».

Finalmente, en el sistema interamericano Chile plantea un notorio déficit con relación al Protocolo de San Salvador, al estar pendiente su incorporación al Derecho interno. El Protocolo de San Salvador considera a los derechos humanos un «todo indisoluble» (preámbulo) y admite que su efectivización en los Estados parte debe ser progresiva y en la medida de los recursos disponibles (artículo 1).

En suma lo dicho nos obliga a recoger una reflexión final en este apartado, teñida de paradojas. En primer lugar, la Constitución establece un sobrio catálogo de derechos fundamentales del tipo derechos económicos sociales y culturales: derecho a la seguridad social, derecho a una retribución justa, derecho a la salud, derecho de sindicación, derecho a la educación y derecho a un medio ambiente sano (artículo 19 N° 18, N° 16, N° 9, N° 19, N° 10 y N° 8 de la Constitución respectivamente). En segundo lugar, se instala en nuestro país fruto de políticas públicas largamente sostenidas y una actividad gubernamental y administrativa consistente, con limitaciones, un Estado de Bienestar, sin que la Constitución Económica y la Constitución Social de la Constitución originaria lo prevean.

Así, esta reflexión final importa reconocer que el catálogo de derechos fundamentales está conectado con un modelo de Estado subsidiario o mínimo propio de la herencia autoritaria y neoliberal cristalizada en la Constitución, pero al mismo tiempo el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, y de principios rectores de contenido económico-social en la Constitución, admite

una lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva de la misma Carta, que sobre la base de una concepción personalista del Estado (que define como fin del Estado el bien común y como deberes-fines la integración social y el aseguramiento de la igualdad de oportunidades, entre otros) y a una concepción vicarial de poder político, todo lo cual confiere soporte a una apertura al Estado Social o solidario. Todo lo anterior a pesar de que la Constitución Económica y Social es en lo grueso la Constitución originaria, y sin minusvalorar el alcance de la reforma constitucional de 1989 que instituyó una cláusula de reenvío a derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados y vigentes, fijando así una garantía institucional genérica dirigida a todos los poderes públicos en orden a respetar y promover los derechos fundamentales en particular y los derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico. En este contexto los tratados internacionales de derechos humanos son una fuente principal de nuestro Derecho Constitucional y de posición prevalente.

Esta lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva de la Constitución que se propone desde las coordenadas del constitucionalismo democrático y social, debe conferirle a las normas iusfundamentales del tipo específico de derechos económicos, sociales y culturales todo el valor normativo y eficacia normativa posible; en armonía con un modelo acerca del Estado y sus relaciones con la economía y la sociedad civil fundada en el principio de solidaridad, más que en el principio de subsidiariedad.

De esta manera es central ligar el reconocimiento y garantía de derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución, a una compleja positivación de normas iusfundamentales (Gomes Canothilo) a saber: normas programáticas (normas de principio las denomina Crizafulli en la doctrina italiana) definidoras de tareas y fines del Estado (*Staatszielbestimmungen*) de contenido social, normas de organización atributivas de competencias para dictar medidas relevantes en los ámbitos económico, social y cultural), garantías institucionales (*Institutionnelle Garantien*) obligando al legislador a proteger ciertas instituciones) y normas sobre derechos subjetivos públicos. Al mismo tiempo, se suma a esta compleja positivación, el desarrollo infraconstitucional de los derechos económicos sociales y culturales, permiten reforzar el reconocimiento y garantía efectiva de estos derechos. En el fondo de esta compleja positivación subyace la estrecha dependencia de los derechos sociales de las «estructuras socioeconómicas» sobre las que se construyen estos derechos (Pérez Luño), todo lo que da pie a ambigüedades en la formulación

positivo constitucional, la que es bien aprovechada por los críticos (neo) liberales y (neo) conservadores.⁸

Ciertamente no es este el lugar para desarrollar dogmáticamente esta lectura y hermenéutica de la Constitución, pero ejemplariza lo dicho en el desarrollo infraconstitucional de los derechos económicos, sociales y culturales en la legislación del trabajo, seguridad social, salud pública, vivienda, entre otras, que autorizan a hablar de políticas públicas de una red de protección social con miras a un Estado de Bienestar, siendo un botón de muestra el plan de cobertura pública universal de salud, el programa Chile solidario, y las reformas previsional y educacional en curso.

Se agrega a esto la amplia «deferencia» del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional hacia el Congreso Nacional, el Gobierno y la Administración del Estado en cuanto a la definición de políticas públicas sociales e instrumentos serviciales idóneos.

La segunda paradoja de esta ponencia, es que se trata de un Estado de Bienestar sin cobertura explícita en la Constitución Social y Constitución Económica y contradictoria con el techo ideológico autoritario y neoliberal de la Constitución originaria, pero no con el actual techo ideológico abierto parcialmente de la Constitución reformada. Es una paradoja que demuestra la estrecha conexión que tiene la operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales con las condiciones reales de tipo socioeconómico y político.

Para concluir este apartado, una aproximación garantista a los derechos económicos, sociales y culturales, como nos recuerda Ferrajoli (2006: 108-109), exige dar cuenta de la relación normatividad-efectividad, y de la imperfección en la configuración de estos derechos como derechos así como de sus garantías, para encontrar herramientas de tutela adecuadas. También nos exige esta aproximación garantista establecer un nexo entre los derechos y la democracia política, no postergando los derechos económicos sociales y culturales al desarrollo económico, sino avanzar gradualmente en la efectivización de los derechos (Peña).⁹

⁸ Consultar PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1984, y en especial, del mismo autor *La Tercera Generación de Derechos Humanos*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 289-314. También a GÓMEZ CANOTILHO, José Joaquim. «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 1, 1988, pp. 239-260. Madrid: CEC. También es muy provechoso el libro del desaparecido Germán J. BIDART CAMPOS 1993, pp. 335-340.

⁹ ABRAMOVICH y COURTIS (2004 249-250. También consultar PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. *Práctica constitucional y derechos fundamentales*. J.L. Cea (presentación y estudio). Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección estudios Nº 5, 1996, pp. 188-198.

La fiscalidad del Estado, las políticas públicas sociales y los espacios para la política (ciudadanía) y el mercado, van a definir en cada momento las herramientas de tutela, pero los derechos económicos, sociales y culturales, impedirán a lo menos una regresividad, ya que se han alojado en la decisión misma acerca de la forma jurídico-política de Estado y la legitimidad social y política que un sistema de dominación tiene.

En este sentido, la globalización o mundialización ofrece posibilidades progresivas a los derechos económicos, sociales y culturales si nos tomamos en serio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el ideal de humanidad. También la globalización abre un espacio para la regresividad (Ferrajoli 2006: 148-158).

4. Garantía Constitucional en América Latina

De lo dicho acerca del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, debemos extraer una lectura «en serio» que potencie la adopción de medidas inmediatas, la garantía de niveles esenciales de derechos y la obligación de progresividad y no regresividad, pero que no oculte la precariedad o «miserias» de este nivel de positivación, a pesar de las obligaciones impuestas al Estado. Tal precariedad no debe ser fuente de frustración, que induzca a sostener que los derechos sociales son simples deberes universales de solidaridad, carentes de naturaleza y estructura de derechos, y de titulares más allá del Estado, y por ende, carentes de toda justiciabilidad.¹⁰

Por ello, se hace necesario referirnos al nivel iusfundamental de positivación de los derechos sociales en la Constitución, es decir, un breve *excursus* sobre la naturaleza y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina, en especial tratándose de recepciones constitucionales del último ciclo restaurador o redemocratizador que nuestro continente ha tenido a partir de fines de la década de 1980, y que cristaliza en Constituciones de techo ideológico abierto, y por ende, en las que se hace sentir el influjo del constitucionalismo democrático y social.

¹⁰ Este es el planteamiento del jurista mexicano ADAME GODDARD, Jorge. «Los derechos económicos, sociales y culturales como deberes de solidaridad». En *Derechos Fundamentales y Estado*. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y consorcio, 2002, pp. 59-85. Adame Goddard resume su planteamiento, de talante algo angelical, señalando «la definición de los derechos sociales reconocidos en el Pacto como deberes de solidaridad facilita la crítica de los comportamientos no solidarios de los miembros, en tanto aparecen como violaciones a reglas de conducta que se practican y observan (o deben observarse) en todas las naciones» (p. 82).

El *excursus* anotado se circunscribe a la naturaleza de estos derechos sociales y su justiciabilidad en procesos de amparo de derechos fundamentales, tomando como base una de las concreciones positivas iusfundamentales y de desarrollo jurisprudencial más notable en América Latina.

Consiguientemente abordamos esta cuestión a partir de la doctrina del mínimo vital en los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en sede de tutela, la que provoca una «pequeña-gran» revolución jurídica en dicho país marcada por las difíciles relaciones entre Judicaturas e incardinación de remedios procesales tutelares de derechos.

En el marco de la Constitución de 1991 que recoge la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho, desde el año 1992¹¹ la Corte Constitucional de Colombia, dominada por un cierto activismo judicial, ha venido desarrollando, con la conjunción de justicia constitucional y tutela, la doctrina del derecho denominado al mínimo vital, con el cual ha contribuido decisivamente a iniciar la construcción de un Estado Social de Derecho en Colombia, es decir, hacia la realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales (Arango 2002).

El camino trazado por la Corte Colombiana se debe en gran medida a la concepción que ella tiene del Estado Social de Derecho, señalando al respecto que

[...] a diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja al goce efectivo de sus derechos fundamentales.¹²

Como veremos, la Corte ha señalado que el mínimo vital se vulnera cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población, y el Estado, pudiendo hacerlo, ha

¹¹ Consultar OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. «Los primeros diez años de la Corte Constitucional Colombiana». En *Tribunales y Justicia Constitucional*. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas y consorcio, 2002, pp. 317-340. Del mismo autor, *Tutela y amparo: derechos protegidos, estudio comparativo Colombia - España*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 1998. Un ejemplo: Sentencia T-426 de 1992. Corte Constitucional de Colombia. Una aproximación sinóptica de CORREA HENAO, Néstor Raúl. «La acción de tutela y los medios judiciales ordinarios de defensa de los derechos». En *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional*. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y consorcio, 2002, pp.135-163.

¹² Sentencia C-1064 de 2001.

dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe. Así, a través del derecho al mínimo vital se han amparado los derechos sociales de los trabajadores frente a la mora en el pago de salarios cuando este constituye su única fuente de ingresos, de las personas de la tercera edad a quienes se les adeudan mesadas de pensiones, de las mujeres embarazadas despedidas por su estado, y de las personas con limitaciones físicas o terminales frente a exclusiones de los planes de salud en materia de tratamiento y medicamentos, entre otras.

De esta manera el derecho al mínimo vital es reconocido en casos de urgencia en los que la subsistencia de la persona o de su familia se ve seriamente comprometida, impidiendo que caiga por debajo del nivel de vida que le permite reconocerse y ser reconocida como una persona digna de igual consideración y respeto por los demás. Así, el derecho al mínimo vital cumple la función de asegurar a toda persona los medios necesarios para un existencia digna.

Respecto al carácter innominado del derecho fundamental al mínimo vital la Corte Constitucional ha señalado que «aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia este puede deducirse de los derechos de la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad»,¹³ concluyendo que «toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material».

En lo que respecta a sus elementos ha dicho la Corte que el derecho se compone «por aquellos requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, especialmente en lo relacionado con su alimentación, vestido, educación, vivienda y seguridad social».¹⁴

La Corte ha establecido que el derecho a un mínimo vital es «consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución», y como tal, constituye «un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales y se constituye en una condición previa para el ejercicio de los derechos y libertades

¹³ Sentencia T-426-1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴ Sentencia T-554-04 M.P. Jaime Araujo Rentería.

constitucionales de las personas». ¹⁵ Señalando que nos encontramos con una afectación del mínimo vital cuando en un caso concreto la afectación configura una «violación al derecho a la vida, a la salud, a la dignidad, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad». ¹⁶

5. Conclusiones: Constitución del Bicentenario y Garantismo

Hemos de concluir esta ponencia retomando una verdadera paradoja: abordar los derechos económicos, sociales y culturales, su naturaleza y justiciabilidad desde la dogmática de los derechos fundamentales tropieza con una característica toral de nuestra Constitución, no casual dado su origen autoritario y neoliberal, una debilidad estructural y una debilidad positivo procesal de la recepción iusfundamental (reconocimiento y garantía) de estos derechos en nuestro país y por ello, junto a la lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva de la Constitución reformada, no debemos prescindir de una perspectiva de *Constitutione ferenda*, una mirada de futuro o por venir conducente a superar tal debilidad estructural y debilidad positivo procesal, y que aquilate en la fórmula del Estado Social.

Por lo demás el difícil camino seguido por los Pactos de ONU de 1966, y que provocó un divorcio entre derechos civiles y políticos por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales por otra, debidamente documentado (García Morales 2002: 14-19; 26-31), y que se proyecta hasta hoy a propósito de los mecanismos y órganos de protección internacional, dan cuenta de las dificultades de armonizar o unir los derechos humanos, en la perspectiva de un consenso ético universal, más allá de las visiones ideológicas y teorías-metateorías. ¹⁷

En suma esta conclusión de *Constitutione ferenda*, está unida a la necesidad de una mirada o aproximación de por venir o futuro, que exige plantear un discurso político constitucional coherente con miras a la Constitución del Bicentenario, en que el consenso en torno a las «reformas de segunda generación» se verifique en la sociedad política y sociedad civil, en el seno de los partidos y del Poder Constituyente derivado, de suerte que los quórum del *iter Constitutione* no operen

¹⁵ Sentencia T-554-04 M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁶ Sentencia T-338 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁷ También sobre escenario internacional de la Declaración Universal de los Derechos Humanos e instrumentos posteriores consultar el libro de CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. A. Pentimalli M. y B. Ribera de Madariaga (traductores). Barcelona: Ariel, 1ª ed. 1991, 1ª reimp. 1993, pp. 36-54.

como mecanismo contramayoritario de bloqueo para poner a salvo del poder democrático a los derechos individuales o clásicos, sino solo como mecanismo contramayoritario en función del pacto político que subyace a la Constitución democráticamente gestada.

Pero, debemos cerrar esta ponencia con una segunda paradoja: la Constitución Económica y Social de filiación ideológica neoliberal en su origen se ha abierto paulatinamente merced el ciclo de reformas constitucionales iniciado en 1989, por lo que hoy, a pesar de la debilidad estructural y debilidad positivo procesal de los derechos económicos, sociales y culturales, admite una lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva, que le confiere a las normas acerca de derechos fundamentales de contenido económico social (y a las normas de principio) todo su valor normativo y eficacia normativa abriendo el modelo de Estado, y de relaciones economía-sociedad civil al Estado Social o solidario.

Lo anotado confluye a un orden político institucional y económico social favorable a los derechos económicos, sociales y culturales y un nuevo modelo de Estado. Es un orden concreto de cosas en que el desarrollo infraconstitucional de derechos fundamentales y políticas públicas hacen posible una red de protección social universal en relación con algunas necesidades públicas básicas, enderezada claramente, aunque con limitaciones, al asentamiento del Estado de Bienestar.

Para concluir, resta anotar para el debate que los derechos económicos, sociales y culturales, que han servido en la segunda mitad de siglo xx de base para el desarrollo de un nuevo paradigma en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de lo que es un botón de muestra el comentado Pacto de 1966 de ONU o los convenios del sistema OIT, se ven sometidos o expuestos hoy en los albores del siglo XXI, insertos en un proceso de globalización o mundialización, a severos retrocesos por el tipo de orden económico internacional imperante, que se materializa en tratados bilaterales o multilaterales de libre comercio, de protección de inversiones y de protección de privilegios o franquicias, enderezados a la protección de un desarrollo capitalista dominado por una visión neoliberal. El denominado «consenso de Washington» no es sino una suerte de «decálogo» de clara filiación ideológica (por ende con pretensiones de verdad inmutable) de lo políticamente correcto o políticamente inofensivo acerca de la relación privado-pública, mercado y política, economía-sociedad civil y Estado.

El fin del viejo dogma de la soberanía interna y externa que sirvió a la edificación del Estado nacional primero y a los procesos históricos de descolonización y nue-

vo orden económico internacional, hoy es puesto en tela de juicio bajo el pretexto de someter o encadenar al Estado- Leviatán.¹⁸

La globalización o mundialización también encierra una paradoja final en materia de derechos humanos en general y de derechos económicos, sociales y culturales en particular, a saber: por una parte, debemos tomarnos en serio la actual fase de evolución histórico-política de los derechos denominada «internacionalización» y su fruto más directo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la expansiva subjetividad de la persona en dicho orden que aquilata en crecientes y mejorados sistemas de protección y de jurisdicción internacional o supranacional; y por otra parte, la consolidación de un modelo de desarrollo capitalista global que reduce los espacios de la política (Estado), de la ciudadanía y de los derechos, en especial los derechos colectivos que miran a la relación capital-trabajo, persona-medio ambiente, por los espacios del mercado nacional, regional y global y una natural «mano invisible» que pretende inaugurar una «edad de oro» o «fin de la historia». Con la globalización se impone un nuevo «derecho común» en espacios supranacionales o internacionales: la remozada *lex mercatoria* basada en un renovado «blindaje de los derechos de propiedad privada y de libertad de empresa»; surgiendo tratados internacionales bilaterales y multilaterales de comercio, de protección de derechos intelectuales y privilegios industriales, de doble tributación y de protección de inversiones que refuerzan la libertad de circulación de capitales, mercancías y servicios, imponiendo límites nuevos y poderosos al Estado nacional en sus relaciones con la economía y sociedad civil y sacrificando los derechos, expectativas o simplemente necesidades básicas de los componentes más vulnerables de la sociedad de hoy.¹⁹

¹⁸ Consultar MODERNE, Franck. «¿Cuál es el futuro del Constitucionalismo social en la Europa contemporánea?». En Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, volumen *Derechos Fundamentales y Estado*. México: Consorcio de Universidades e IJ-UNAM, 2002, pp. 493-527. También WITKER, Jorge. «Los derechos económicos y sociales en el contexto del área de Libre Comercio de las Américas» Ibídem, volumen *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, pp. 593-607.

¹⁹ Consultar el libro de PISARELLO (2007: 30-31), y el trabajo de LAFRANCHI, M. P. «Les droits sociaux fondamentaux dans le droit applicable au commerce International». En J. Y. Chévot y T. Van Reenen (directores). *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix Marseille. 2005, pp. 59-63.

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS

2002 *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Primera edición. L. Ferrajoli (prólogo). Madrid: Trotta.

ADAME GODDARD, Jorge

2002 «Los derechos económicos, sociales y culturales como deberes de solidaridad». En *Derechos Fundamentales y Estado*. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y consorcio.

ARANGO, Rodolfo

2002 «La jurisdicción social de la tutela en Colombia». Conferencia presentada al Seminario *Corte Constitucional 10 años, Balances y Perspectivas*. Colombia: Universidad de Medellín.

BASTIDA F., Francisco J. *et al.*

2004 *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1948*. Madrid: Tecnos.

BIDART CAMPOS, Germán J.

1993 *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: UNAM-IIJ.

CARBONELL, Miguel

2002 *La Constitución en serio, multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. México: Porrúa UNAM-IIJ.

2003 «En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión». En obra colectiva. México: UNAM.

CASSESE, Antonio

1991 *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. A. Pentimalli M. y B. Ribera de Madariaga (traductores). Barcelona: Ariel.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS

1986 *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, N° 37, Ginebra.

CORREA HENAO, Néstor Raúl

2002 «La acción de tutela y los medios judiciales ordinarios de defensa de los derechos». En *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional*. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y consorcio.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón

1989 *Estado Social y Derechos de Prestación*. M. Aragón (prólogo). Madrid: CEC.

ETO CRUZ, Gerardo

2002 «Una defensa constitucional: la inconstitucionalidad por omisión». En *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional*. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio

1998 *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*. Madrid: Civitas.

FERRAJOLI, Luigi

2001 *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

2006 *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi (traductores). Madrid: Trotta.

FERREYRA, Raúl Gustavo

2004 *Investigaciones sobre derechos constitucionales*. Buenos Aires: La Ley.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ

1977 *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.

GARCÍA MORALES, Aniza F.

2003 *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense.

GÓMEZ BERNALES, Gastón

1993 «Constitución, Derechos Esenciales y Tratados». En obra colectiva *Dogmática Constitucional y derechos humanos*. Cuaderno de Análisis Jurídico N° 27. Santiago: Universidad Diego Portales.

GÓMEZ CANOTILHO, José Joaquim

1988 «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid: CEC.

JELLINEK, Georg

1912 *Sistema dei Diritto publici subbietivi*. Milano: Soc. Editrice Libreria.

1970 *Teoría General del Estado*. Fernando de los Ríos (traducción y prólogo). Buenos Aires: Albatros.

LAFRANCHI, M. P.

2005 «Les droits sociaux fondamentaux dans le droit applicable au commerce International». En *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*. J. Y. Chévot y T. Van Reenen (directores). Aix-en-Provence: Presses Universitaires D'Aix Marseille.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio

1997 *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*. Barcelona: CEDECS.

1997 «Los Derechos Sociales» en libro colectivo VV.AA. En *Lecciones de Derechos Humanos*. Valparaíso: Edeval.

MODERNE, Franck

2002 «¿Cuál es el futuro del Constitucionalismo social en la Europa contemporánea?». En Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, volumen *Derechos Fundamentales y Estado*. México: Consorcio de Universidades e IJ-UNAM.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto

2003 «El Constitucionalismo Contemporáneo y los Derechos económicos, Sociales y Culturales». *Estudios Constitucionales*. Santiago: CECOCH.

OSUNA PATIÑO, Néstor Iván

1998 Tutela y amparo: derechos protegidos, estudio comparativo Colombia - España. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

2002 «Los primeros diez años de la Corte Constitucional Colombiana». En *Tribunales y Justicia Constitucional*. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas y consorcio.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio

1980 *Derechos Fundamentales*. Madrid: Latina Universitaria.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos

1996 *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. J.L. Cea (presentación y estudio). Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección Estudios.

PÉREZ LUÑO, Antonio E.

1984 *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.

2006 *La Tercera Generación de Derechos Humanos*. Navarra: Thomson-Aranzadi.

PISARELLO, Gerardo

2007 *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.

RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge

1996 *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.

SAGÜÉS, Néstor Pedro

2002 «Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión». En *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional*. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

VASAK, Karel

1983 *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Barcelona: Serbal-UNESCO.

WITKER, Jorge

2002 «Los derechos económicos y sociales en el contexto del área de Libre Comercio de las Américas». En Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, volumen *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.