

# ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

**Revista del Centro de Estudios Constitucionales**

Año 1 N° 1 ISSN 0718-0195

Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003



Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Centro de Estudios Constitucionales  
Dirección: Québec 415 esquina Avda. Condell, Providencia, Santiago, Chile  
Correo electrónico: [cecoch@utalca.cl](mailto:cecoch@utalca.cl) Página Web: [www.cecoch.cl](http://www.cecoch.cl)

# EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Humberto Nogueira Alcalá (\*)

## RESUMEN

Este artículo considera la situación de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del constitucionalismo de los inicios del siglo XXI en América Latina, considerando las distintas vertientes teóricas, el derecho positivo y los aspectos dogmáticos comunes.

Derecho Público. Derecho Constitucional. Derechos Fundamentales. Derecho de los derechos humanos. Derechos prestacionales. Derechos sociales, culturales y económicos. Garantías jurídicas de los derechos sociales o prestacionales.

## 1. INTRODUCCIÓN

Siguiendo la ruta abierta por las Constituciones Mexicana de 1917 y de Alemania de 1919, los países latinoamericanos partiendo del Estado liberal de Derecho fueron desarrollando el Estado Social y Democrático de Derecho o el constitucionalismo social, con especial énfasis, después de la Segunda Guerra Mundial, donde los derechos basados en el valor esencial de la libertad y la autonomía

---

(\*) Doctor en Derecho, Universidad de Lovaina, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile.

Artículo recibido el 23 de junio de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 18 de julio de 2003.

Correo electrónico: [nogueira@utalca.cl](mailto:nogueira@utalca.cl)

denominados derechos individuales o de primera generación, se complementan con los derechos basados en el valor de la igualdad, denominados derechos económicos, sociales y culturales o de segunda generación, potenciando estos últimos con el objeto de ofrecer una igualación de oportunidades en la vida nacional y un aseguramiento básico de una vida digna para todas las personas.

El Estado Liberal desarrolló principios organizativos que tenían por objeto asegurar la libertad y autonomía del individuo frente a los abusos de los gobernantes, se somete a éstos al ordenamiento jurídico fundado en la razón, generándose el principio de imperio de la ley y la reserva de ley para regular los derechos fundamentales, la distribución del poder del Estado en órganos y funciones diferentes, el principio de control horizontal y vertical de la acción de los gobernantes y el sistema de responsabilidad de los gobernantes y agentes de la administración del Estado, para señalar los aspectos más básicos de este modelo organizacional.

Este enfoque se modifica cualitativamente con el desarrollo de la perspectiva del Estado social y democrático del derecho y el constitucionalismo social.

## 2. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

El Estado Social y Democrático de Derecho o el Constitucionalismo Social estructura una imbricación diferente entre principios generales de la organización constitucional del Estado y garantías de los derechos fundamentales. Los derechos económicos, sociales y culturales inexistentes en el Estado Liberal vienen a complementar los derechos individuales y políticos, enriqueciendo la dignidad y el desarrollo de la persona humana y calificando la forma de Estado. En el Estado del constitucionalismo social los derechos económicos, sociales y culturales constituyen posiciones subjetivas de las personas que afirman un principio de igual dignidad e igualdad substantiva básica de todos los seres humanos. Los derechos económicos, sociales y culturales participan de las condiciones de verdaderos derechos en la medida que tengan un reconocido contenido esencial, además de ser disposiciones constitucionales de principio, todo lo cual tiene por objeto otorgar una mejor calidad de vida a las personas. Ello implica, necesariamente, la existencia de un Estado activo promotor del bien común y regulador del proceso económico social, proceso antes entregado a las fuerzas del libre mercado y a la sola iniciativa privada. En la nueva perspectiva del Estado Social, se asume la necesidad de brindar a la población un mínimo básico de bienestar que se compromete a entregar el Estado a través de prestaciones positivas de hacer respecto de las personas en salud, educación, condiciones laborales, seguridad social, vivienda, entre otras materias.

Las nuevas perspectivas del constitucionalismo social debe tener en consideración la crisis del Estado social tradicional del siglo XX, donde las políticas sociales tienen el carácter de concesiones planificadas centralmente por la administración, con fuertes niveles de opacidad, privilegios, discriminaciones y fenómenos de corrupción, como asimismo, con formas distorsionadas partitocráticas y la actuación de poderes invisibles e inmunes a los sistemas de adecuado control, todo lo cual, lleva a elevar los costos y a reducir la eficiencia y eficacia de las intervenciones destinadas a potenciar y maximizar los derechos sociales<sup>1</sup>. Asimismo, deben considerarse las crisis económicas de las últimas décadas, las transformaciones productivas y tecnológicas, la globalización del sistema económico, las desregulaciones y privatizaciones introducidas en la perspectiva neoliberal de las últimas décadas, la creación de macropoderes económicos opacos, como asimismo, la deslocalización y destemporalización de las relaciones laborales.

Ello obliga a fortalecer el Estado Constitucional Social como nueva aproximación que fortalezca los derechos y sus garantías y fortalezca los principios de supremacía constitucional y de imperio de la juridicidad, la publicidad de las actuaciones del poder público y el control del poder.

## 2.1. La dignidad de la persona como fundamento del Estado de Derecho y del constitucionalismo democrático social contemporáneo

Sólo al término de la segunda guerra mundial todos los pueblos de la Tierra inician una nueva etapa de convivencia pacífica, la que tiene como su fundamento la dignidad de la persona humana, tal como lo declararon los Estados reunidos en la Conferencia de San Francisco de 1945, aprobando la resolución de *«reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y de las naciones grandes y pequeñas»*.

Luego la Asamblea General de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, que constituye el primer texto de alcance universal que reconoce la dignidad de la persona y los derechos esenciales o fundamentales que derivan de ella.

En efecto, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama su fe “en la dignidad y el valor de la persona humana» y determina que *«todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternamente los unos con los otros»*:

---

<sup>1</sup> Pisarello, Gerardo, 2002. “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales” en Carbonell, Miguel (Compilador) **Teoría Constitucional y derechos fundamentales**. Ed. Comisión Nacional de Derechos los Humanos, México, p. 116.

La dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía, de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente, a través de los derechos, el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos.

La dignidad de la persona es el valor jurídico supremo siendo independiente de la edad, capacidad intelectual o estado de conciencia. La dignidad de la persona es un elemento de la naturaleza del ser humano, corresponde a todos por igual, a diferencia de la honra o prestigio de las personas o de la dignidad de las funciones que la persona desarrolla, que son bienes que pueden aumentar, disminuir o incluso desaparecer, dependiendo de cada persona y de las circunstancias concretas.

La dignidad de la persona emana de su naturaleza de ser moral, de ser libre y racional, por ser siempre sujeto de derecho y nunca instrumentos o medio para un fin. La dignidad de la persona es la que se le debe a la persona en su calidad de tal, lo que es adecuado a la naturaleza humana como ser personal, su respeto es la base del Estado de Derecho.

La persona nunca puede ser instrumento, sino que por su dignidad reclama un respeto de ser siempre sujeto y no objeto, por ser siempre fin en sí mismo, lo que llama al reconocimiento de su personalidad jurídica y todo lo que necesita para vivir dignamente.

La persona, en virtud de su dignidad, se convierte en fin del Estado: El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, como asimismo, tiene el deber de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

La dignidad de la persona no es posible definirla, sólo podemos apreciar en cada realidad concreta su vulneración, la que se materializa cada vez que perturbamos, amenazamos o privamos de sus derechos esenciales a la persona, cada vez que la denigramos o humillamos, cada vez que la discriminamos, cada vez que ponemos obstáculos para su plena realización, cada vez que se la utiliza como un medio o instrumento para otros fines diferentes del bien común.

De esta forma la dignidad de la persona constituye una realidad ontológica supraconstitucional al igual que los derechos que le son inherentes, el Estado y la Constitución sólo la reconocen y garantizan pero no la crean, así el Estado y el ordenamiento jurídico que lo regula debe excluir cualquier aproximación instrumentalizadora de la persona, toda visión substancialista del Estado como fin en sí mismo.

La dignidad de la persona tiene un contenido integrador de los vacíos o lagunas existentes en el ordenamiento jurídico y en la propia Constitución, de reconocimiento de derechos implícitos.

Existe así un derecho a la dignidad, el cual opera aún cuando caduquen todos los demás derechos asegurados por la Carta Fundamental. Tal es el presupuesto establecido, además, en la Carta de Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, las cuales establecen que la idea de los derechos fundamentales tienen su raíz en la dignidad y en el valor de la persona humana, los cuales son inherentes a la naturaleza del ser humano (artículos 1 y 5, respectivamente).

La dignidad de la persona constituye el fundamento de los derechos y el principio fundamental y central de todo ordenamiento jurídico. Siguiendo a *Malhofer*, la garantía de la *dignidad de la persona* tiene un triple significado jurídico, en primer lugar, se constituye en un derecho esencial, a partir del cual se pueden deducir todos los demás componentes del sistema de derechos esenciales o derechos humanos, en segundo lugar, constituye una norma fundamental de la Carta Fundamental, por relación a la cual cabe dirimir la validez de otras normas que la componen, en tercer lugar, constituye la base material sobre la cual se construye la estructura organizativa del Estado.

Asimismo, con *González Pérez*, podemos señalar que, *el principio de la dignidad de la persona, cumple la cuádruple función, de primero, fundamentar el orden jurídico; segundo, orientar la interpretación del mismo; tercero, servir como base a la labor integradora en caso de lagunas, y determinar una norma de conducta, y cuarto, eventualmente, un límite a ciertas formas de ejercicio de los derechos fundamentales*<sup>2</sup>.

La dignidad de la persona constituye el fundamento de los derechos humanos. La dignidad fundamenta la obligatoriedad moral y jurídica, de respetar los bienes en que consisten los derechos humanos.

*Son esta dignidad y los derechos esenciales que se desprenden de ella, la que debe ser protegida, garantizada, efectivizada y promovida, a través de mecanismos eficaces en el ámbito nacional e internacional o supranacional. Sin embargo, la persona humana no es una abstracción ni un individuo aislado, la persona es un ser social, convive con las demás personas en sociedad y actúa en el complejo mundo de la vida social y política. Asimismo, los derechos que se fundamentan en la dignidad de la persona humana deben ser examinados no en forma aislada sino formando parte del complejo sistema de derechos, los que se interrelacionan y se limitan recíprocamente.*

---

<sup>2</sup> González Pérez, J. 1986. **La dignidad de la persona**. Madrid, España, Ed. Civitas, 1986, pp. 87-94.

Todo el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho constitucional latinoamericano se basa en la dignidad intrínseca de la persona humana y la protección de los derechos que de ella derivan.

A su vez, a nivel planetario ya se aprobó en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, en el que los Estados firmantes establecen que “conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por **base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana** y de sus **derechos iguales e inalienables**”, reconociendo que **tales “derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”** y considerando que los derechos que se contienen en el Pacto los Estados partes se comprometen «a respetarlos y a garantizarles a todos los individuos que se encuentre en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción», el que entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.

En el mismo lugar y con la misma fecha se aprobó el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** con un fundamento similar al Pacto anterior, donde los Estados Partes se comprometen a reconocer y garantizar los derechos que el pacto afirma, entre ellos asegurar a los trabajadores “**condiciones de existencia digna** para ellos y para sus familias” (art. 7°) y “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, que entra en vigencia el 3 de enero de 1976.

En el ámbito americano la **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre** que es de fecha 2 de mayo de 1948, dada en la IX Conferencia Interamericana desarrollada en Bogotá, Colombia, y por tanto, anterior en varios meses a la **Declaración Universal**, se complementará **con la Convención Americana de Derechos Humanos**, aprobada en San José, Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969, cuyo artículo 11.1 establece el principio esencial de que “**Toda persona tiene derecho al ...(...) reconocimiento de su dignidad**” y con el **Protocolo de San Salvador**, correspondiente a la **Convención de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** en el ámbito americano.

Todo ello muestra el proceso de ir concretando, a través de aproximaciones sucesivas, una mayor humanización de la sociedad y una mayor personalización de los individuos, en una democracia participativa y una convivencia más justa y pacífica en el marco del Estado de Derecho Constitucional.

Esta **posición de principio fundante del orden jurídico de la dignidad de la persona está ampliamente reconocida en el derecho constitucional latinoamericano**, donde a manera ejemplar podemos citar entre otros textos constitucionales, la **Constitución de Bolivia de 1967, reformada en 1994**, cuyo artículo 1° sostiene “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”; La **Constitución de Ecuador**, artículos del 17

al 19, la **Constitución de Chile de 1980**, artículo 1º, determina: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; la **Constitución de Honduras de 1982**, artículo 5º, precisa: “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”; la **Constitución de Guatemala de 1985** establece en su artículo 1º: “Protección de la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a su familia; su fin supremo es la realización del bien común”; la **Constitución de Brasil de 1988**, artículo 1º señala que “la República Federal de Brasil tiene como fundamentos...III la dignidad de la persona humana”; la **Constitución de Colombia de 1991**, artículo 1º, prescribe “Colombia es un estado social de derecho...fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general”; la **Constitución Peruana de 1993**, en su artículo 10, señala “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”; la **Constitución de Venezuela de 1999**, artículo 3º precisa: “El Estado tiene como fines esenciales. La defensa y el desarrollo de la persona y el respeto de su dignidad...”.

## 2.2. Los derechos fundamentales y humanos en el constitucionalismo latinoamericano

### 2.2.1. Conceptualización y caracterización de los derechos fundamentales o humanos

**Los derechos humanos constituyen la expresión más directa e inmediata de la dignidad de la persona humana.** Los derechos humanos o derechos esenciales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política, constituyendo el fundamento del orden jurídico.

Podemos conceptualizar *los derechos humanos como el “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concreten las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”<sup>3</sup>, garantizados efectivamente.*

El **concepto de derechos humanos** en el contexto contemporáneo se reserva para denominar a los derechos de la persona reconocidos y garantizados por el derecho internacional, sea éste consuetudinario o convencional (derecho internacional de los derechos humanos y derecho humanitario internacional).

---

<sup>3</sup> Pérez Luño, Antonio. 1984. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**, Madrid, Ed. Técno, p. 48.

El concepto de derechos fundamentales o derechos constitucionales se reserva generalmente a los derechos de la persona que se encuentran asegurados por el ordenamiento jurídico de un Estado en la Carta Fundamental.

En todo caso, los conceptos de derechos humanos, derechos esenciales o derechos fundamentales pueden utilizarse alternativamente como derechos asegurados jurídicamente a nivel nacional o internacional y que vinculan a las personas y a los Estados. Así los consideran Favoreu y Häberle.

Louis Favoreu considera que por derechos fundamentales es necesario comprender “el conjunto de los derechos y libertades reconocidos en las personas físicas como a las personas morales (de derecho privado o de derecho público) en virtud de la Constitución pero también de los textos internacionales y protegidos tanto contra el poder ejecutivo como contra el poder legislativo por el juez constitucional o el juez internacional”<sup>4</sup>.

Asimismo, Peter Häberle, señala que los derechos fundamentales constituyen “el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales”<sup>5</sup>.

Los derechos humanos representan la decisión básica del constituyente a través de la cual los valores rectores éticos y políticos de la sociedad alcanzan expresión jurídica.

Los derechos humanos constituyen un sistema entre cuyos componentes no pueden existir contradicciones de orientación ni de sentido.

Los derechos fundamentales constituyen preceptos directamente vinculantes y aplicables que configuran y dan forma y de modo esencial al Estado, siendo éste un Estado instrumental al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana y del bien común.

### 2.2.2. El bloque constitucional de derechos de fuente interna y de fuente internacional y su interpretación

Hoy se admite que los derechos cumplen también funciones estructurales de gran importancia para los principios conformadores de la Constitución<sup>6</sup>. La interpre-

---

<sup>4</sup> Favoreu, Louis. 1990. *L'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires*, RFDC N°4, pp. 581 y ss.

<sup>5</sup> Häberle, Peter. “El concepto de los derechos fundamentales” en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Ed. Universidad Carlos III., Madrid, España, p. 94.

<sup>6</sup> Schneider, H.P. “Peculiaridad y función de los Derechos fundamentales de un Estado constitucional democrático”, *Revista de Estudios Políticos N° 7 (Nueva época)*, Madrid, España, 1979, p. 23.

tación conforme a la Constitución de todas las normas del ordenamiento jurídico, tiene la correlación lógica o dogmática en la prohibición de “cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales”<sup>7</sup>.

Las constituciones no tienen su fin en sí mismas; ellas son instrumentos para la realización de los valores que una comunidad considera estimables ...de modo que, cuando se plantea una cuestión de constitucionalidad, el problema no es sólo de formalidad legal, de validez lógica, sino esencialmente de justicia, de equidad pues las normas jurídicas sólo existen y sirven en tanto permitan hacer vivos esos valores.

Si se quiere vivificar la Constitución, ello exige entender que ella no solo está conformada por las normas positivas en que se expresa, sino por los principios implícitos en las mismas y por los valores enunciados como objetivo de su preceptiva; estas son instancias supra, aunque no extra constitucionales, a las cuales es necesario referir toda interpretación y explicación de las normas positivas, y su desconocimiento debe acarrear invalidez, inconstitucionalidad.

Este enfoque interpretativo de la Constitución y desde la Constitución hecho en materia de derechos fundamentales o derechos humanos se complementa con el derecho internacional de los derechos humanos, el que viene de fuera pero se incorpora como fuente de derechos esenciales o humanos, complementando los que asegura la Constitución, como lo explicita buena parte del constitucionalismo latinoamericano.

**La Constitución chilena de 1980, reformada en 1989**, en el artículo 5° inciso 2° prescribe: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

A su vez, el artículo 19 N° 26 garantiza “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen garantías que esta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones tributos o requisito que impidan su libre ejercicio”.

---

<sup>7</sup> García de Enterría, Eduardo. 1991. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, Madrid, Ed. Civitas, p. 102.

De un modo similar en el ámbito latinoamericano, **la Constitución de Guatemala de 1985**, en su artículo 46, establece el principio de que “en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

**La Carta Fundamental de Nicaragua de 1987**, artículo 46, señala que se integran a la enumeración constitucional de derechos, aquellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales de Naciones; y en la Convención Americana de Derechos Humanos, con objeto de darles adecuada protección.

**La Constitución de Brasil de 1988**, artículo 4, determina que “la República de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II.- Prevalencia de los Derechos Humanos”. A su vez, el artículo 5 numeral 1º, ordena que las normas que definen “los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”, como asimismo, que los derechos y garantías expresadas en la Constitución no excluye otros resultantes del régimen y de los principios de ellas adoptados, o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte.

**La Constitución de Colombia de 1991** establece que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción, prevalecen en el orden interno; los derechos y deberes consagrados en esta carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

A su vez, la **Constitución Argentina reformada en 1994**, en su artículo 75, que establece las atribuciones del Congreso, numeral 22, enumera los tratados con jerarquía constitucional: “la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanas o degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículos alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ellos reconocidas. Solo podrán ser denunciados, en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

“Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

**La Constitución de Ecuador reformada en 1998**, en su artículo 17, prescribe “El Estado garantizará a todos los habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”. El artículo 18 determina: “los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”.

“En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o en la ley, para el ejercicio de estos derechos”.

“No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”.

**La Constitución de Venezuela de 1999**, en su artículo 19, determina que “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad, el ejercicio y goce irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del poder público de conformidad con la Constitución, los tratados de derechos humanos suscritos por la república y las leyes que los desarrollan”. A su vez, el artículo 22, precisa: “la enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de dichos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.” Por último, el artículo 23 señala, “Los tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la república, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Así la tutela constitucional de los derechos humanos se inscribe en el marco más amplio del derecho internacional informado por valores comunes, que trasciende la esfera estatal, por decisión del propio constituyente.

La Carta Fundamental se inserta así en un contexto internacional y supranacional en materia de derechos humanos, por lo que tales derechos deben ser interpretados de acuerdo con las claves hermenéuticas del derecho internacional de derechos humanos y sus órganos de aplicación, en especial, en el ámbito regional, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todas las normas sobre derechos humanos contenidas en nuestros ordenamientos jurídicos deben ser interpretadas armónicamente con las respectivas fuentes normativas convencionales que son internacionales y, a la vez, derecho interno.

Podemos señalar así, que en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que está otorgando rango constitucional a los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales que complementan los derechos enumerados por las propias constituciones, enumeración no taxativa y que admite derechos implícitos<sup>8</sup>.

Esta confluencia e integración en el sistema jurídico de los derechos reconocido por vía de fuente interna y de fuente internacional, obliga a unificar el criterio de interpretación del sistema de derechos humanos, dando coherencia a dicho sistema.

Así la fuente interna y la fuente internacional de derechos se retroalimentan, las interpretaciones reduccionistas van en contra del sentido y finalidad del sistema de derechos esenciales fijado por el constituyente, que es lograr la optimización y plenitud del sistema, acogiendo el ámbito que más enriquece y garantiza el ejercicio de los derechos, este es el deber ser existencial del derecho como diría Cossio.

Esta visión interpretativa convergente de los derechos, los asegurados por la Constitución y los asegurados por los tratados, deriva necesariamente de la búsqueda de unidad del sistema. De esta manera el sistema de derechos tiene la fuerza para ser interpretado de la forma más adecuada a su optimización.

No olvidemos que los derechos incorporados por vía de tratado deben ser cumplidos de buena fe y deben interpretarse conforme a la finalidad que ellos tienen y que es de ser preceptos efectivos dentro de la jurisdicción interna de los Estados. No olvidemos tampoco el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que un Estado parte en un tratado no puede incumplirlo invocando para ello su derecho interno.

El derecho internacional de los derechos humanos es fuente del derecho interno cuando contiene elementos que enriquecen al derecho interno y viceversa, el

---

<sup>8</sup> Ver Nogueira Humberto y Cumplido, Francisco. (2001). **Instituciones Políticas y Teoría Constitucional**. Tomo II. Talca, Editorial Universidad de Talca, Chile.

sistema nacional de derecho enriquece al derecho internacional de derechos humanos buscando siempre la integralidad maximizadora del sistema de derechos esenciales o humanos, todo lo que está reconocido en el artículo 29 de la Convención Americana de Derecho Humanos y en el artículo 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A su vez, es necesario reconocer una categoría de los derechos esenciales o fundamentales que se encuentran implícitos, los que deben ser asegurados y promovidos por todos los órganos del Estado y cautelados jurisdiccionalmente por los tribunales de justicia, lo que es comúnmente aceptado en el derecho comparado.

Ello se desprende también del artículo 29° de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual sostiene que “ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de:

“c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

Así es posible concluir que del deber de *sometimiento de todos los poderes a la Constitución y, por tanto, a los derechos fundamentales o esenciales, se deduce no sólo la obligación del Estado y sus órganos de no lesionar la esfera individual o institucional de los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aún cuando no haya una pretensión subjetiva por parte de alguna persona. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”*<sup>9</sup>.

El derecho cumple así su función promocional como señala Norberto Bobbio, debiendo promover condiciones más humanas de vida y removiendo obstáculos para hacer efectivas la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad, con miras a la plenitud del ejercicio de los derechos.

La labor interpretativa constitucional requiere de una reconstrucción de todo el contenido que establece el complejo normativo de la Constitución, la lectura e interpretación de todo precepto de la Carta Fundamental debe ser hecho en su contexto, teniendo en consideración los principios, valores, fines y razón histórica del ordenamiento constitucional, lo que le da al Juez Constitucional un espacio significativo de movilidad interpretativa e integradora que convierte al juez en el protagonista activo y creador que realiza la mediación entre la Constitución y la situación específica.

---

<sup>9</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español 53/1985.

### 2.2.3. La clasificación de los derechos asegurados constitucionalmente

En materia de clasificación de los derechos constitucionales existe una gran diversidad de criterios. A continuación señalamos el de algunos autores: *Jellinek*, clasifica los derechos en derechos de libertad, derechos a prestaciones del Estado y derechos de participación; *Carl Schmitt* distingue entre derechos de libertad del ciudadano aislado, derechos de libertad del individuo en relación con otros, derechos del individuo en el Estado, como ciudadano, y los derechos del individuo a prestaciones del Estado<sup>10</sup>; *Possí* los clasifica en derechos civiles, públicos-sociales y políticos; *Sánchez Agesta* en derechos civiles, económicos, públicos, políticos y sociales; a su vez, *Peces-Barba*, atendiendo al bien jurídico protegido y la finalidad que se persigue con su protección, distingue los derechos personalísimos, de sociedad, comunicación y participación, derechos políticos y de seguridad jurídica, y derechos económicos sociales y culturales<sup>11</sup>. *Evans De La Cuadra* siguiendo el criterio del bien jurídico protegido distingue derechos de la personalidad, derechos del pensamiento libre, derechos de la seguridad jurídica, derechos del desarrollo en el medio social y derechos patrimoniales<sup>12</sup>.

Otra clasificación de los derechos de raíz anglosajona parte de la distinción entre derechos negativos y derechos positivos. Los derechos negativos son aquellos que se satisfacen con una abstención de terceros, sean estos el Estado o particulares, basta con no interferir en el ámbito de acción del sujeto del derecho. Los derechos positivos son aquellos que exigen una actividad estatal de promoción de condiciones o de prestaciones para el goce de tales derechos.

En el sistema internacional se clasifican en *derechos civiles o individuales, derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales*. Los derechos civiles o individuales junto con los derechos políticos se señala que corresponden a *derechos de primera generación* constituyendo derechos frente al Estado (derechos individuales o civiles) y derechos de participación en el Estado (derechos políticos). Los *derechos económicos, sociales y culturales* serían derechos de segunda generación que constituyen prestaciones estatales. Una *tercera generación de derechos* serían los *derechos solidarios o derechos de los pueblos al desarrollo, a la paz, a un medio ambiente libre de contaminación, entre otros*.

*Cancado Trindade* considera inadecuado y fragmentario hablar de generación de derechos, considerando más adecuado referirse a una expansión, acumulación y fortalecimiento de los derechos humanos con una visión integrada de todos los derechos humanos<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Schmitt, Carl. 1982. **Teoría de la Constitución**. Alianza Editorial, Madrid, España. p.175.

<sup>11</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**. Ed. Universidad Carlos III de Madrid, España, p. 454.

<sup>12</sup> Evans de la Cuadra, Enrique. 1986. **Los Derechos Constitucionales**. Tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, pp. 28 y ss.

<sup>13</sup> Cancado Trindade, Antônio. 2001. **El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI**. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 132.

Las clasificaciones de derechos son subjetivas y dependientes de criterios variables y de las posiciones iusfilosóficas que tengan sus autores como señala Bidart Campos<sup>14</sup>.

### 2.3. Los derechos económicos, sociales y culturales

Los derechos económicos, sociales y culturales conforman junto con los derechos individuales y políticos los soportes básicos del sistema de derechos fundamentales.

En la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán de 1968, ya se proclamó la *indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos*, precisando “que la plena realización de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales”<sup>15</sup>. A su vez, como señala Afonso Da Silva, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de junio de 1993, en la *Declaración y el Programa de Acción de Viena*, se determina en su artículo 5º: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos de forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos un mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, además los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”<sup>16</sup>.

Los derechos económicos, sociales y culturales explicitan las exigencias de los valores de dignidad, igualdad y de solidaridad humana, buscando superar las desigualdades sociales, generando el derecho de participar en los beneficios de la vida social, a través de derechos y prestaciones brindadas directa o indirectamente por los poderes públicos, todos los cuales constituyen fines de la actividad estatal.

*Los derechos económicos, sociales y culturales son derechos humanos o fundamentales que constituyen prestaciones positivas estatales, aseguradas por normas constitucionales o del derecho internacional de los derechos*

---

<sup>14</sup> Bidart Campos, Germán. 1989. **Teoría General de los Derechos Humanos**. UNAM, México, p. 172.

<sup>15</sup> Ver Cancado Trindade, Antonio. “Protección Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales” en **Estudios Básicos de Derechos Humanos**; I, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 39 y ss.

<sup>16</sup> Afonso Da Silva, José. 2002. “Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição Brasileira” en Palomino Manchego, José y Remotti Carbonell, José Carlos (Coordinadores). **Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica**. Lima, Perú, Ed. Universidad Nacional de San Marcos - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana). pp. 158-159.

*humanos, que posibilitan una mejor realización de la dignidad humana y la igualdad substancial de las personas, constituyendo presupuestos y complementos del goce de los derechos individuales, al constituir condiciones materiales que posibilitan un mejor y más efectivo ejercicio de las libertades.*

### 2.3.1. Las diversas formas de aproximación a los derechos económicos, sociales y culturales

*Theodor Tomandl* distingue cuatro formas de aproximación a los derechos económicos y sociales como categorías constitucionales<sup>17</sup>:

Una primera aproximación es la de *normas programáticas* constituyéndolas en normas orientadoras de la acción del Estado y los operadores jurídicos, pero priva de eficacia directa a su contenido, no estableciendo verdaderos derechos o facultades de las personas ni obligaciones para los órganos estatales, ni tutelables jurídicamente, son normas de carácter esencialmente políticas con el fin de que la acción de los gobernantes se canalice en el sentido de satisfacer, en la medida de las posibilidades económicas del Estado, las pretensiones materiales de la comunidad que llevan a una sociedad más igualitaria y justa (Crisafulli, Hernández Valle), tales directrices de legislación sólo implican una prohibición para el parlamento y la administración de actuar desconociendo el contenido de la directriz, pero no un mandato vinculante para el legislador que tenga efectos jurídicos concretos en caso de no ser actuado (Rubio Llorente).

Una *segunda perspectiva* es la de entenderlos como *normas de organización*, las cuales establecen mandatos a los poderes públicos, bajo la forma de atribución de competencias para garantizar mediante normas jurídicas el desarrollo económico y social de la colectividad. En esta perspectiva, los derechos económicos, sociales y culturales salen de la parte dogmática de la Constitución y son situados en el ámbito orgánico constitucional considerados solamente como instrumentos que rigen el funcionamiento de los poderes estatales.

Un *tercer enfoque* es el de entenderlos como *derechos públicos subjetivos* considerándolos como verdaderas facultades de las personas y obligaciones prestacionales del Estado.

Una *cuarta aproximación* es considerarlos como *mecanismos de garantía*<sup>18</sup>, como garantías institucionales que establecen deberes de actuación para los poderes pú-

---

<sup>17</sup> Esta clasificación es seguida por Pérez Luño, Antonio. **Los Derechos Fundamentales**. Ed. Técnos, Madrid, España; como asimismo, por Gomes Canotilho, José Joaquín. 1998. "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales N° 1*, Madrid, España, p. 240.

<sup>18</sup> La doctrina de las garantías institucionales fue desarrollada por Carl Schmitt, en su obra **Teoría de la Constitución**.

blicos en el ámbito económico social a fin de respetar la esencia de determinadas instituciones o cuerpos intermedios de la sociedad como son la familia, los sindicatos, las organizaciones profesionales, etc.

### 2.3.2. Dos enfoques de los derechos económicos, sociales y culturales.

#### 2.3.2.1. El enfoque de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos relativos

*Una perspectiva clásica de los derechos económicos, sociales y culturales plantea que ellos son relativos, en cuanto son de naturaleza prestacional y, por tanto, dependen de los recursos económicos del Estado para su realización, por lo que se presentan como normas programáticas o aspiraciones colectivas o fines plasmados en la norma constitucional, dependiendo de la situación específica de desarrollo relativa y situación económica de cada Estado<sup>19</sup>, por tanto, tienen un carácter relativo, ya que la capacidad económica financiera de los países puede sufrir variaciones.*

Este sector de la doctrina considera que los derechos económicos, sociales y culturales constituyen parte de la política social que realizan los gobiernos dependiendo de los procesos económicos financieros del Estado, por lo que carecen de garantías efectivas.

Asimismo, consideran insuficientemente delimitados en el texto constitucional, lo que sólo se hacen concretamente exigibles cuando ellos son desarrollados por el legislador, de acuerdo con los recursos de que dispone el Estado, por lo que los jueces poco pueden hacer para exigirlos sin el respectivo desarrollo legislativo, así los enunciados constitucionales sobre derechos sociales no son justiciables<sup>20</sup>.

Los derechos prestacionales, se señala por *Hernández Valle (2002)*, antes que enunciar derechos consagran obligaciones a cargo de los poderes públicos. Dichas obligaciones no dan lugar a una relación jurídica entre el particular y los poderes

---

<sup>19</sup> Ver Hesse, Konrad. 1992. **Escritos de Derecho Constitucional**. Ed. Centro de Estudios Constitucionales., Madrid, España, p. 65. Poyal Costa, Ana. 1991. "La eficacia de los derechos humanos frente a terceros" en *Revista de derecho político* N° 34 (1991), Madrid, España, p. 213. Mayorga Lorca, Roberto. 1990. **Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Santiago, Ed Jurídica de Chile, segunda edición, Chile, p. 24. Carmona Cuenca, Encarnación. 1992. "Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica" en *Revista de Estudios Políticos* N° 76, Madrid, España, p. 105. Hernández Valle, Rubén. 2002. "Los derechos prestacionales" en **Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica**. Palomino Manchego, José y Remotti Carbonell, José Carlos (Coordinadores). Lima, Ed. Universidad Mayor de san Marcos e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), pp. 257 a 259.

<sup>20</sup> Martínez Estay, José Ignacio. 2003. "Valor e sentido dos direitos sociais" en **Direitos Humanos, Teorias e Práticas**, Coimbra, Almedina, p. 238.

públicos, ya que la Constitución no precisa las prestaciones concretas ni los medios idóneos para exigirlos. En segundo lugar no se distingue los sujetos obligados y, en tercer lugar, esta obligación con un sujeto genérico sólo puede ser desarrollada por el parlamento, la que no está obligada a dictar la normativa necesaria para hacerlos exigibles<sup>21</sup>.

#### 2.3.2.2. El enfoque de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos plenos y eficaces

Frente a la perspectiva de negación de su aseguramiento constitucional y dejarlos a la discrecionalidad del legislador, *Pérez Luño*, afirma su carácter de auténticos derechos, los que además, constituyen una garantía para la democracia y para el goce efectivo de los derechos individuales y políticos<sup>22</sup>. *Imbert* sostiene que la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales son justiciables a través de impugnaciones contenciosas o de demandas de indemnización<sup>23</sup>.

La positivación constitucional constituye el primer paso para la efectividad y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales, como ocurre, asimismo, con los derechos individuales y políticos. Todo ello si tales derechos están suficientemente delimitados, lo que depende de una adecuada técnica jurídica de su configuración por el constituyente, determinando el sujeto pasivo de la obligación de su respeto y aseguramiento. Luego, es posible también garantizarlos como se hace con los derechos individuales.

Los derechos prestacionales no dejan de ser derechos por que ellos no están suficientemente garantizados. En este sentido, como señala Ferrajoli, la exigencia al Estado es precisamente de que ellos sean efectivamente garantizados, ya que la garantía depende de una decisión política y económica del Estado.

Como señala *Canotilho*, los derechos subjetivos a prestaciones, aun cuando no sean concretizados, pueden ser invocados judicialmente contra las omisiones inconstitucionales del legislador. La fuerza inmediatamente vinculante de los derechos fundamentales, puede y debe ser interpretada, en lo que respecta a los derechos prestacionales, en el sentido de fundamentar originariamente esos derechos, incluso cuando no hay imposición constitucional dirigida al legislador<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Hernández Valle, Rubén, *Los derechos prestacionales*, Op.dt., p. 260.

<sup>22</sup> Ver Pérez Luño, Antonio. **Los Derechos Fundamentales**, p. 213.

<sup>23</sup> Imbert, Pierre-Henri. "Droits des pauvres, pauvre droit(s)? Reflexions sur les droits économique, sociaux et culturels" en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, N°1, (1989), París, Francia, Ed LGDJ, 1989, p. 742.

<sup>24</sup> Canotilho, **Constitucão Dirigente**, pp. 370-371.

El mismo *Canotilho* señalará que la fuerza dirigente y determinante de los derechos prestacionales (económicos, sociales y culturales) invierte, desde luego, el objeto clásico de la pretensión jurídica fundada en un derecho subjetivo: de una pretensión de omisión de los poderes públicos (derecho a exigir que el estado se abstenga de interferir en los derechos, libertades y garantías) se transita a una prohibición de omisión (derecho a exigir que el estado intervenga activamente en el sentido de asegurar prestaciones a los ciudadanos)<sup>25</sup>.

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

Los derechos económicos, sociales y culturales deben tener las características de universalidad, equidad y calidad (*Echániz Salgado*, 1999)

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

*La equidad* indica que el financiamiento del servicio debe provenir esencialmente de tributos y no del pago de sus usuarios, salvo en el caso de que ellos tengan capacidad económica suficiente, ya que así se eliminan las arbitrariedades en el acceso a las prestaciones<sup>26</sup>.

La no discriminación en materia de prestaciones sociales constituye una obligación que deriva del artículo 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, el cual determina “los estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

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

A su vez, puede plantearse que fuera de una adecuada delimitación constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, debe establecerse las garantías jurisdiccionales adecuadas, ya que respecto de ellos rigen todas las garantías

---

<sup>25</sup> *Canotilho. Constituição Dirigente*, pp. 365.

<sup>26</sup> *Carbonell, Miguel. 2001. La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. México, Ed. Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, p. 181.

normativas, de control e interpretación que para el resto de los derechos fundamentales. Por otra parte, es necesario que, como señala *Ferrajoli*, “Las leyes en materia de servicios públicos no solo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la participación política en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante participación judicial de los ciudadanos en la tutela y satisfacción de sus derechos como instrumentos tanto de autodefensa como de control en relación a los poderes públicos”<sup>27</sup>.

La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia T-042 de febrero 7 de 1996, señala “Cuando los derechos prestacionales, genéricamente consagrados, son asumidos por el Estado en forma directa, y se ha definido legal y reglamentariamente como destinatario de la prestación específica a un grupo de personas determinadas, tales derechos se truecan en subjetivos y, en consecuencia, pueden ser exigidos en forma inmediata por sus titulares, a través de la vía judicial prevista para el caso por el legislador”<sup>28</sup>.

Así, cuando existe una adecuada delimitación del derecho prestacional y se definen los sujetos activos y pasivos del mismo, ellos pueden ser exigidos en forma imperativa y con cumplimiento inmediato.

La Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado un interesante enfoque de aplicación inmediata e imperativa de derechos prestacionales en conexión con derechos individuales, como salud y vida, dignidad humana y omisión de prestación de derecho de carácter económico social, todo ello mediante una adecuada ponderación en las circunstancias específicas del caso.

Así como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia el criterio de conexidad “permite amparar derechos no tutelables judicialmente, en principio, siempre y cuando su protección se requiera para la reivindicación de un derecho de carácter indiscutiblemente fundamental”<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Ferrajoli “Quali sono i diritti fondamentali?” en Vitale, E. (Editor) 2000. **Diritti Umani e diritti delle minoranze**, Ed. Rosenberg & Sellier, Turín, Italia. pp. 917-918.

<sup>28</sup> Herrera Vergara, Hernando. 2000. “Acción de Tutela y derechos prestacionales” en **Jurisdicción Constitucional en Colombia**. Santafé de Bogotá, Colombia, Ed. Corte Constitucional y otros, p. 293.

<sup>29</sup> Citada por Herrera Vergara, Hernando (2000). Op. cit., p. 302. Sentencia Corte Constitucional T - 010 de enero 21 de 1999.

Como sostiene el magistrado y ex Presidente de la Corte Constitucional colombiana, Hernando Herrera, “no sólo las disposiciones legales o las medidas administrativas son idóneas para el cumplimiento oportuno de los derechos prestacionales, ya que además existen controles a través de las decisiones judiciales que hagan efectiva la realización y protección de los mismos, mediante las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de los procesos ordinarios y de tutela de acuerdo al grado de competencia señalados en la Constitución o en la ley”<sup>30</sup>.

En tal sentido, los tribunales de justicia y el Tribunal Constitucional tiene un rol importante en el deber de los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos, establecida en el artículo 2º, de “adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de *otro carácter* que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

En este contexto, como lo ha determinado la Corte Constitucional Colombiana, en sentencia C -109 de 1995: “Entre las ‘medidas de otro carácter’ deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y este se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas. Por consiguiente, las sentencias de los jueces como medidas de otro carácter diferentes a las leyes, deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos. Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los pactos”<sup>31</sup>.

La Corte Constitucional Colombiana ha establecido como núcleo esencial de los derechos prestacionales la existencia de un “*mínimo vital*”, que debe ser siempre protegido en virtud de que éste forma parte de la dignidad humana.

Así, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia SU -111 de 4 1997, en Sala Plena<sup>32</sup>, precisó:

*“..los derechos económicos, sociales y culturales tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impoten-*

---

<sup>30</sup> Herrera Vergara, Hernando. 2000. *Ibidem*, pp. 296-297.

<sup>31</sup> Citada por Herrera, Hernando, 2000. *Op. cit.*, p. 297.

<sup>32</sup> Citada por Herrera, Hernando, 2000. *Op. cit.*, p. 298.

*cia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto de mínimo vital, la abstención o negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales” (énfasis añadido nuestro).*

**La Corte Constitucional Colombiana en dicha sentencia agrega:**

*“Por fuera del principio de la dignidad humana que origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital –que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad–, la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública desplegada en este campo”.*

**Como señala el magistrado Herrera Vergara, citando la sentencia en comentario, “el mínimo vital se presenta entonces, ‘cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población, y el Estado pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia’”<sup>33</sup>.**

*Los derechos prestacionales son derechos auténticos, como lo determina tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas como el Protocolo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Convención Americana de Derechos Humanos aprobada en San Salvador y vigente en América.*

*El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en la Asamblea General de la OEA, en San Salvador, República de El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, que recientemente ha entrado en vigencia, reafirma la indisolubilidad de los derechos humanos, además de establecer que los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre Estados, hasta el máximo de sus recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo para lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.*

---

<sup>33</sup> Herrera Vergara, Hernando. 2000. **Acción de tutela y derechos prestacionales**, Op. Cit., p. 298.

*Los derechos protegidos por el Protocolo de San Salvador son similares a los protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, aún cuando el catálogo es mayor. Ellos son los siguientes: el derecho al trabajo (artículo 6); condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (artículo 8); derechos sindicales (artículo 9); los derechos a la seguridad social, a la salud y a la alimentación (artículos 9, 10 y 12); el derecho a un medio ambiente sano (artículo 11, no comprendido en PIDESC); el derecho a la educación (artículo 13); el derecho a los beneficios de la cultura (artículo 14); los derechos a la constitución y protección de la familia y de la niñez (artículos 15 y 16); la protección de los ancianos y minusválidos (artículos 17 y 18, no comprendidos en el PIDESC).*

En todo caso, es posible sostener que los derechos económicos, sociales y culturales cuando no están adecuadamente delimitados y configurados constitucionalmente, dicho contenido normativo constituye un parámetro para apreciar la constitucionalidad de las normas subconstitucionales y los actos de los agentes del Estado, sin perjuicio de considerarlos además, como hace la doctrina española como garantías institucionales, limitadoras de la acción legislativa.

## 2.4. La clasificación de los derechos económicos, sociales y culturales

### 2.4.1. Los derechos sociales

Los *derechos sociales en sentido estricto*, son aquellos destinados a garantizar a la persona en su calidad de trabajador y procurarle remuneraciones básicas dignas, posibilidad de organizarse laboralmente, luchar por mejores condiciones de trabajo y vida, y cubrir sus estados de necesidad.

Así se aseguran el derecho a la libertad de trabajo y el derecho al trabajo con una remuneración justa que permita satisfacer las necesidades básicas del trabajador y su núcleo familiar; el derecho de asociación sindical destinada a velar por las condiciones de trabajo, remuneraciones, seguridad e higiene laboral, vacaciones; el derecho de negociación colectiva laboral y fuerza vinculante de los convenios colectivos; el derecho de huelga para la defensa de sus intereses laborales, este último con las limitaciones y regulaciones establecidas en el ordenamiento jurídico; el derecho a la seguridad social.

Además de ellos, se entienden *derechos sociales en un sentido amplio*, el aseguramiento del derecho a la protección de la familia y los derechos del niño; el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso; el derecho de asociación para todo tipo de fines lícitos y la posibilidad de obtener personalidad jurídica conforme a la regulación legal pertinente; el derecho a la protección de la salud con las

*consiguientes acciones de promoción, prevención, curación y rehabilitación de la salud de las personas; el derecho a una vivienda digna; el derecho a una calidad de vida digna vinculado al derecho a un medio ambiente adecuado y libre de contaminación y un derecho al uso del tiempo libre.*

Es posible en el enfoque de aseguramiento de la dignidad de la persona y el derecho a un mínimo vital, permite asegurar, como lo ha hecho la Corte Constitucional Colombiana, directa e inmediatamente, el derecho prestacional a la licencia de maternidad, frente a circunstancias de debilidad manifiesta<sup>34</sup>, las pensiones de las personas de tercera edad vinculadas a la subsistencia en condiciones dignas, que involucran el derecho al mínimo vital a la salud o a la vida, son susceptibles de protección por vía de la acción de tutela, determinando incluso que se proyecte el gasto y se logre la protección razonable y efectiva de los derechos<sup>35</sup>.

Asimismo, la Corte Constitucional Colombiana ha determinado criterios para que se pueda ocurrir a las personas a través de la tutela para la protección de derechos prestacionales, como la salud, señalando que deben concurrir los siguientes requisitos:

*“(1) que la persona involucrada posee un derecho subjetivo a la prestación que solicita y, por lo tanto, que el ordenamiento jurídico le ha adscrito a alguna persona, pública o privada, la obligación correlativa, (2) que tal derecho, en el caso concreto, encuentra una conexidad directa con alguno de los derechos que el ordenamiento jurídico elevó a la categoría de fundamentales y (3) que no exista otro medio de defensa judicial o, que de existir, no resulta idóneo para evitar la consumación de un perjuicio irremediable respecto del derecho fundamental afectado o amenazado”<sup>36</sup>.*

En esta perspectiva se ha establecido que “la frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida”<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de Tutela T - 568/96.

<sup>35</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de Tutela T - 185 de 1993.

<sup>36</sup> Herrera Vergara, Hernando. 2000, Op. cit., p. 302.

<sup>37</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana de Tutela T-484 de 1992, Citada por Pardo Schlesinger, Cristina. 2000. La acción de tutela y el derecho a la salud. En **Jurisprudencia Constitucional en Colombia**. Ed. Tribunal Constitucional y otros, Santafé de Bogotá, Colombia, p. 306.

#### 2.4.2. Los derechos económicos y la Constitución económica

La mayoría de las constituciones contemporáneas contienen un conjunto de normas relativas a la regulación constitucional del sistema económico (Constitución Económica), lo que se concreta en un conjunto de principios, normas e instituciones que definen el sistema económico, determinando sus fines y reglas de funcionamiento, determinando la función de los distintos actores o sujetos económicos.

Dentro de los *derechos económicos* el que tiene una repercusión inmediata y directa en el funcionamiento de la actividad económica es *el derecho a la propiedad privada* que determina el acceso al dominio o apropiación de los diversos bienes, con excepción de aquellos que son comunes a la humanidad o que se han reservado al dominio público, lo que *posibilita el tráfico económico*; y *el derecho de propiedad privada* que constituye el dominio de los diversos bienes corporales e incorporeales, posibilitando su uso, goce y disposición, teniendo presente su función social, garantizando a sus titulares frente a cualquier expropiación que debe realizarse autorizada por ley y en virtud de las causales de utilidad pública o interés social o nacional que señala la respectiva Carta Fundamental, sin perjuicio de la correspondiente indemnización. Asimismo, nos encontramos con *el derecho a la libre iniciativa económica o libertad de empresa*, que está delimitado por el derecho a determinar los fines de la empresa y su organización de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Ello se complementa con *el rol promotor del bien común que corresponde al Estado*, en virtud del cual puede a través de la ley regular el proceso económico y remover los obstáculos que permitan una adecuada igualdad de oportunidades e integración de todos los sectores en la vida nacional. Asimismo, por regla general, la Constitución puede contemplar modalidades de propiedad pública o mixta de determinados recursos o servicios esenciales de carácter monopolístico. El Estado puede tener el mandato de promover condiciones que posibiliten el desarrollo económico y social equilibrado y sustentable de las diversas regiones o sectores del país.

Se integran en los derechos económicos y la Constitución económica *el derecho a la igualdad de las personas en el ámbito tributario y los criterios con los cuales el legislador determina los tributos*.

#### 2.4.3. Los derechos culturales

Una sociedad no progresa ni se desarrolla, como asimismo, la democracia no funciona adecuadamente, sin un sustrato educativo y cultural que lo sustente, que permite a través del conocimiento la posibilidad de evaluar y discernir entre diversas opciones, lo que potencia la libertad y la participación de las personas, como asimismo, se desarrolla la capacidad personal y colectiva de carácter valórico y el conocimiento científico tecnológico, base de cualquier proyecto de desarrollo nacional.

A su vez, el pluralismo religioso y cultural lleva al desarrollo del *derecho a la libertad de enseñanza* y el *derecho de los padres a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos*.

*El derecho a la educación que exige del Estado el proporcionar en forma gratuita y obligatoria la educación básica y media, sin perjuicio de asegurar la educación superior de acuerdo a las capacidades de los educandos y las necesidades de la comunidad nacional.*

En el plano de la educación superior, el aseguramiento del *derecho a la autonomía de las universidades* y el *derecho a la libertad de cátedra de los académicos*

*El derecho a la creación y difusión de la cultura y su protección y fomento por el Estado. El derecho a la conservación del patrimonio histórico y cultural. El derecho de los pueblos originarios a desarrollarse de acuerdo con sus tradiciones, cultura, lengua y religión. El derecho al uso del tiempo libre.*

### 3. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como señalaba el Papa *Juan Pablo II*, el 22 de diciembre de 1979 dirigiéndose a los Cardenales, “Nunca se ha oído exaltar tanto la dignidad y el derecho del hombre, pero también nunca como hoy ha habido afrentas tan patentes a estas declaraciones”<sup>38</sup>.

Cuanto tiempo más habrá que esperar, como señalaba la Encíclica *Pacem in Terris* de *Juan XXIII*, para que se pueda garantizar “con eficacia los derechos del hombre, derechos que, por brotar inmediatamente de la dignidad de la persona humana, son universales, inviolables e inmutables”<sup>39</sup>.

Uno de los esfuerzos fundamentales que deben hacerse, como ya lo ha señalado *Bobbio*, no es tanto “de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Citado por González Pérez, Jesús. 1986. *La Dignidad de la Persona*. Madrid, Ed. Real, Academia de Jurisprudencia y Legislación de 1986, p. 28.

<sup>39</sup> Encíclica *Pacem in Terris*, párrafo 145.

<sup>40</sup> Bobbio, Norberto. 1981. “Presente y Porvenir de los Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos* Nº 1, 1987, p. 7.

Esta búsqueda de procedimientos eficaces que lleven a una garantía real de los derechos humanos que permitan hacer efectiva la dignidad de la persona, es un esfuerzo de los más trascendentes en que están empeñados los estados como la comunidad internacional, el derecho interno como el derecho internacional de los derechos humanos, en un esfuerzo complementario, convergente y progresivo.

*La obligación de los órganos del Estado de respetar y garantizar los derechos, lo ha señalado directa y claramente la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete último de tales convenciones en el ámbito regional: "la segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos" (caso Godínez Cruz. Sentencia de fecha 20 de enero de 1989. Serie C, número 5, párrafo 166).*

Cuando el sistema de derechos esenciales o derechos humanos no ofrece a sus titulares la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no hay un verdadero derecho. Un derecho sólo es tal dentro de un ordenamiento jurídico si es resistente frente a otros poderes. Esta característica de resistencia del derecho, adquiere sentido a través de las diferentes instituciones o instrumentos de protección de los derechos.

El aseguramiento constitucional de los derechos debe ir acompañado de las respectivas garantías, vale decir, de los medios que aseguren la observancia efectiva de los derechos asegurados por la Carta Fundamental. En otras palabras, un conjunto coherente de instrumentos de defensa de los derechos.

Las garantías de los derechos pueden ser clasificadas en una primera aproximación, en *garantías nacionales* y *garantías internacionales*, en el entendido que las garantías no se agotan en el plano interno del Estado, sino que trascienden al plano internacional o supranacional a través de distintas instituciones y mecanismos.

Las *garantías nacionales* pueden ser clasificadas en *garantías genéricas* y *específicas*.

### 3.1. Las garantías genéricas de los derechos fundamentales

Estas garantías genéricas están representadas por los principios que definen al Estado Constitucional Democrático y que permiten mantener y caracterizar una visión integral de los derechos.

Entre ellos se encuentra, en primer lugar, la existencia y vigencia efectiva de una “República Democrática” donde las ideas de pluralismo y participación definen la fórmula política, repercutiendo en el tema de las garantías de diversos ángulos: un poder legislativo representativo del cuerpo político de la sociedad, el que ocupa un lugar importante en la elaboración de normas y el aseguramiento de los derechos y por el reconocimiento de los derechos de participación esenciales a una visión integral de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, se encuentra la vigencia de un efectivo Estado de Derecho, lo que implica la limitación del poder por el derecho, la vigencia de los principios básicos del Estado de Derecho como la supremacía constitucional, el principio de vinculación directa de la Constitución, el principio de legalidad, el principio de distribución del poder estatal en órganos diferentes, el control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos, el principio de responsabilidad de los gobernantes y agentes del Estado.

### 3.2. Las garantías específicas

Las garantías específicas son los distintos instrumentos de protección jurídica de los derechos que asegura la Carta Fundamental.

Las garantías específicas se pueden clasificar en garantías normativas, de control o fiscalización, de interpretación y jurisdiccionales.

#### 3.2.1. Las garantías normativas.

Las garantías normativas de los derechos fundamentales o esenciales hacen referencia al principio de legalidad en sentido amplio, concentrando su significado en los derechos fundamentales, regulando su desarrollo y aplicación, como su reforma<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Peces-Barba, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Op. cit., pp. 505.

### 3.2.1.1. El principio de reserva legal

Una primera *garantía normativa de los derechos* se expresa en el principio de reserva legal que hace el constituyente para la regulación de los primeros. El legislador es el órgano más apropiado para regular los derechos, en la medida que es el intérprete de la soberanía nacional más representativo de la sociedad en cada momento histórico, excluyendo así al administrador como regulador primario de los derechos fundamentales.

En materia de reserva de ley se han desarrollado dos modelos, el alemán y el francés.

El modelo alemán establece que el legislador está capacitado para intervenir en cualquier materia, constituyendo el principio de reserva legal un medio para garantizar la supremacía de la ley:

El modelo francés considera que el legislador sólo puede intervenir en las materias taxativamente señaladas por la Constitución. La reserva de ley, en este caso, es un medio para restringir, materialmente, la supremacía de la ley, mediante una distribución de competencias entre el Poder Ejecutivo y el legislador.

Con el concepto de reserva de ley se definen sectores y materias que están reservados exclusiva y completamente a la ley y excluyendo su regulación por parte de la administración.

De esta manera, no sólo se reserva al legislador, sino que también se limita la libertad de acción del legislador en la regulación de los derechos fundamentales, el cual queda obligado a regular las materias objeto de dicha reserva.

El principio de reserva legal no excluye las remisiones que el legislador puede hacer a la autoridad administrativa para reglamentar las leyes, pero esta regulación reglamentaria está claramente subordinada a los parámetros definidos por la ley.

Así, el sentido último de la reserva de ley es “asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos”, como señala el Tribunal Constitucional español en su sentencia 83/1984.

La reserva de ley constituye así una limitación a la potestad reglamentaria del Presidente de la República y un mandato específico del constituyente al legislador para que sólo este regule ciertas materias en sus aspectos fundamentales.

La reserva de la ley asegura que la elaboración, debate y aprobación de ciertas materias se produzcan mediante el procedimiento legislativo parlamentario. Se trata que sea el Congreso Nacional el que regule las materias que el constituyente le ha dado mayor trascendencia e importancia sometiéndolos al procedimiento legislativo que se basa en los principios de publicidad, contradicción y debate, reforzándose respecto de esas materias la garantía del pluralismo político. Además, en una perspectiva en que todos los sectores políticos representativos del país son escuchados, se puede lograr un mejor orden de prelación material y temporal, una mayor justificación racional y una definición pública más transparente del bien común.

La reserva de ley como reserva de lo esencial se transforma en último caso, en reserva de sentencia, ya que será el Tribunal Constitucional el que determinará dicho criterio en cada hipótesis normativa.

La frontera de la reserva de ley depende de la ordenación y de las relaciones existentes en cada Estado entre el Congreso y el Gobierno en el derecho constitucional vigente, definidas por cada Carta Fundamental en cada momento histórico concreto, dependiendo del ámbito de tareas que el Estado reivindica para sí mismo en función de sus respectivas metas.

Hoy el ámbito de la reserva de ley es de carácter amplio, desbordando los límites de carácter tradicional europeo que incluían lo que afectaba a las libertades y la propiedad. Hoy entran dentro de la reserva de ley aspectos organizativos internos de diversas instituciones como las normas que regulan el orden público económico.

En el derecho comparado se suele distinguir entre *reserva absoluta* y *reserva relativa* de ley.

La *reserva absoluta de ley* se concreta cuando el constituyente establece la obligación para que el órgano legislativo regule por sí mismo la totalidad de la materia reservada a la ley, siendo sólo posible y permisible de remitir al reglamento las disposiciones de puro detalle tendiente a la ejecución de los preceptos legales. Estamos en presencia de reserva absoluta de ley cuando el constituyente utiliza términos tales como “sólo por ley” o “la ley regulará”...etc;

En cambio, la *reserva relativa de ley*, se caracteriza por permitir que la ley pueda limitarse a establecer las normas básicas de la disciplina respectiva reservada a la ley, pudiendo remitir el resto al reglamento. Estamos frente a una reserva relativa de ley cuando el constituyente utiliza términos tales como “de acuerdo con la ley”... “con arreglo a la ley”... “conforme a la ley”... “en los términos que señale la ley”, etc.

En el caso de reserva relativa, la ley fija las grandes directrices, lo que dice relación con el núcleo fundamental de la materia, en tal sentido, participamos de la teoría de la esencialidad, vale decir, que los aspectos básicos y esenciales de regulación de los derechos quede en manos del legislador y que los aspectos secundarios puedan ser delegados al reglamento administrativo. Ello permite determinar la extensión material de la reserva legal y evitar la deslegalización total, como asimismo, determinar el alcance material de la regulación parlamentaria.

El *principio de reserva de ley se refuerza* en el caso en que el Constituyente reserva la regulación de la materia al legislador de *quórum especial* en cuyo caso se requiera de mayor quórum y, por tanto, de mayor acuerdo parlamentario

La reserva de ley es una norma de competencia y una regla de rechazo. Es una norma de competencia, ya que para que los enunciados normativos puedan ser considerados válidos deben reunir como condiciones mínimas que procedan de un determinado órgano, que hayan sido creados de acuerdo a determinado procedimiento y que traten sobre una determinada materia. A su vez, la reserva de ley es una regla de rechazo, entendiéndose por tal, todo enunciado jurídico de tipo cualificatorio que señala que determinados enunciados no tienen carácter jurídico o no pertenecen a un cuerpo jurídico. Así, en relación a la reserva de ley, se califican como enunciados no jurídicos los que no reúnen los siguientes requisitos como mínimo: que no procedan de un determinado órgano (Congreso), que no sean creados de acuerdo a un determinado procedimiento (procedimiento legislativo) y que no traten de una cierta materia (materia de ley)<sup>42</sup>.

También cabe plantearse cuál es el objeto de la legislación de desarrollo de los derechos constitucionales. En nuestra opinión, lo que se desarrolla no es el derecho sino el precepto constitucional en el que el derecho se asegura, determinando sus alcances y sus límites. Así el legislador puede centrar su acción de desarrollo de los preceptos constitucionales que contienen derechos en dos fines. El primero, estableciendo una modificación normativa no contraria a la Constitución de algunos de los elementos configuradores del derecho (titular, destinatario, objeto), lo que afecta el ejercicio del derecho, por tanto, puede hacerse cuando la Constitución lo autoriza. El segundo fin puede ser el de completar la configuración del derecho o configurarlo cuando el constituyente no lo ha hecho, determinando su contenido o la fijación de la forma de su ejercicio, como asimismo, las garantías procesales del mismo.

De esta forma, por regla general, el estatuto de un derecho constitucional está constituido por normas constitucionales y normas legales.

---

<sup>42</sup> Gavara De Cara, Juan Carlos. 1994. **Derechos Fundamentales y Desarrollo legislativo**. Ed. Centro Estudios Constitucionales. Madrid, España, p. 141. Ver también Hernández Marín, Rafael. **Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica**, p. 165.

Por último, cabe preguntarse qué sucede con los derechos que están garantizados constitucionalmente, sin que exista una reserva de ley que les afecte de manera especial. En tales casos, hay dos tipos de respuesta, la primera, que ellos no pueden ser limitados por el legislador, ya que así lo ha deseado el constituyente, fortaleciendo el estatuto constitucional de tales derechos o, segunda, el legislador puede regular tales derechos aplicando justificaciones determinadas por la propia Constitución, tales como los derechos de terceros o la existencia de bienes jurídicos de rango constitucional. En esta encrucijada optamos por la segunda alternativa, la que consideramos más coherente con el sistema constitucional de derechos fundamentales y la idea que los derechos forman un sistema dentro del cual ellos se interrelacionan y limitan recíprocamente.

### 3.2.1.2. El respeto del legislador al contenido esencial de los derechos.

La reserva de ley para regular los derechos se ve fortalecida por la obligación que tiene el legislador de no afectar los derechos en su esencia.

El legislador debe respetar la naturaleza jurídica de cada derecho que preexiste al momento legislativo y a los intereses jurídicamente protegidos. Así el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho constituye una entidad previa a la regulación legislativa.

El contenido esencial de cada derecho constituye la sustancia o propiedades básicas del derecho, siendo sólo una parte del contenido del derecho constitucional, ya que no se aplica a las propiedades ocasionales o incidentales del respectivo derecho.

La garantía del contenido esencial de los derechos, con independencia del sentido que se le atribuya, “debe ser entendida como una regla de rechazo, es decir como un enunciado jurídico que califica como inválidos otros enunciados jurídicos”<sup>43</sup>.

El concepto de contenido esencial de los derechos<sup>44</sup> es un concepto jurídico indeterminado. Para su determinación han sido seguidas dos vías, la primera, aten-

---

<sup>43</sup> Gavara De Cara, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**. Op. cit., p. 142

<sup>44</sup> **La Constitución Alemana** en su artículo 19.2 establece “en ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental”. A su vez, **la Constitución Española** determina en el artículo 53.1 que “los derechos y libertades reconocidas en el Capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo de derechos y garantías “habrán de revestir carácter general y abstracto y no podrán reducir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales”. con lo previsto en el artículo 161.1. a)”. También el artículo 18.2 de **la Constitución de Portugal** señala que “la ley sólo podrá restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución”.

diendo a la naturaleza jurídica o modo de concebir o configurar el derecho y cada uno de los derechos la segunda, es determinar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo o médula de los derechos esenciales

El *Tribunal Constitucional español* en sentencia 11/1981, ha señalado que el contenido esencial del derecho, es una noción con dos acepciones:

“1. Naturaleza jurídica de cada derecho, vale decir, el modo de concebirlo o configurarlo. En ocasiones, el nomen y el alcance de un derecho son previos al momento en que este resulta regulado por el legislador concreto. El tipo abstracto preexiste conceptualmente al momento legislativo, pudiendo hablarse en tal sentido de la reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Desde esta óptica, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y en las condiciones inherentes en las sociedades democráticas”.

“2. Los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho. Con ello se hace referencia a la parte del contenido del derecho que **es** necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. En esta perspectiva se desconoce el “contenido esencial del derecho” cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección<sup>45</sup>. Ambos criterios pueden utilizarse complementariamente.

A su vez, la Corte Constitucional Alemana, en la sentencia “Sozialhilfe”, determinó que el contenido esencial inafectable de los derechos debe ser averiguado para cada derecho fundamental a partir de su significado especial en el sistema global de derechos (BVerfGE 22,180 (219)).

Al respecto el Tribunal Constitucional chileno ha señalado que “la esencia del derecho debemos conceptualarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se la priva de aquello que le es consustancial, de

---

<sup>45</sup> Citada por Fernández Segado, Francisco. 1992. **El sistema constitucional español**. Madrid, España, Ed Dykinson. p. 489. Ver también, Torres del Moral, Antonio. **Principios de derecho constitucional español**. Madrid, España, Universidad Complutense, tercera edición, pp. 365-366.

*manera tal que deja de ser reconocible y que se impide “el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”<sup>46</sup>.*

En la misma perspectiva, ha sido asumida dicha teoría del contenido esencial de los derechos por el Tribunal Constitucional de Colombia, así en Sentencia C-033/1993 establece que el artículo 214 de la Constitución Colombiana que determina que durante los estados de excepción no se podrán suspender los derechos humanos, consagra la teoría del núcleo esencial de los derechos. El Tribunal Constitucional siguiendo a Häberle señala que “se denomina contenido esencial, al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”, agregando el Tribunal Constitucional colombiano, “según la teoría del núcleo esencial de los derechos, éstos pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; ellos pueden ser moldeados pero no pueden ser objeto de desnaturalización”, así “cuando para el ejercicio de un derecho se establezcan requisitos mínimos razonables, que apuntan a hacer más viable el derecho mismo y que no desconocen su núcleo esencial, no pueda aducirse que está violando de pleno tal derecho”.

El contenido esencial de los derechos es una frontera, un límite, que el legislador no puede sobrepasar, si lo hace incurre en inconstitucionalidad.

Como señala Otto y Pardo la *garantía del contenido esencial de los derechos constituye el límite de los límites (Schranken-Schranken)*; “porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”<sup>47</sup>, posición que apoya y fortalece el carácter directamente normativo de los derechos fundamentales.

A su vez, sostenemos que *la garantía del contenido esencial de los derechos tiene un carácter declarativo y no constitutivo, ya que no crea ningún límite nuevo a los límites que sea diferente del que se desprende del valor constitucional respectivo del o de los derechos fundamentales en consideración, sólo determina un tope a la actividad legislativa limitadora de los derechos.*

---

<sup>46</sup> Tribunal Constitucional, 24 de febrero de 1987. Rol N° 43. Considerandos 20 y 21.

<sup>47</sup> De Otto y Pardo, Ignacio. Op. cit., p. 126.

De acuerdo con todos los aspectos analizados, es posible concluir, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia comparada, que el contenido esencial de un derecho, se caracteriza por ser un concepto de valor absoluto, cuyos elementos mínimos que hacen reconocible a un derecho, impiden su eliminación o transformación en otra cosa, poseyendo cada derecho su núcleo esencial, el que se descubre acudiendo a la norma constitucional, a las ideas generalmente aceptadas por los juristas y en la esfera de los conceptos jurídicos tradicionales<sup>48</sup>.

### El sentido y alcance del límite del contenido esencial de los derechos

El límite del contenido esencial de los derechos establecidos constitucionalmente impide al legislador afectar este núcleo duro de los derechos y obliga al legislador que regula el ejercicio de tales derechos a actuar de acuerdo con los límites del derecho que derivan directamente de la Constitución, ya sea para la protección de otros derechos constitucionales, o de otros bienes constitucionalmente protegidos, lo que debe justificarse racionalmente, lo que excluye la limitación de los derechos por bienes infraconstitucionales, por muy importantes que ellos puedan ser desde el punto de vista social. Compartimos en tal sentido, la jurisprudencia del *Tribunal Constitucional Español*, en su sentencia 22/1984, en la cual señala “*existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero han de tratarse de fines sociales que constituyen en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución*”.

El principio de inafectabilidad del contenido esencial de un derecho, significa que ningún objeto útil o un medio con un menor costo podrán justificar una intervención en el contenido esencial de un derecho fundamental, incluso cuando debiere ser adoptada dicha intervención en base a una finalidad constitucional.

La limitación de un derecho por un valor o un fin social constitucional expresamente reconocido por la Carta Fundamental debe tener presente que el derecho es también expresión de un valor constitucional, los cuales deben ponderarse con las prioridades establecidas por la propia Constitución. Así por ejemplo, el derecho de propiedad tiene como limitación su función social, la que comprende los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental. Así la conservación del medio ambiente libre de contaminación tiene mayor jerarquía en el ámbito de los derechos que la propiedad, pudiendo imponerse límites a ésta en beneficio de la conservación del patrimonio ambiental, la jerarquía de los valores y de los derechos debe establecerse en el texto de la Constitución, no pudiendo haber otra que no esté señalada en texto fundamental.

---

<sup>48</sup> Prieto Sanchís, I. 1990. **Estudios sobre los derechos fundamentales**. Madrid, Ed. Debate, pp. 143 y 144.

Todo ello parte de la teoría de los límites inmanentes a los derechos fundamentales; los derechos al reconocerse dentro del ordenamiento jurídico, deben conciliarse con otros bienes que el ordenamiento protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto frente a éstos. El derecho no es absoluto, debe ceder en su virtualidad protectora para conciliarse o armonizarse con otros bienes, como son los derechos de los demás, la moral, el orden público, entre otros. Los límites inmanentes están incluidos en el interior del derecho esencial o fundamental, cumpliendo la función de caracterizar negativamente el supuesto de hecho al que es aplicable el derecho fundamental.

La relación entre los valores constitucionales, como asimismo, entre los derechos constitucionales, deben resultar de la propia Constitución de manera expresa, de la dogmática constitucional, de lo contrario se afecta la unidad, armonía y sistematicidad de la Constitución y su prioridad jerárquica.

*Los límites inmanentes a los derechos fundamentales se averiguan mediante la ponderación de bienes, en la que se analiza el sistema de valores objetivos establecidos por la Carta Fundamental. De manera tal que, si la ley restringe un derecho esencial más allá de lo que obliga un bien jurídico de igual o mayor jerarquía o rango, esta restricción no podría permitirse, siendo inconstitucional.*

*El procedimiento de ponderación de los bienes debe partir de que los derechos a limitar en su ejercicio y los valores constitucionales o los bienes constitucionales aparecen como contrapuestos. Si realmente está en juego un bien constitucional, sólo hay dos opciones, o el derecho constitucional se afirma porque no se permite subordinarlo a otros bienes.*

Así, en cada oportunidad debe ponderarse, si el valor o el bien goza o no de reconocimiento constitucional y, luego, si su constitucionalidad se traduce en resistencia frente al derecho en cuestión o en oponibilidad frente a ésta. Como sostiene Konrad Hesse, la *"presunta contradicción entre normas constitucionales se puede solucionar de dos modos: establecer una decisión de jerarquía o preferencia en la aplicación de una de las normas constitucionales sobre la otra o intentar conseguir una optimización de forma que se apliquen ambas normas constitucionales a la vez"*<sup>49</sup>.

Este planteamiento lleva a señalar que, en ningún caso, puede afectarse un derecho fundamental en forma mayor de lo que sea necesario para la protección de bienes jurídicos constitucionales de igual o mayor rango. Tal perspectiva nos con-

---

<sup>49</sup> Citado por Gavara de Cara, Juan Carlos. 1994. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**. Ed Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, p. 291.

duce a la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad, el cual, en el ámbito de los derechos implica una prohibición de intervenciones en sentido estricto o de limitaciones que no sean adecuadas o necesarias para la finalidad perseguida por el legislador a través de la regulación que afecte a los derechos esenciales. Ello supone, como establece Gavara de Cara, “la existencia de una relación causal entre un medio y una finalidad que se vincula a un principio (el de proporcionalidad), mediante el cual se procede a examinar una finalidad establecida por el poder legislativo y la elección de la decisión normativa utilizada”<sup>50</sup>.

Así, el principio de proporcionalidad, también denominado principio de prohibición de exceso por Peter Lerche, comprende tres sub principios: el principio de finalidad, que atiende a la legitimidad del fin perseguido por la norma; el principio de adecuación, que establece el control de idoneidad de la norma, el principio de necesidad que determina la prescindibilidad o no de la intervención, determinando el peligro y la necesidad de producir el menor daño, y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que determina la racionalidad de la intervención, determinando el objeto de la intervención y el efecto que ella produce en el derecho.

Consideramos que el principio de proporcionalidad opera como un límite a todas las restricciones de los derechos esenciales o fundamentales, derivando su aplicación del principio de Estado de Derecho, por lo cual tiene rango constitucional. Tal derivación del Estado de Derecho es en virtud del contenido esencial de los derechos fundamentales que, no pueden ser limitados más allá de lo imprescindible para la protección de los intereses públicos.

De esta forma, el contenido esencial de los derechos fundamentales no opera como único límite de los límites, existiendo un segundo que opera copulativamente con el primero, el cual consiste en la exigencia de que la limitación del derecho se encuentra justificada. En otras palabras, un derecho fundamental sólo puede ser objeto de limitación válida desde un juicio de constitucionalidad si está justificada constitucionalmente a través del juicio de razonabilidad y proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial de los derechos.

Hay así una prohibición de desproporción, las leyes que limitan el ejercicio de los derechos y garantías deben restringirse a lo indispensable con el objeto de no afectar en sus aspectos medulares de otros derechos constitucionalmente protegidos. Toda intervención estatal en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales debe tener un sentido de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos perseguidos que se deriva de la naturaleza de los derechos humanos y del Estado de Derecho. Es así que la Corte Constitucional Federal de Alemania ha establecido que el principio de proporcionalidad resulta de la naturaleza de los derechos fundamentales, constituyendo un principio de rango constitucional en cuanto componente del Estado de Derecho (BV erf Ge 19, 342; 29, 312).

---

<sup>50</sup> Gavara de Cara, Juan Carlos. Op. Cit., p. 296.

### 3.2.1.3. La vinculación de los poderes por los derechos fundamentales

Esta vinculación del legislador por los derechos ha llevado a *Krüger* a afirmar que “*Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales*”<sup>51</sup>.

### 3.2.1.4. Limitación del legislador delegado

Otra garantía normativa de los derechos es que el Ejecutivo a través de delegación legislativa no puede afectar el régimen jurídico de los derechos y garantías constitucionales

### 3.2.1.5. El quórum agravado con que debe actuar el legislador

También es una garantía normativa el quórum agravado establecido por el constituyente para regular determinados derechos constitucionales, a través de quórum calificado.

## 3.2.2. Las garantías de control y de fiscalización

Las garantías de control y de fiscalización son los instrumentos parlamentarios encaminados a supervisar la incidencia que, en la esfera de los derechos fundamentales o esenciales, tienen la actividad de los otros órganos y funciones del Estado.

Entre tales garantías, se encuentran las comisiones investigadoras del parlamento, asimismo, la acusación constitucional por grave vulneración de la Constitución y de sus preceptos sobre derechos fundamentales o por notable abandono de deberes constitucionales en materia de derechos esenciales o derechos humanos.

En otros ordenamientos constitucionales existen, además, la figura del Defensor del Pueblo o Defensor de los Derechos Humanos, las interpelaciones parlamentarias, el ejercicio del derecho de petición, etc.

## 3.2.3. Las garantías de interpretación

Las garantías de interpretación se refieren a los *mecanismos destinados a garantizar que la interpretación de los derechos se haga para favorecer su ejercicio y*

---

<sup>51</sup> Krüger, Herbert. 1950. “Die Einschränkung von Grundrechten nach Grundgesetz” en **Deutsches Verwaltungsblatt**, p. 626.

su disfrute<sup>52</sup>. En tal sentido está la obligación de los órganos del Estado, todos y cada uno de ellos, de respetar y de promover los derechos esenciales establecidos en la Constitución y también, en los tratados de derechos humanos ratificados, como asimismo, el deber del Estado de promover la integración armónica de todos los sectores sociales y asegurar la igualdad de oportunidades para participar en la vida nacional en todas y cada una de sus dimensiones: política, social, cultural, económica lo que obliga a remover todos los obstáculos que impidan o dificulten tales objetivos.

La vinculación directa a la Carta Fundamental de todos los órganos y personas, lo que significa que su actuación nunca puede afectar el ejercicio de los derechos más allá de lo que autoriza el propio texto constitucional y las obligaciones derivadas de los tratados en materia de derechos humanos que el Estado ha ratificado y se encuentran vigentes, los cuales también contienen normas interpretativas en materia de derechos.

Los principios “favor homine” o “pro cives” que implica la aplicación de aquella norma de derecho interno o de derecho internacional incorporada válidamente al derecho interno que mejor asegure y garantice el ejercicio de los derechos.

La consagración del principio de progresividad de los derechos, establecido expresamente en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual dispone: “Cada uno de los Estados Partes en el Presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

El principio de no regresividad que se deriva del principio de no discriminación y del contenido esencial de los derechos económicos y sociales asegurados constitucionalmente, lo que implica un contenido mínimo e indisponible de los derechos tanto individuales como económicos, sociales y culturales. Ello exige a los operadores jurídicos un estricto escrutinio de razonabilidad.

Asegurar el principio de proporcionalidad como criterio de evaluación y ponderación de las regulaciones y restricciones de los derechos fundamentales.

Los principios de probidad y transparencia exigen al legislador y a la administración informar oportuna y adecuadamente de la adopción de medidas, decisiones

---

<sup>52</sup> Peces-Barba, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Op. cit., p. 510.

o normas jurídicas con el objeto de cumplir las exigencias y obligaciones derivadas de los derechos económicos, sociales y culturales, eliminando la opacidad y discrecionalidad con que muchas veces opera el sistema de prestaciones sociales con sistemas clientelistas.

Considerar la constitucionalización del principio de seguimiento de los tribunales nacionales de los principios y parámetros interpretativos de las jurisdicciones supranacionales o internacionales a que el Estado ha reconocido jurisdicción en materia de derechos humanos, lo que contribuye a la generación de un derecho constitucional supranacional de carácter internacional y regional.

### 3.2.4. Las Garantías Jurisdiccionales de los Derechos

La piedra angular de la defensa de los derechos esenciales se encuentra en el control jurisdiccional, sólo cuando existe tal control puede sostenerse la existencia de una protección de los derechos. Este es el ámbito de lo que *Capelletti* denominaba la “*giurisdizione costituzionale della libertà*”<sup>53</sup>, y que el profesor *Fix Zamudio* denomina “*derecho procesal de la libertad*”<sup>54</sup>.

Esta *garantía jurisdiccional* puede ser brindada por los *tribunales ordinarios* o por el *Tribunal Constitucional*.

Entre las primeras, es necesario subdistinguir entre *garantías judiciales ordinarias* y *constitucionales*.

#### 3.2.4.1. Las garantías jurisdiccionales por Tribunales Ordinarios

Los tribunales de justicia desarrollan las garantías jurisdiccionales ordinarias. Entre éstas se encuentran los remedios procesales específicos.

En ellos, el juez es el único garante de la efectividad real de los derechos fundamentales cuando otras personas o agentes del Estado, infringen o vulneran tales derechos, en tales casos, las personas afectadas ocurren ante la jurisdicción competente, con el objeto de proteger sus derechos ante su amenaza, perturbación o privación de su ejercicio por un tercero, sea este agente público o privado.

---

<sup>53</sup> Capelletti, Mauro. 1968. *Il controllo giudiziario di Costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato*. Milán, Ed Giuffrè.

<sup>54</sup> Fix Zamudio, Héctor. 1982. *La protección procesal de los derechos humanos*. Madrid, Ed. Civitas.

Los *tribunales de justicia* constituyen la instancia natural y ordinaria que presenta más garantías para la protección de los derechos por su objetividad, imparcialidad y preparación profesional. Ello requiere que los tribunales gocen de una efectiva independencia frente a los órganos políticos y que exista una efectiva salvaguarda de los derechos procesales del justiciable.

Los derechos fundamentales por su especial naturaleza de ser derechos que trascienden el ámbito de la persona afectada, requieren de medios específicos para su defensa, diferentes a los establecidos en el sistema ordinario de protección judicial.

Además puede sostenerse que respecto de los derechos fundamentales, la misión de los tribunales ordinarios es trascendental, ya que para las personas constituyen el único medio institucionalizado ante el cual pueda reclamarse su efectividad ante actos u omisiones de los órganos públicos o de particulares que amenacen, perturben o priven de su legítimo ejercicio a los respectivos titulares de ellos.

*Esta obligación de protección de los derechos establecida por la Constitución se ve fortalecida por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, el cual prescribe:*

- “1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal decisión sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.*
2. *“Los Estados Partes se comprometen.*
  - a) *A garantizar que la autoridad competente provista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.*
  - b) *A desarrollar las posibilidades de recurso judicial*
  - c) *A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

Esta obligación del Estado debe concretarse a través de medios judiciales de derecho interno. Sólo cuando éstos no existen o no son idóneos o efectivos, o ellos se hayan agotado, es posible recurrir a los mecanismos internacionales de protección. Así estos últimos son mecanismos subsidiarios y complementarios del derecho interno.

En conformidad con el derecho procesal constitucional, la protección de los derechos fundamentales están dados por los *recursos o acciones de hábeas corpus, de amparo, de hábeas data, de indemnización por error judicial, sin perjuicio de otros de menor relieve, los cuales constituyen garantías de ejercicio y disfrute de los derechos. Ellos, protegen los derechos fundamentales de manera directa y con efectos reparadores.*

En el plano de la protección de los derechos a través de acciones de amparo, es conveniente tener presente *la necesidad de la defensa con medios eficaces de los derechos colectivos o difusos, que buscan tutelar a las personas en el seno de situaciones concretas de la sociedad, que requieren complementar la acción tutelar individual o del Estado por mecanismos de intervención social y colectiva. En este plano deben institucionalizarse las acciones de interés público (class action), que superan los límites individualistas de los mecanismos tradicionales de protección jurisdiccional de los derechos, posibilitando demandas de efectos colectivos, impulsadas por los grupos de personas afectadas como por asociaciones cívicas interesadas en su representación.*

Otro medio de protección y garantía de los derechos está constituido *por el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o juicios incidentales de inconstitucionalidad que constituye una garantía de regulación concreta de los derechos por parte de los tribunales ordinarios de justicia ya sea a través de un control difuso o concentrado.*

En tercer lugar, no puede dejar de mencionarse como una garantía jurisdiccional efectiva *las acciones de inconstitucionalidad por omisión consideradas en diversos ordenamientos jurídicos, como por ejemplo, en Portugal (art. 283), Brasil (art. 103 N° 2), Costa Rica, algunas provincias argentinas. Esta inconstitucionalidad se verifica cuando el legislador o la administración no desarrollan la actividad ordenada por la Carta Fundamental para hacer plenamente efectivos los derechos contenidos en ella.*

*Sin perjuicio de estos remedios procesales específicos, nos encontramos con remedios procesales complementarios y remedios procesales indirectos siguiendo a Fix Zamudio<sup>55</sup>.*

*Los remedios procesales complementarios son aquellos que no han sido generados para proteger los derechos fundamentales, se utilizan para sancionar la violación de ellos, cuando ésta se ha consumado. Ejemplo de ellos es la responsabilidad extracontractual del Estado y de sus agentes por falta de servicio.*

---

<sup>55</sup> Fix Zamudio, Héctor. 1982. **La protección judicial de los derechos humanos.** Ed. Madrid, España, Civitas, pp. 32 a 35.

*Los remedios procesales indirectos* son aquellos configurados para la protección de los derechos que tienen un carácter ordinario (procesos civiles, penales, laborales, administrativos, etc.).

#### 3.2.4.2. La protección de los derechos por el Tribunal Constitucional.

En Ecuador como en diversos otros países de América Latina y Europa, entre ellos, España, Portugal, Italia, Alemania, Perú, Colombia, Bolivia, Guatemala hay una acción o recurso procesal cuando son los propios tribunales ordinarios superiores de justicia los que vulneran los derechos fundamentales, tales como las garantías del debido proceso, a través de un recurso de amparo de derechos ante el Tribunal Constitucional.

#### 3.3. El aseguramiento constitucional del derecho a la información y la justificación de los actos y omisiones de la administración.

El aseguramiento constitucional de *los principios de probidad y de transparencia, como asimismo del derecho a la información, publicidad y justificación de los actos como de las omisiones gubernamentales en materia que afecten los derechos fundamentales* y el derecho a accionar jurisdiccionalmente cuando no se entregue la información por parte de los órganos gubernamentales y administrativos sobre decisiones y actos que no tengan carácter reservado o secreto, constituye también un instrumento eficaz y adecuado tras el fin del respeto, protección y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales.