

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (Coord.) (2012) *Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Orden Constitucional Chileno*. Santiago: Librotecnia, 605 pp.

Hablar de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), es referirse a una categoría de derechos que siempre han estado sumidos en un constante conflicto, desde la doctrina y la jurisprudencia, por la falta de garantías y de justiciabilidad de los mismos. Esta situación ha sido maximizada por la concepción con la cual se han configurado en los instrumentos de corte internacional y por nuestro propio texto constitucional.

La obra colectiva que se comentará a continuación, tiene un sinnúmero de virtudes, para quien quiere adentrarse en el estudio y comprensión de este fenómeno jurídico, y la más importante quizás, es que se hace cargo de las grandes problemáticas que se han ido generando a la luz del desarrollo de las diversas perspectivas y facetas de la dignidad humana, que tienen como objetivo central lograr el pleno desarrollo del ser humano en el contexto social.

Hoy en día ya no es sostenible una visión parcial o limitada de los derechos, en especial si hablamos de los derechos fundamentales. El desarrollo poco equitativo de los Estados, y a su vez, el dispar desarrollo de la misma población de dichos Estados ha generado como consecuencia que no sea más sustentable la separación de los derechos por generaciones, sino que por el contrario desde el Derecho Interno e Internacional se postula una expansión y fortalecimiento de los derechos fundamentales vistos desde su conjunto y como una unidad en pos de eliminar uno de los problemas más comunes y dolorosos para las sociedades: la pobreza, que no es más que la negación de cualquier derecho fundamental, pues un ser humano como ser completo que es, le competen la integralidad de sus derechos, no dejando que se pueda optar entre unos u otros¹. El informe 2012 sobre Derechos Humanos en Chile señala que “El respeto, garantía y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) tiene directa relación con la posibilidad de una vida digna, libre del hambre y la miseria, y en la que las personas producen los medios para su subsistencia y el desarrollo de su proyecto de vida, protegidas ante la enfermedad, la incapacidad y la adversidad”², por tanto tratar estos temas no solo enriquece la discusión desde un punto de vista doctrinal y/o ju-

¹ CANÇADO TRINIDADE, Antonio (2006). *El Derecho Internacional de los Derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 134-135.

² INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012) *Informe Anual 2012: Situación de los Derechos Humanos en Chile*. p. 195, disponible en <http://www.indh.cl/informe2012/Informe%20INDH%202012%20Capitulo%205.pdf>

risprudencial, sino que también, tiene como especial interés establecer los principales lineamientos de asuntos tan vitales para la persona, como el derecho al agua, a la alimentación, a la identidad cultural, al trabajo, etc.

Los temas tratados por los más de 27 autores, son de gran importancia para el entendimiento de los DESC y, sobre todo, para su reconocimiento en Chile, aun cuando en la mayoría de los casos aun falte su reconocimiento a nivel constitucional.

El coordinador de la obra, el profesor Gonzalo Aguilar, establece muy bien en su presentación el espíritu de este libro, pues en la mayoría de los 24 artículos, más los dos textos conclusivos, queda de manifiesto la necesidad de “un enfoque integral e integrado” de los derechos, incorporando no solo el Derecho Interno, sino que también el Derecho Internacional.

La obra cuenta con dos acápites: una parte general y una especial.

De la parte general, conformada por artículos de los profesores Rebecca Steward, María Pía Silva, Alejandra Zúñiga, María Beatriz Arriagada, Jaime Bassa y José Ignacio Núñez, podemos señalar que los DESC se establecen como punto de partida para revisar una serie de problemáticas en el orden constitucional e internacional, que sin lugar a dudas tienen la virtud de realizar una mirada omnicomprensiva de los fenómenos jurídicos de corte iusfundamental y su interrelación con otros temas fundamentales del Derecho Constitucional e Internacional como son el Estado Social de Derecho, la categoría técnica de los derechos subjetivos, la interpretación, y la ponderación.

En la parte especial hay que hacer una diferenciación entre aquellos derechos incorporados en el Orden Interno chileno y aquellos que no lo están, existiendo desde estas perspectivas una serie de conflictos que de igual modo son transversales al efectivo cumplimiento y exigibilidad de esta categoría de derechos. Por esto, es que en el presente comentario se tratará de establecer las líneas que son comunes, según mi perspectiva, a la mayoría de estos trabajos.

En primer lugar el libro que se comenta se perfila como un gran aporte desde la doctrina, al concepto de los DESC, pues todos los artículos parten de la base que son derechos fundamentales al igual que aquellos denominados políticos y civiles, y por tanto, estamos finalmente llegando a la conclusión que las características propias de estos derechos no los ponen en una situación desmejorada con respecto al resto de los derechos fundamentales, sino que solamente tienen ciertas particularidades que requieren atención especial por parte del poder público. Con esto se está terminando esa discusión un tanto odiosa, majadera, y a veces acomodaticia de los Estados principalmente, de relegar estos derechos a una segunda categoría. Esta realidad también ha sido avalada por la jurisprudencia del orden interno como internacional. Así lo señala expresamente

el trabajo de la profesora Steward, y el muy bien logrado trabajo de la profesora Arriagada.

Otro asunto de vital importancia que queda de manifiesto al leer este libro, es que es necesario hacer un esfuerzo por reconocer estos derechos no necesariamente desde una perspectiva estrictamente prestacional, como lo señala el profesor Núñez en su artículo. Esto pues, desde la doctrina y jurisprudencia, se tiende a decir que una de las debilidades del mismo es la situación en que se coloca el Estado de realizar “algo”, una prestación, en atención a que el ciudadano no puede procurársela por sí mismo. Si bien es cierto, que hay ocasiones en que coinciden ambas perspectivas –sociales y prestacionales– hay otras en que no, o los mismos derechos civiles y políticos tienen también una perspectiva prestacional; el acento de estos derechos debe marcarse en los principios inspiradores que se encuentran en su base. En este sentido el trabajo del profesor Hugo Tórtora, al analizar el derecho a la vivienda adecuada o digna es esencial, pues establece como base axiológica la igualdad, la humanización de las relaciones y la justicia social, con lo cual se amplía y se consolida el sustrato de estos derechos, y la mirada puede realizarse desde una perspectiva más compleja, y no solo desde la posición del sujeto pasivo del derecho.

También es interesante el tratamiento que realizan los diversos autores en cuanto a la exigencia de los mínimos asegurados por este tipo de derecho, pues queda la sensación que la ciudadanía ni los Estados, pueden quedarse con el paradigma de que el poder público tiene que comprometer el máximo de los recursos que pueda para asegurarlos, pues existe una gran cantidad de requerimientos que es necesario desarrollar y que se han establecido como obligaciones por parte de los Estados. En este sentido los autores se hacen partícipes de lo que ya ha establecido el Comité del Pacto Internacional de los DESC, que ha señalado que los Estados deben tener como meta la plena efectividad de estos derechos y que, de igual modo, están destinados a garantizar “la entrada” a ciertos niveles esenciales de satisfacción de cada uno de los derechos³. En el caso de Chile esta situación ha sido recogida principalmente por la jurisprudencia sobre el derecho a la protección de la salud.

El profesor Bassa, en este sentido, establece la ampliación de la interpretación constitucional de los derechos, superando técnicas poco coherentes con los procesos democráticos; la profesora Henríquez, por otro lado, constata que, desde el ámbito internacional, la efectividad se ha establecido de manera gradual, cumpliendo con los mandatos establecidos a este respecto, lo que ha sido recogido en el proceso jurisprudencial de

³ VICENTE DE ROUX, Carlos (2004). *Derechos Económicos, Sociales y Culturales, políticas públicas y justiciabilidad*. Serie Estudios y Perspectivas Bogotá: Cepal, pp. 25 y 26. Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/21305/lcl2222.pdf>

este derecho en Chile, verificando la apertura en la protección del Tribunal Constitucional desde el 2008, y algunos casos aislados de los tribunales ordinarios de justicia. Lo propio señala la profesora Zúñiga, quien también, tratando casos del derecho a la protección de la salud, establece que la lectura de nuestro texto constitucional ya no puede ser a la luz del principio de subsidiariedad en estas materias, estableciéndose el “Estado mínimo”, sino que este mismo principio genera que el Estado intervenga en ciertas materias que son necesarias para el bienestar general, teniendo como base el “liberalismo igualitario”. En este mismo sentido se expresa el profesor Núñez, quien señala que no existe contraposición entre la libertad e igualdad, por tanto, esto ya no puede ser un pretexto para no cumplir con los derechos sociales, en concordancia con lo expresado al comienzo de este comentario. Con esto podemos recoger que el binomio igualdad/libertad no están tan alejados como la historia lo ha querido hacer entender.

Otra de las virtudes de esta obra es tratar con sumo cuidado y dedicación, en su parte especial, una serie de derechos fundamentales que necesitan ser mirados y analizados desde las perspectivas interna y externa. En este sentido se valora el trato más o menos uniforme y con un alto grado de profundidad de los derechos por parte de los autores. Es así como se agradece el enfoque multidisciplinario de los derechos de contenido laboral tratados por los profesores Daniela Marzi, L. Iván Díaz, Kamel Cazor, Gonzalo Cortés y Rodrigo Pica, pues viniendo cada uno desde distintas áreas de estudio del Derecho –Constitucional y Laboral– aportan un análisis sustancial a un aspecto esencial al desarrollo del ser humano de manera integral. El análisis de los derechos de orden familiar de las profesoras Regina Tolosa y Daniela Méndez, ponen de manifiesto el desdibujamiento cada día más profundo de la dicotomía público/privada, poniendo de relieve la importancia de las relaciones parento-filiares de la persona. La perspectiva amplia con que se tratan los derechos sociales reconocidos en nuestra Constitución de los profesores Miriam Henríquez, Tomás Jordán, Daniela Ortega y Cristóbal Larraín, nos ayudan a comprender de mejor manera por qué han sido establecidos en nuestra Constitución, cuál es su ámbito de protección específica y cuál ha sido el tránsito de estos derechos. Y finalmente nos encontramos con el análisis de aquellos derechos que no han tenido un reconocimiento expreso como derecho fundamental en el Orden Interno, pero que sí lo tienen en el Derecho Internacional o en el Derecho Comparado Constitucional, este es el caso del desarrollo del derecho a la alimentación de la profesora Lilliana Galdámez, la vivienda digna del profesor Hugo Tórtora, el derecho al agua y al saneamiento del profesor Gonzalo Aguilar; la vida digna y el derecho al agua del profesor Humberto Nogueira; diversidad y derecho a la identidad cultural de la profesora Carolina Salas, la participación de

la vida cultural del profesor Christian Viera y el desarrollo sustentable de la profesora Jaana Braz. Todos estos artículos contribuyen al debate y a la incipiente configuración de estos derechos en nuestro país, que son tan necesarios para que el ser humano pueda desenvolverse en la vida política, social y económica de un Estado, estableciendo sus fortalezas como sus debilidades, y además generando propuestas respecto a su posible consagración en Chile.

En estos últimos derechos se deja de manifiesto que en el caso del ordenamiento jurídico chileno, aquellos que no han sido recogidos en los textos constitucionales o de orden internacional de manera expresa, tienen una base jurídica en el artículo 1º de la Constitución, en especial en el principio personalista, pues el Estado tiene que estar al servicio de la persona humana, y esto puede generar la necesidad de establecer determinadas prestaciones para lograr el pleno desarrollo del ser humano, con lo cual los derechos sociales tienen una existencia y un desarrollo desde las Bases de la Institucionalidad, aun cuando no haya sido el objetivo de este articulado de orden eminentemente liberal.

Y es este análisis, de profunda trascendencia para el Derecho Interno chileno, el que debiese ser central en la observación de esta categoría de derechos en Chile, pues permite, a la luz del bien común, configurar una perspectiva más coherente y firme de toda la problemática de los derechos sociales.

En este sentido si el Estado determina que su finalidad es lograr el bien común y para eso se vuelve un medio en pos de la persona, encontramos que el principio rector que debiese mover su actuar es lograr la igualdad de todos quienes formamos parte del quehacer nacional⁴. Esta es la opción que ha encontrado el Tribunal Constitucional y nuestros Tribunales Superiores de Justicia para darle concreción práctica a estos derechos. Caso paradigmático en este sentido, y citado en reiteradas oportunidades por los autores es el de doña Silvia Peña Wassaf⁵, en el cual se abordan los deberes y responsabilidades que implica el principio de subsidiaridad, así como la eficacia de los derechos, que a instituciones privadas les corresponde proteger por mandato constitucional y legal (considerando 36º). Así, utilizando el artículo 1º inciso 4º de nuestra Constitución, se realizaría un aporte para tratar de resolver la series de problemas que tenemos en el orden interno y que este libro ha dejado en evidencia, en

⁴ ALLARD, Raúl (2011): "El respeto de los derechos sociales como exigencias del bien común" en HENRÍQUEZ, Miriam (Coord.) *Perspectivas del Derecho Constitucional desde el mirador del Bicentenario*. Santiago: Librotecnia, p. 136.

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

especial en las conclusiones entregadas por los profesores Humberto Nogueira y María Teresa Infante.

En definitiva, nos encontramos frente a una obra que entrega un aporte fundamental para el desarrollo coherente de los DESC, pues se perfila como una fuente de conocimiento esencial para el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público.

KATHERINE BECERRA VALDIVIA*

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Magíster en Derecho por la Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo. Profesora de Derecho Constitucional e Introducción al Derecho en la misma casa de estudios. Correo Electrónico: kbecerra@ucn.cl