

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA: TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AND THE CONSTITUTIONAL JUSTICE IN LATIN AMERICA: DEVELOPMENTS IN CASE LAW

CLAUDIO NASH ROJAS*

Profesor Facultad de Derecho, Universidad de Chile
cnash@derecho.uchile.cl

RESUMEN: El objetivo de este estudio es revisar algunos casos relevantes de la jurisprudencia latinoamericana en materia de aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. Se estudiará jurisprudencia constitucional latinoamericana reciente en materia de DESC. El trabajo establece algunos estándares generales en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito internacional; revisa algunos ejemplos destacados a nivel comparado en Latinoamérica; establece la forma en que esta interpretación está enriqueciendo estos derechos consagrados constitucionalmente, y analiza los alcances de esta discusión en Chile y ciertas tendencias interesantes en el ámbito hermenéutico y jurisprudencial.

ABSTRACT: The objective of this study is to review some relevant jurisprudence from constitutional justice on implementation of economic, social and cultural rights. The work examines recent cases in Latin American constitutional jurisprudence on the social rights. This work reviews some general standards in the field of economic, social and cultural rights in the international law; analyzes some prominent cases in Latin American jurisprudence; establishes the manner in which this interpretation enriches rights and, finally, reviews the scope of this discussion in Chile and some interesting trends in hermeneutic and jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: Derechos económicos, sociales y culturales, 'Justiciabilidad' de los Derechos económicos sociales y culturales, Justicia constitucional latinoamericana.

KEYWORDS: Economic, social and cultural rights; enforcement; constitutional justice...

El objetivo de este estudio es revisar algunos casos relevantes de la jurisprudencia latinoamericana en materia de aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “DESC”). Desde su consagración normativa

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1998), y Doctor en Derecho Universidad de Chile (2008). Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Director del Programa Estado de Derecho en el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Agradezco a la investigadora del Centro de Derechos Humanos, Catalina Milos, por su aporte en la revisión de este texto. Recibido el 6 de julio de 2010, aprobado el 5 de enero de 2011.

tanto constitucional como internacional han surgido distintas discusiones respecto a estos derechos: se ha cuestionado si es o no factible hablar de derechos, también se ha debatido en torno a la forma idónea de consagrarlos y, por último, se ha controvertido la posibilidad de su justiciabilidad. En este artículo nos centraremos en el último de estos debates, haciendo reseña de algunas experiencias en la jurisprudencia constitucional latinoamericana que dan cuenta de las vías por las cuales ha transitado la justiciabilidad de los DESC.

La jurisprudencia constitucional latinoamericana ha hecho una interpretación de los DESC que permite considerarlos 'justiciables'. Esta reciente tendencia jurisprudencial se encontraría en la misma línea que la desarrollada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La justiciabilidad de los DESC se puede apreciar en distintos razonamientos que los tribunales latinoamericanos, con competencia constitucional, han utilizado: dotar de exigibilidad y contenido normativo a estos derechos; plantear su justiciabilidad a través de la conectividad entre los DESC y derechos civiles y políticos para hacer exigibles los primeros; reconocer el principio de progresividad al que estarían sujetos estos derechos, y establecer acciones concretas o políticas públicas que debe adoptar el Estado en esta materia. Veremos que estas formas de justiciabilidad de los derechos con fuerte contenido prestacional permite a los Estados cumplir con sus compromisos internacionales y resultan indispensable para darles efectividad normativa en tanto derechos humanos.

Este estudio está dividido en cuatro partes, que buscan: a) establecer algunos estándares generales en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito internacional; b) revisar algunos ejemplos destacados a nivel jurisprudencial en Latinoamérica sobre las formas que ha adquirido la exigibilidad de los DESC vía jurisdiccional; c) establecer la forma en que esta interpretación está dotando de efectividad a los derechos consagrados constitucionalmente, y d) revisar los alcances de esta discusión en Chile y ciertas tendencias interesantes en el ámbito hermenéutico y jurisprudencial.

I) LOS DESC EN EL SISTEMA INTERNACIONAL

Partiremos abordando el marco internacional, porque todos los sistemas constitucionales que analizaremos en este estudio están sujetos al control del sistema internacional de derechos humanos y, en particular, al sistema interamericano, por tanto, la legitimidad de las soluciones que se den internamente estará condicionada por el cumplimiento de sus compromisos internacionales.

El tema que nos preocupa se da en el marco del contenido de las obligaciones del Estado; cuestión que ha sido desarrollada ampliamente por el derecho internacional de los derechos humanos. Es propio del derecho internacional, que los Estados deben

cumplir sus compromisos de buena fe. De ahí que la obligación de cumplimiento adquiera especial relevancia en materia de derechos humanos, tal como lo expresan los tratados internacionales, la jurisprudencia y la doctrina en este campo¹.

La obligación de cumplimiento en materia de derechos humanos se expresa en dos obligaciones principales. Éstas son, el respeto y garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, cualquiera sea el tipo de documento en que se consagren, sin discriminación². Me centraré en la obligación de respeto en aquellos casos en que el derecho particular contenga un fuerte contenido prestacional.

La obligación de respeto consiste en cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. El contenido de la obligación estará definido, en consecuencia, a partir del mandato normativo del derecho o libertad concreta. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran, las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) y/o negativas (implican una actividad de abstención) y estarán determinadas por cada derecho o libertad.

Para el cumplimiento de las obligaciones con un fuerte contenido prestacional, es necesario que el Estado adopte medidas efectivas para su realización, lo que implica en ciertos casos la adopción de políticas públicas³. Es posible que estas medidas de realización del mandato normativo impliquen la adopción de políticas públicas de largo plazo que tiendan a satisfacer plenamente el derecho⁴.

¹ Completos estudios en este campo, se pueden encontrar en diversos autores (NOWAK, 2003, pp. 23-30; ABRA-MOVICH y COURTIS, 2002, pp. 19-47). En el ámbito constitucional destaca el estudio de NOGUEIRA (2009).

² En este sentido no estoy pensando en una división entre derechos civiles y políticos y, derechos económicos sociales y culturales como categorías separadas por sus obligaciones, sino en las obligaciones que son comunes a todos los derechos consagrados internacionalmente.

³ Así, derechos que no son considerados tradicionalmente como prestacionales (civiles y políticos) tienen un fuerte componente prestacional. Se puede pensar, a modo de ejemplo, lo que implica tener un sistema judicial que garantice el debido proceso o un sistema electoral que permita la participación democrática mediante elecciones libres e informadas.

⁴ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado al respecto: "La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de 'adoptar medidas', compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es '*to take steps*', en francés es '*s'engage à agir*' ('actuar') y en español es 'adoptar medidas'. Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve, tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto". Observación General N° 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)", 1990, publicada en HRI/GEN/1/Rev. 7.

En estos casos, las medidas que adopte el Estado deben cumplir ciertos requisitos mínimos: deben tender progresivamente a la plena realización del derecho y, en ningún caso, se podrán adoptar medidas de carácter regresivo⁵.

De este modo, el respeto de obligaciones que importan una fuerte carga prestacional, admite que sea justificable que el Estado no esté obligado a cumplir plenamente con el mandato normativo, pero debe haber un desarrollo progresivo de éstas⁶. Que el proceso sea progresivo no quiere decir en ningún caso que éste quede a la discrecionalidad de la autoridad⁷. Por una parte, se contempla la prohibición de tomar medidas que perjudiquen los derechos que se han ido concediendo a la población. Por otra parte, la progresividad también comprende la obligación de justificar la imposibilidad de cumplimiento y asegurar el proceso de consecución del fin propuesto. En efecto, lo que está en juego en estos casos es, precisamente, un derecho subjetivo, por tanto, si no es posible cumplir con tal derecho será necesario satisfacer un cierto test mínimo de razonabilidad⁸:

⁵ Ver en este sentido: ABRAMOVICH y COURTIS (2002).

⁶ En esta lógica se puede entender la referencia de los instrumentos sobre derechos económicos, sociales y culturales al cumplimiento de los compromisos “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Es decir, ésta es una forma de cumplimiento, no una excepción que permita incumplir con la obligación prestacional.

⁷ “La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3*, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 1990, publicada en HRI/GEN/1/Rev. 7, párr. 9.

⁸ “Sin embargo, cualquiera que sea la metodología preferida, varios principios se derivan del deber de dar efectividad al Pacto, por lo que han de respetarse. En primer lugar, los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. Para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad (véase párrafo 10 *infra*). En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta

- ¿Qué medidas está tomando el Estado para cumplir con la obligación adquirida internacionalmente?
- ¿Las medidas adoptadas son las adecuadas para la obtención del fin perseguido?
- ¿Se han establecido etapas en un plan estatal para alcanzar el fin buscado?
- ¿Cuál es el mecanismo de control de las metas planteadas?, ¿se han diseñado e implementado mecanismos políticos y/o judiciales de control?

De esta forma, la obligación de respeto en los casos de derechos prestacionales podrá ser objeto de control, tanto nacional como internacional⁹.

La normativa internacional sobre esta materia no es clara y ha estado determinada por cuestiones políticas que han hecho difícil su desarrollo normativo. En los primeros instrumentos sobre derechos humanos, todos los derechos eran consagrados en forma conjunta, sin distinciones entre diferentes categorías. Si uno mira la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) o la Declaración Universal sobre Derechos Humanos (1948) podrá ver esto claramente expresado.

Mas, las contingencias de la Guerra Fría impactaron fuertemente en el debate sobre derechos humanos y los tratados sobre la materia son fiel reflejo de esta división. En el ámbito de Naciones Unidas, al momento de convenir en el tema de derechos humanos, los Estados no pactaron un solo instrumento, tal como se había hecho el año 48', sino que el debate dio origen a dos instrumentos con énfasis diferentes: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Asimismo, en el sistema interamericano los instrumentos convencionales son dos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988).

Por último, es interesante tener en consideración en este desarrollo normativo, que el primer instrumento de la era post Guerra Fría, la Convención de los

qué medios han resultado más eficaces en el país de que se trate para garantizar la protección de otros derechos humanos. Si los medios utilizados para dar efectividad al Pacto difieren significativamente de los utilizados para dar efectividad a otros tratados sobre derechos humanos, debe haber una razón imperiosa para ello, teniendo en cuenta que las formulaciones utilizadas en el Pacto son, en gran medida, comparables a las de los tratados sobre derechos civiles y políticos", Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 9, La aplicación interna del Pacto*, 1998, publicada en HRI/GEN/1/Rev. 7, párr. 7. También son relevantes las consideraciones del Comité sobre la exigibilidad de los recursos, en tanto éstos pueden ser judiciales, pero no son los únicos efectivos, sino que también puede haber otros que cumplan con los fines propios de las normas de contenido prestacional, ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 9, La aplicación interna del Pacto*, 1998, publicada en HRI/GEN/1/Rev. 7, párrs. 9 y 10.

⁹ Sobre el control nacional e internacional en materia de derechos con un fuerte componente prestacional, ver ABRAMOVICH (2006), pp. 35-49.

Derechos del Niño (1989), vuelve a ser estructurada como un instrumento único que contiene derechos de diversas categorías.

Para el establecimiento de estándares de cumplimiento, el sistema internacional cuenta con una serie de organismos destinados a controlar la actividad de los Estados. Uno de los principales en materia de DESC es el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este organismo, a través de sus observaciones a los informes de los Estados parte y, a través, de sus Observaciones Generales, contribuye al establecimiento de estándares en esta materia.

También es destacable el desarrollo de los DESC que han realizado otros órganos de control como el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). Me centraré en este último órgano.

Lajurisprudencia de la Corte en materia de DESC es muy interesante. Como la Corte tiene una limitante importante en su competencia —ya que sólo puede pronunciarse sobre violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos y eventualmente a otros instrumentos (como por ejemplo, el derecho a la educación y el derecho de asociación del Protocolo de San Salvador)— para entrar en el tema de los DESC ha sido necesario recurrir a otras vías. Al no ser éste el tema central de esta presentación, sólo diré que la Corte ha ampliado la base normativa para referirse a la compatibilidad de la actuación de los Estados en materia de DESC, recurriendo en algunos casos a otros instrumentos internacionales que sí contienen estos derechos (Convención de los Derechos del Niño¹⁰, Convenio 169 de la OIT¹¹).

¹⁰ “En este sentido, los artículos 6º y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar ‘en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño’. El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “*Instituto de Reeducación del Menor*”, de 2 de septiembre de 2004, párr. 161.

¹¹ “En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4º de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos,

También ha interpretado derechos consagrados en la propia Convención de forma tal de dotarlos de un contenido prestacional: ha interpretado de manera extensiva el derecho a la vida¹², ha dotado de un fuerte contenido normativo y preceptivo al principio de igualdad y no discriminación¹³, y recientemente ha reinterpretado el Art. 26 de la Convención, de forma tal de dotarlo de un sentido normativo y no sólo programático, estableciendo con claridad el principio de progresividad y no regresividad¹⁴.

Resulta relevante la aproximación al tema de los DESC desde la perspectiva del sistema internacional, a la hora de analizar la jurisprudencia constitucional comparada, ya que el sistema internacional no sólo será un baremo de legitimidad de las soluciones hermenéuticas adoptadas en el ámbito interno, sino que también ha servido como base de la interpretación local. Además, a partir de la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana, podría afirmarse que el sistema internacional

Sociales y Culturales[1], y las disposiciones pertinentes del Convenio N° 169 de la OIT". Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "*Yakye Axa*", de 17 de junio de 2005, párr. 163.

¹² "Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria". Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "*Yakye Axa*", de 17 de junio de 2005, párr. 162.

¹³ "Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas". Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "*Baldeón García*", de 6 de abril de 2006, párr. 202.

¹⁴ "El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos "no podrá lograrse en un breve período de tiempo", y que, en esa medida, "requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad". En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos". Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "*Acevedo Buendía*", de 1° de julio de 2009, párr. 102.

también se ha enriquecido de lo planteado en los sistemas normativos nacionales; claramente, al menos en el tema de la progresividad y no regresividad de los DESC.

II) LAS OBLIGACIONES PRESTACIONALES EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMPARADA. EXPERIENCIAS COMPARADAS

Antes de entrar a analizar parte de la jurisprudencia latinoamericana en materia de ‘justiciabilidad’ de los DESC, es necesario precisar cuáles son las posiciones que se han sostenido respecto al tema de las obligaciones del Estado ante los derechos fundamentales, ya que a partir de esta discusión surge la cuestión de cuáles son las exigencias que pueden hacerse al Estado de la consagración constitucional de los DESC.

Para entender los alcances que tiene el debate sobre el contenido de las obligaciones generales del Estado en materia de derechos fundamentales, es necesario tener en consideración la posición tradicional liberal del constitucionalismo de la región. Según esta postura, los derechos fundamentales implican una obligación de abstención por parte del Estado, es decir, los derechos constituyen un límite a la actividad estatal¹⁵. No obstante ello, en el constitucionalismo comparado se ha desarrollado una visión fuerte o compleja de los derechos, en virtud de la cual surge la idea de que el Estado no sólo debe abstenerse de afectar ciertos derechos de las personas, sino que también debe realizar ciertas prestaciones¹⁶. Esto ha dado origen al desarrollo de las obligaciones positivas, las que se darían respecto de todo derecho, independientemente de su mandato normativo principal. Por medio de estas obligaciones, el Estado adquiere el deber de desarrollar acciones para dar cumplimiento efectivo a todos los derechos fundamentales¹⁷.

De ahí que sea relevante determinar a nivel jurisprudencial al menos tres cuestiones: la forma en que la jurisprudencia constitucional está interpretando los

¹⁵ Según LOEWENSTEIN: “La ley fundamental debería contener un reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual –los derechos individuales y libertades fundamentales–, y su protección frente a la intervención de uno o todos los detentadores del poder”, LOEWENSTEIN (1982), p. 153.

¹⁶ “Esto no es todo [abstención]. El hombre moderno pide a los gobiernos no sólo no realizar ciertas cosas, sino que hacer ciertas otras. Por tanto, se impone la necesidad de un sistema de Derecho público que dé un fundamento y una sanción a esta obligación positiva”, DUGUIT (1975), p. 25.

¹⁷ Tal como he señalado en la introducción –y aquí me parece necesario reiterarlo–, en este trabajo de investigación el centro de análisis está en el campo de la jurisprudencia constitucional. Por este motivo no entraré en el extenso debate doctrinario sobre los derechos prestacionales. Para quien se interese en esta discusión hay mucho para leer, un excelente resumen de los alcances del debate en: BERNAL (2005), pp. 285-330 (incluye una buena bibliografía). Para un debate desde la perspectiva de la filosofía del Derecho (ATRIA, 2004; GARGARELLA, 2004). Para un debate sobre el tema desde la perspectiva de los derechos humanos (ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, pp. 19-47; COURTIS, 2003, pp. 197-230; COURTIS, 2006, pp. 3-52).

derechos con contenido prestacional; el alcance y fuerza normativa que les otorga, si se les ha otorgado alguna fuerza normativa, para ello será relevante analizar las formas en que esto es controlado vía jurisdicción constitucional, y, finalmente, si esto tiene impacto en el campo de las políticas públicas.

A continuación se revisará la forma en que se han resuelto algunas de estas materias en parte ilustrativa de la jurisprudencia constitucional de Colombia, Costa Rica, Perú y Argentina.

1. COLOMBIA

La jurisprudencia constitucional colombiana ha dado importantes pasos en orden a considerar que de los derechos fundamentales –en cuanto mandatos normativos de contenido complejo– surgen obligaciones positivas o prestacionales para el Estado. En Colombia, se ha avanzado tanto en la fundamentación de las obligaciones positivas del Estado en materia de derechos fundamentales, como en el desarrollo de una serie de consecuencias en materia de políticas públicas, con vista a dotar de efectividad a su consagración constitucional.

A continuación, analizaré algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia en las que se ha tratado el tema. En particular, veré la forma en que se han fundamentado las obligaciones positivas; cuál ha sido el contenido que se ha dado a la idea de progresividad en materia de derechos fundamentales, y, finalmente, revisaré algunas cuestiones relativas a la relación entre derechos fundamentales y políticas públicas.

1.1. Las obligaciones positivas y su fundamentación

Un interesante acercamiento a este tema lo encontramos en una sentencia de 1998 relativa a la situación de las cárceles colombianas. En esta sentencia, la Corte aborda el tema de ciertos derechos que son exigibles al Estado y que van más allá de su tradicional obligación de abstención:

“Ahora bien, esta misma Corporación también ha manifestado que el Estado tiene deberes especiales para con los reclusos, con miras a que éstos puedan ejercer plenamente los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, y parcialmente aquéllos que les han sido restringidos. Y estos deberes no implican simplemente que el Estado no debe interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos –como ocurriría en el caso de la libertad religiosa–, sino también –y de manera especial– que el Estado debe ponerse en acción para garantizarle a los internos el pleno goce de otros derechos, tales como la dignidad, la salud, la alimentación, el trabajo, etc.”¹⁸.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, N° T-153/1998, de 05 de mayo de 1998, considerando 41.

Más adelante, en el año 2005, la Corte vuelve sobre este tema, desarrollando con mayor precisión la fundamentación de las obligaciones positivas. Es interesante la forma de enfrentar esta temática, cual es, la utilización de los principios constitucionales para darle contenido y alcance a los derechos fundamentales. En efecto, la Corte parte de la noción de “Estado social de derecho” como base del sistema constitucional colombiano y lo vincula con dos cuestiones que son especialmente relevantes para el tema que nos ocupa: condiciones de vida digna para todas las personas y las desigualdades reales en la sociedad¹⁹.

Para este tribunal, las obligaciones prestacionales están fundadas en la concreción de los principios de libertad e igualdad real del ser humano²⁰. Esto sería lo característico de un Estado social de derecho²¹.

De la sentencia se pueden extraer dos componentes de las obligaciones prestacionales del Estado: (a) la obligación de adoptar e implementar políticas, programas o medidas positivas progresivas en pos de la igualdad real en las condiciones y oportunidades de las personas²², y (b) no adoptar políticas regresivas en materia de derechos económicos y sociales²³.

¹⁹ Según la Corte, el hecho de que Colombia sea un Estado social de derecho “...le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta –en consecuencia– vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo”. Corte Constitucional de Colombia, N° T-772/2003, de 04 de septiembre de 2003.

²⁰ “...de este modelo y sus desarrollos, confirman que a menos que las limitaciones y desigualdades reales a las que el hombre está sujeto en su vida cotidiana sean efectivamente contrarrestadas mediante actuaciones positivas y focalizadas por parte de las autoridades, la libertad e igualdad del ser humano no dejarán de ser utopías abstractas”. Corte Constitucional de Colombia, N° T-025/2004, de 22 de enero de 2004.

²¹ Corte Constitucional de Colombia, N° C-1064/2001, de 10 de octubre de 2001.

²² “Por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población –en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”. Corte Constitucional, Sentencia SU-225/1997. En esta sentencia, la Corte ordena a las autoridades estatales adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la vacunación gratuita para prevenir meningitis a niños pertenecientes a sectores históricamente marginados, con base en la cláusula de erradicación de las injusticias presentes. Esta jurisprudencia ha sido reiterada entre otras, en las sentencias: Corte Constitucional de Colombia, N° T-177/1999, de 18 de marzo de 1999; Corte Constitucional de Colombia, N° T-840/1999, de 26 de octubre de 1999; Corte Constitucional de Colombia, N° T-772/2003, de 04 de septiembre de 2003.

²³ “Y, por otra, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos”. Corte Constitucional de Colombia, N° C-671/2002, de 20 de agosto de 2002.

1.2. Progresividad

Al abordar el tema de la progresividad, la Corte Constitucional comienza recordando que las obligaciones del Estado pueden tener una dimensión positiva y una negativa respecto de un mismo derecho, cualquiera sea su categoría²⁴.

Las medidas positivas pueden requerir de cierta gradualidad en su implementación. En dicho caso, hay ciertas condiciones que el Estado deberá satisfacer. En primer lugar, el Estado deberá tener en consideración las necesidades de los sectores más desaventajados de la sociedad, esto es, no podrá ser “indiferente” ante esta realidad²⁵. En segundo lugar, en sus políticas públicas, programas y planes, el Estado deberá adoptar medidas que le permitan avanzar en el cumplimiento de sus obligaciones prestacionales²⁶. En tercer lugar, la Corte señala dos consecuencias de este proceso: la primera es que el Estado, si bien puede comprometer recursos progresivamente, debe hacerlo a través de un proceso racional, “que estructure una política pública susceptible de ser implementada” y, por tanto, debe demostrar seriedad en el compromiso adquirido; y la segunda, si dicho compromiso se ha adquirido a través de leyes, las personas podrán recurrir ante los tribunales a objeto de cumplir con dicha promesa²⁷.

²⁴ “Ahora bien, en un Estado social de derecho los deberes de las autoridades anteriormente mencionados no se circunscriben a los derechos llamados de segunda generación. Por el contrario, en determinadas circunstancias el goce efectivo del derecho a la vida en condiciones de dignidad y de otras libertades básicas puede depender de acciones positivas de las autoridades para garantizar la dimensión prestacional de tales derechos y libertades. Tales acciones positivas, cuando están dirigidas a responder a las necesidades de muchas personas, pueden desarrollarse progresivamente para garantizar la efectividad de la faceta programática y prestacional de un derecho constitucional, siempre que los mínimos de satisfacción hayan sido asegurados a todos”. Corte Constitucional de Colombia, N° T-025/2004, de 22 de enero de 2004, párr. 8.1.

²⁵ “En primer lugar, la progresividad se predica del goce efectivo del derecho y por lo tanto, no justifica excluir grupos de la sociedad de la titularidad del mismo. En la medida en que ciertos grupos sociales, por sus condiciones físicas, culturales o socioeconómicas, sólo pueden gozar plenamente de una prestación amparada por un derecho si el Estado adopta políticas que comprometen recursos públicos y exigen medidas de orden administrativo, el carácter progresivo de estas prestaciones impide que el Estado sea completamente indiferente a las necesidades de tales grupos puesto que ello equivaldría a perpetuar su situación de marginamiento, lo cual es incompatible con los principios fundamentales en que se funda una democracia participativa”. Corte Constitucional de Colombia, N° T-025/2004, de 22 de enero de 2004, párr. 8.2.

²⁶ “En segundo lugar, la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos”. Corte Constitucional de Colombia, N° T-025/2004, de 22 de enero de 2004, párr. 8.2.

²⁷ “En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio *racional* que estructure

Sobre el rol de los jueces en las políticas prestacionales del Estado, la Corte se pronuncia en pos de un rol activo de los jueces. Señala la Corte que:

“Cuando el Estado omite sin justificación constitucionalmente aceptable tomar medidas frente a la marginación que sufren algunos miembros de la sociedad, y se verifica que la inhibición viola un derecho constitucional fundamental, la función del juez será no la de reemplazar a los órganos del poder público incursos en la abstención, sino la de ordenar el cumplimiento de los deberes del Estado”²⁸.

Atendidas estas consideraciones, la Corte Constitucional determina algunos criterios que deben acompañar la ejecución progresiva de los derechos²⁹; transparencia, seriedad y coherencia:

“La transparencia exige que se hagan públicas las prestaciones que serán garantizadas así como los responsables de cumplir lo jurídicamente establecido. La seriedad demanda que cuando una política sea articulada en un instrumento jurídico, como una ley o un decreto, se respete la fuerza normativa, no política ni retórica, de dicho instrumento y por lo tanto se definan los alcances de los derechos reconocidos y se precise el contenido de las correspondientes obligaciones estatales. La coherencia apunta a que exista concordancia entre, de un lado, lo que “promete” el Estado y, de otro lado, los recursos económicos y la capacidad institucional para cumplir lo prometido, máxime si las promesas se han transformado en normas jurídicas. La coherencia exige que si el Estado crea un derecho prestacional específico por vía de una ley, prevea que debe contar con los recursos para garantizar su goce efectivo y con la capacidad institucional para atender la demanda de servicios generada por la creación de ese derecho específico”³⁰.

Un elemento importante en esta materia y que la Corte se encarga de recalcar, es el efecto que tienen estas obligaciones en el conjunto del aparato estatal. Cuando las políticas de progresividad dicen relación con el cumplimiento de obligaciones vinculadas con derechos fundamentales, surgen obligaciones para todos los poderes del Estado, incluido el Poder Judicial. A juicio de la Corte, el hecho de que ciertas

una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas. Así, cuando tales compromisos han sido plasmados en leyes y representan medidas indispensables para asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales, los interesados podrán exigir por vía judicial el cumplimiento de las prestaciones correspondientes”. Corte Constitucional de Colombia, N° T-025/2004, de 22 de enero de 2004, párr. 8.2.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, N° T-025/2004, de 22 de enero de 2004, párr. 8.2.

²⁹ “El avance progresivo de los derechos, tal como lo ha señalado esta Corporación, se garantiza mediante procesos de ejecución compleja de los mandatos superiores, que están sujetos a una serie de criterios constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por la autoridades tanto al diseñar como al ejecutar la política”. Corte Constitucional de Colombia, N° T-025/2004, de 22 de enero de 2004, párr. 8.2.

³⁰ Corte Constitucional de Colombia, N° T-025/2004, de 22 de enero de 2004, párr. 8.3.1.

políticas públicas tengan por objeto el goce de derechos fundamentales, permite al juez de tutela ordenar el respeto de los criterios de racionalidad que deben guiar toda medida tendiente al cumplimiento de obligaciones prestacionales. Este control judicial comprende, asimismo, asegurar la coherencia entre las obligaciones establecidas democráticamente —a través de las leyes— y los recursos destinados a su cumplimiento³¹.

Este es un punto que me parece especialmente relevante. La Corte determina que el control judicial es legítimo debido a que las políticas públicas están dirigidas a cumplir con obligaciones en materia de derechos fundamentales. Por tanto, todos los órganos deben cumplir con sus obligaciones y, dentro de los órganos obligados, está el Poder Judicial. Además, se derivan consecuencias normativas de los criterios que antes ha establecido en materia de progresividad en las políticas públicas. En efecto, si las políticas públicas que implementan obligaciones prestacionales deben ser coherentes, parece legítimo y necesario el control que realice la autoridad judicial y, para cumplir tal objetivo, deberá entrar a determinar dicha coherencia en el caso concreto. Esto puede llevar a controlar la toma de decisiones, su racionalidad y la implementación de las mismas, incluida la presupuestaria. De esta forma, el control judicial de las políticas públicas será parte del esquema de toma de decisiones y de su implementación. Ello no supone suplir al Poder Legislativo ni sustituir al administrativo, sino por el contrario, implica verificar que la voluntad legislativa se lleve a la práctica y controlar su implementación. Esto puede llevar a la dictación de órdenes tendientes al cumplimiento de las obligaciones por parte de los diferentes órganos del Estado vinculados por este proceso.

Por otra parte, la Corte es consciente de que en algunos casos la coherencia entre lo prometido y lo posible es difícil de lograr. También en esta situación habrá que cumplir con ciertos requisitos:

“En algunas circunstancias puede ser imposible lograr, aun en el mediano plazo, esa coherencia. De constatarse que ello es así, es necesario ajustar lo prometido a lo realizable, lo cual podría representar la adopción de una medida que reduzca el alcance de la protección previamente establecida. Sin embargo, dicha medida debe cumplir estrictos requisitos, en especial asegurar los mínimos de satisfacción del derecho limitado y no desconocer las áreas prioritarias que tienen mayor impacto sobre la población”³².

³¹ “Ahora bien, cuando las autoridades competentes que conocen las características de un problema social, adoptan instrumentos jurídicos o promueven su expedición por el Congreso de la República, y tales instrumentos jurídicos no articulan una política pública cualquiera, sino que propenden por el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales, el juez de tutela puede ordenar que se respeten los criterios de racionalidad mínima anteriormente señalados. Ello puede implicar que se asegure la coherencia entre lo jurídicamente ordenado por normas adoptadas por los órganos competentes y los recursos necesarios para cumplir lo ordenado”. Corte Constitucional de Colombia, No T-025/2004, de 22 de enero de 2004, párr. 8.3.1.

³² Corte Constitucional de Colombia, No T-025/2004, de fecha 22 de enero de 2004, párr. 8.3.1.

Aquí surge un elemento importante: los mínimos exigibles. La Corte acepta que en la implementación de políticas públicas destinadas a grupos desaventajados surjan problemas de coherencia entre los objetivos y los medios para conseguirlos. Sin embargo, esta inconsistencia tiene un límite, que está dado por la satisfacción de ciertos mínimos y además, por el establecimiento de ciertas áreas prioritarias de cumplimiento. Asimismo, me parece que esta idea de “mínimos exigibles” permite un buen argumento para que la Corte Constitucional actúe en casos en los que los órganos del Estado encargados de implementar políticas públicas no lo hagan. Los mínimos permitirían una actuación legítima de la Corte en casos de inactividad u omisión de otros poderes del Estado, exigiendo activar la actuación de los órganos en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, sin que por ello se esté atribuyendo competencias ajenas a su mandato constitucional.

Si bien la idea de ciertos mínimos de satisfacción requiere desarrollo por parte de la Corte, ésta permite entender una cuestión vital en materia de derechos fundamentales, cual es, que las restricciones de derechos no pueden implicar su total vulneración. En este caso, ello se traduce en la necesidad de tomar resguardos para garantizar ciertos mínimos que permitan el goce del derecho, aunque no sea en forma plena.

1.3. Evaluación de las políticas públicas

Un tercer elemento interesante que surge de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana es el relativo a las políticas públicas. En el entendido de que para concretar las obligaciones prestacionales del Estado es necesario desarrollar políticas públicas, la Corte ha establecido ciertos criterios que sirven para su evaluación.

Si bien en esta materia el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad, esto no implica la ausencia de control³³. La Corte entiende que la evaluación de toda política pública en este ámbito debe centrarse en dos momentos: el diseño de la política y su etapa de implementación. Los criterios que debe tener presente el Estado a la hora de diseñar e implementar una política pública son:

³³ “El goce efectivo de los derechos de fuerte contenido prestacional —como los derechos sociales— depende de que el Estado cree y mantenga las condiciones para dicho goce y adopte políticas encaminadas a su progresiva realización. Un Estado dispone de un margen amplio de decisión al respecto. Sin embargo, de las obligaciones adquiridas por la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se derivan unos requisitos mínimos plasmados en la Observación General 1 adoptada por el Comité que interpreta dicho Pacto Internacional”. Corte Constitucional de Colombia, N° T-025/2004, de 22 de enero de 2004, párr. 8.3.

“(i) la elaboración y actualización periódica de un diagnóstico de la situación en que son ejercidos y disfrutados tales derechos por la población;

(ii) el diseño de políticas públicas encaminadas a lograr progresivamente la realización plena de tales derechos las cuales han de incluir metas específicas para medir los avances en los plazos fijados;

(iii) la divulgación periódica de los resultados alcanzados y de las medidas correctivas o complementarias con el fin de que los interesados y los actores sociales –incluidas las organizaciones no gubernamentales– participen en la evolución de las políticas públicas pertinentes y se identifiquen las fallas, dificultades o circunstancias que inhiben la plena realización de los derechos con miras a su revisión o a la elaboración de nuevas políticas públicas más apropiadas”³⁴.

En su análisis, la Corte Constitucional utiliza los estándares del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁵ relativos a los alcances de las obligaciones que asumen los Estados al momento de ratificar el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966. La Corte Constitucional concluye que hay cuatro criterios aplicables a todo derecho prestacional:

“[P]rimero, prohibición de discriminación (por ejemplo, no se podría invocar la insuficiencia de recursos para excluir de la protección estatal a minorías étnicas o partidarios de adversarios políticos);

segundo, necesidad de la medida, lo cual exige que sean estudiadas cuidadosamente medidas alternativas y que éstas sean inviables o insuficientes (por ejemplo, se han explorado y agotado otras fuentes de financiación);

tercero, condición de avance futuro hacia la plena realización de los derechos de tal forma que la disminución del alcance de la protección sea un paso inevitable para que, una vez superadas las dificultades que llevaron a la medida transitoria, se retome el camino de la progresividad para que se logre la mayor satisfacción del derecho (por ejemplo, señalando parámetros objetivos que, al ser alcanzados, reorientarían la política pública en la senda del desarrollo progresivo del derecho); y

cuarto, prohibición de desconocer unos mínimos de satisfacción del derecho porque las medidas no pueden ser de tal magnitud que violen el núcleo básico de protección que asegure la supervivencia digna del ser humano ni pueden empezar por las áreas prioritarias que tienen el mayor impacto sobre la población. Pasa la Corte a definir tales mínimos”³⁶.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, N° T-025/2004, de 22 de enero de 2004, párr. 8.3.2.

³⁵ Observación General N° 1 adoptada por el Comité que interpreta dicho Pacto Internacional, durante el tercer período de sesiones E/1989/22 (1989).

³⁶ Corte Constitucional de Colombia, N° T-025/2004, de 22 de enero de 2004, párr. 8.

Me parece interesante el razonamiento de la Corte Constitucional, ya que permite establecer un claro vínculo entre el diseño/implementación de las políticas públicas referentes a derechos prestacionales y la posibilidad de controlar cada una de estas etapas a partir de las obligaciones constitucionales; legitimando la actividad del control constitucional dentro del diseño institucional.

En definitiva, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es claro que para el Tribunal el contenido de los estándares normativos sobre derechos fundamentales comprende elementos prestacionales. Esta interpretación tiene consecuencias en la implementación del contenido normativo de los derechos, determinando que las políticas públicas pueden ser materia de control constitucional y que en dicho proceso los tribunales con jurisdicción constitucional tienen un importante rol que cumplir.

2. COSTA RICA

La jurisprudencia costarricense ha seguido una tendencia similar a la emprendida en Colombia. En particular, la Sala Constitucional ha generado un importante desarrollo conceptual en el sentido de que la consagración constitucional de los DESC, posibilita extraer obligaciones positivas para los Estados y la adopción de determinadas políticas públicas.

2.1 Acciones positivas y sus fundamentos

En la jurisprudencia costarricense puede reconocerse una tendencia a considerar a los DESC como justiciables y susceptibles de imponer al Estado la realización de ciertos actos positivos.

Resulta interesante una sentencia dictada sobre el tema del derecho que las personas con VIH tienen a un tratamiento financiado por el Estado. La sentencia N° 6096-1997 relativa a esta materia, contiene dos elementos interesantes: la fundamentación del fallo en torno al derecho a la vida y salud y, por otra parte, las consecuencias que tiene para el Estado una prestación que implica involucrar recursos.

La Sala Constitucional parte recordando una sentencia dictada en 1994, donde se estableció por la misma Corte la relevancia del derecho a la vida en el sistema constitucional costarricense y su vínculo con el derecho a la salud³⁷. Además, la

³⁷ “En nuestro caso particular, la Constitución Política en su artículo 21 establece que la vida humana es inviolable y a partir de ahí se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella”. Corte Suprema de Costa Rica, N° 05130-1994, de 7 de septiembre de 1994.

Corte recalca la consagración de este derecho en diversos instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos³⁸.

En segundo lugar, en este caso, la Corte se hace cargo de determinar cuáles son las obligaciones del Estado en materia de seguridad social. Al respecto, cabe destacar la visión crítica de este Tribunal acerca de las medidas adoptadas en el país, para limitar la capacidad financiera de la institución dedicada a la protección social³⁹. El fallo se hace cargo de un argumento clave, en virtud del cual, el incumplimiento de las obligaciones del Estado se debe a su incapacidad financiera, lo que le impediría hacerse responsable de las prestaciones de salud a las que está obligado⁴⁰. A objeto de responder a esta cuestión, la Sala Constitucional se remite a la precitada sentencia de 5130-1994 que, al efecto, señalaba: "...si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, cualquier criterio económico que pretendiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues como ya se indicó sin el derecho a la vida los demás derechos resultarían inútiles".

La Corte concluye reconociendo y afirmando que "...la prestación de efectivo auxilio médico a los enfermos de VIH/Sida es un deber del Estado costarricense, derivado de los conceptos de justicia y solidaridad que impregnan al régimen de seguridad social contenido en la Constitución Política y de la misión que ésta le encomienda a la Caja Costarricense de Seguro Social". Frente al argumento de que una decisión de este tipo traería una crisis de la institución de seguridad social, la Corte señala que "...espera que esta crisis en particular sea más bien el acicate

³⁸ "...la preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de las personas, está presente y señalada como de obligada tutela para el Estado, no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país. Entre ellos, citamos los artículos 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Corte Suprema de Costa Rica, N° 06096-1997, de 26 de septiembre de 1997, considerando I.

³⁹ "El régimen de seguridad social es también, y a no dudarlo, un pilar fundamental del sistema democrático nacional, para el cual existe también una previsión normativa de la más alta jerarquía. Es justamente por ello que la Sala no puede dejar de ver con preocupación como, en el tiempo, se vienen suscitando diversas acciones que –tomadas una a una, y, con mucha más razón, vistas en su conjunto– vienen minando la capacidad de la Caja Costarricense de Seguro Social de asegurar el cumplimiento de su elevada misión, tema que se menciona aquí precisamente porque es relevante a los efectos de lo que aquí se resuelve". Corte Suprema de Costa Rica, N° 06096-1997, de 26 de septiembre de 1997, considerando II.

⁴⁰ "Cabe preguntar, puesto que ha sido planteado en el *sub examine*, si la mayor o menor capacidad financiera del Estado (concretamente, de la CCSS) puede ser argüida valederamente como un óbice que justifique que se desatienda, o se atienda insuficientemente, la cumplida observancia de aquello que constituye la razón misma de ser de la entidad". Corte Suprema de Costa Rica, N° 06096-1997, de 26 de septiembre de 1997, considerando III.

que produzca las nuevas respuestas que esperan los enfermos de VIH/Sida y la sociedad costarricense en general...”⁴¹.

Resulta interesante analizar con mayor detalle la mencionada sentencia 5130-1994. Ésta aborda el tema del acceso a la salud, pero en relación al tratamiento de leucemia y diabetes⁴². En este caso, la Corte Constitucional de Costa Rica señala:

*“En el caso particular de nuestro país, ha sido la Caja Costarricense del Seguro Social la institución llamada a brindar tal servicio público, debiendo en consecuencia instrumentar planes de salud, crear centros asistenciales, suministrar medicamentos, dar atención a pacientes, entre otras cosas, contando para ello no sólo con el apoyo del Estado mismo, sino que además con el aporte económico que realiza una gran parte de la población con las cotizaciones para el sistema”*⁴³.

*“...procede la declaratoria con lugar del presente recurso de amparo, pues la recurrente tiene el derecho al pleno goce de su salud y para ello la CCSS tiene la obligación de proveérsela aun cuando ello implique para esa institución el tener que tomar todas las medidas de ajuste que sean necesarias para conseguir tal fin; quedando claro que esa situación procede solamente en la medida en que la paciente continúe siendo constantemente atendida por un médico, de forma tal que el galeno deberá tener la recurrente sujeta siempre a su supervisión profesional, y tanto las prescripciones de medicamentos como el suministro de los mismos...”*⁴⁴.

A partir de lo anterior cabe señalar que en esta sentencia, la Corte Constitucional, reconoce el carácter prestacional del derecho a la salud y lo vincula con el derecho a la vida, además de manifestar la necesidad de que el Estado adopte medidas positivas que hagan posible el respeto efectivo de este derecho. En este sentido, esta sentencia se estatuye como un precedente de las sentencias venideras, como la anteriormente analizada.

Cabe destacar también un caso de 2003, referente al derecho a la educación. Esta sentencia se basa en un recurso de amparo interpuesto por la madre de una niña de 16 años que ha sido desvinculada de su colegio al quedar embarazada⁴⁵. En este fallo señala la Corte:

⁴¹ Corte Suprema de Costa Rica, N° 06096-1997, de 26 de septiembre de 1997, considerando V.

⁴² Corte Suprema de Costa Rica, N° 5130-1994, de 7 de septiembre de 1994. Citado en: ESPEJO (2009), p. 89.

⁴³ Corte Suprema de Costa Rica, N° 5130-1994, de 7 de septiembre de 1994, considerando 1°. Citado en: ESPEJO (2009), p. 88.

⁴⁴ Corte Suprema de Costa Rica, N° 5130-1994, de 7 de septiembre de 1994, considerando 5°. Citado en: ESPEJO (2009), p. 89.

⁴⁵ Corte Suprema de Costa Rica, N° 05316-2003, de 20 de junio de 2003. Citado en: ESPEJO (2009).

“...el sistema educativo público o privado no debe cohonestar y profundizar su marginación, puesto que se le condena a no educarse (...). Ningún concepto de disciplina u orden interior o ideario de un centro educativo puede superponerse al interés superior del niño y a su derecho a educarse”⁴⁶.

En este caso se acoge el recurso de amparo y se ordena al establecimiento educacional reintegrar a la menor⁴⁷. Por lo tanto, vemos que el derecho a la educación adquiere el carácter de ‘justiciable’ y exige que el Estado asegure que tanto los sistemas públicos como privados de educación no excluyan arbitrariamente a algunos de sus alumnos. Reconocemos asimismo, en esta sentencia, el establecimiento de acciones positivas, como lo es la reincorporación de la menor. Por último, este caso se muestra también como un método efectivo de superar las discriminaciones a las que puede verse enfrentada una menor embarazada y así sobreponerse a la marginación social que produce su condición.

En relación al derecho a un medio ambiente libre de contaminación, la Corte Suprema de Costa Rica ha establecido que de este derecho también nacen obligaciones para el Estado. El caso concreto trata sobre una acción de inconstitucionalidad, impugnando una normativa que regulaba, a juicio de los demandantes, de mala forma la posibilidad de contaminar las aguas; los llamados ‘permisos de vertidos’. La Corte señala respecto de éstos:

“...no existe un derecho a contaminar el agua, sino todo lo contrario, en concordancia con el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano deriva el derecho de todas las personas a que el agua esté libre de contaminantes. Este derecho se traduce en el deber del Estado de velar por la calidad del agua, y en su potestad de sancionar a todo aquel que la contamine”⁴⁸.

En este caso, podemos ver que la Corte deduce del derecho a un medioambiente sano, acciones positivas para el Estado. En la sentencia se señalan: acciones preventivas para proteger el medioambiente; fiscalizadoras, y también sancionatorias contra quien lo vulnere.

Algunas cuestiones interesantes de destacar de estos fallos son: (a) El vínculo directo que hace la Corte entre el derecho a la vida y el derecho a la salud y, en virtud de este vínculo, entiende que la protección a la salud es parte de la obligación que tiene el Estado de proteger el derecho a la vida. Asimismo, es relevante la vinculación que hace la Sala entre derechos prestacionales y el principio de igualdad y no discriminación. (b) Si bien no lo dice expresamente, es claro que la Corte

⁴⁶ Corte Suprema de Costa Rica, N° 05316-2003, de 20 de junio de 2003, párr. 7°. Citado en: ESPEJO (2009), p. 139.

⁴⁷ ESPEJO (2009), p. 139.

⁴⁸ Corte Suprema de Costa Rica, N° 09170-2006, de 28 de junio de 2006, considerando VII.

entiende que la protección del derecho a la vida comprende la adopción de medidas positivas que, en este caso, se traducen en el otorgamiento del tratamiento médico necesario para enfrentar el VIH/Sida con cargo a la institución de seguridad social del Estado. Cuestión que es mucho más clara en la sentencia relativa a la protección del medioambiente. (c) Con su crítica a las medidas tomadas por el Estado que afectan su capacidad financiera, la Sala constitucional establece la obligatoriedad del efectivo respeto de los derechos con fuerte contenido prestacional, a lo menos respecto de ciertos mínimos. Es relevante que la Corte no ceda ante el argumento sobre la imposibilidad financiera de satisfacer el derecho a la vida y que por medio de una ponderación de los principios en conflicto, decida priorizar el resguardo de este derecho. (d) Finalmente, frente al riesgo de afectar a la institución de seguridad social, la Sala es clara en que es función del Estado decidir qué medidas adoptar para adecuar su funcionamiento, de forma tal que pueda continuar con el servicio de seguridad social y a la vez ser capaz de dar respuesta a los requirentes.

2.2 Políticas públicas

La jurisprudencia costarricense también se refiere al alcance que deben tener las políticas públicas que pretendan hacer efectivos los DESC. En un caso muy interesante del año 2004, la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense establece qué debe entenderse por el derecho a la seguridad social. La Corte establece que al concretar el derecho a la seguridad social en ciertas políticas públicas, éstas deben cumplir con ciertos mínimos:

“Este derecho supone que los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos de manera que garantice la asistencia y brinde las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad para preservar la salud y la vida. El ámbito subjetivo de aplicación del derecho de la seguridad social incorpora el principio de universalidad, pues se extiende a todos los ciudadanos, con carácter de obligatoriedad. El ámbito objetivo parte del principio de generalidad, en tanto protege situaciones de necesidad, no en la medida en que éstas hayan sido previstas y aseguradas con anterioridad, sino en tanto se produzcan efectivamente. Además, incorpora los principios de suficiencia de la protección, según módulos cuantitativos y cualitativos y de automaticidad protectora, lo que se traduce en la adecuada e inmediata protección en materia de enfermedad, invalidez, vejez y muerte. (...) El respeto a este derecho impide a la Caja Costarricense de Seguro Social hacer exclusiones arbitrarias en relación con la cobertura del seguro de salud, pues cualquier tipo de discriminación en ese sentido, significaría desconocer los principios que integran el Derecho a la Seguridad Social, y vaciarlo de su contenido mínimo”⁴⁹.

⁴⁹ Corte Suprema de Costa Rica, N° 08013-2004, de fecha 21 de julio de 2004. En el mismo sentido anterior, señala la Corte Suprema, en otro caso: “...modernamente, el Estado, debe asumir un papel activo en el

Claramente, el carácter universal que se le atribuye a este derecho permite establecer, en este caso, que se ha afectado el derecho del demandante, ya que al limitar su seguro de salud se ha omitido el deber de universalidad que debe haber en esta materia. Además, otorga criterios que deben adoptarse en políticas públicas de esta naturaleza, tales como, la imposibilidad de discriminar.

En el mismo sentido, se pronunció la Sala Constitucional de Costa Rica el año 2006, respecto de la política pública que debe adoptar el Estado respecto a estudiantes con alguna discapacidad:

“En este caso en concreto, es evidente que existe una inercia del Estado no solo por haber retrasado la incorporación de los estudiantes con discapacidad a las aulas regulares (...) sino también por su ineficiencia en el control y seguimiento que se hace respecto de los centros educativos privados en cuanto a su obligación de insertar dentro de sus planes de estudio y organización interna, políticas de no discriminación y de inclusión para personas con discapacidad (...) debe ser un objetivo prioritario del Estado que tiene la obligación de adoptar los mecanismos que sean necesarios para eliminar progresivamente las barreras que limitan a las personas con discapacidad el ejercicio de su derecho a una vida independiente. Ese objetivo es de obligado cumplimiento para el Estado pues implica construir una sociedad para todas las personas, sin distinción alguna y donde puedan desarrollarse desempeñando un papel activo e independiente...”⁵⁰.

En este caso se acoge el recurso interpuesto y se ordena establecer una adecuación curricular conforme a las condiciones personales del afectado. Además se señala que: “[p]roceda el señor L.G.R. Ministro de Educación Pública a reglamentar debidamente, en un plazo de hasta cuatro meses, contado a partir de la notificación de esta resolución, las condiciones de ingreso y permanencia de personas con discapacidad en los centros de enseñanza públicos y privados, de manera que se garantice su acceso a la Educación de conformidad a los parámetros internacionales y nacionales fijados al efecto”⁵¹.

Claramente, en este caso vemos cómo la Corte ordena la adopción de determinadas políticas públicas en relación a la materia y no una genérica imposición de acciones positivas en torno al caso concreto. Por otra parte, también podemos ver que se reconoce el principio de progresividad, al señalar que deben eliminarse las barreras que tienen los discapacitados para acceder a la educación progresivamente.

aseguramiento del entorno de vida adecuado para las personas. Es en el ámbito de esta nueva concepción del papel del Estado para organizar a la sociedad, que nacen los derechos de la segunda generación y con ellos el derecho de la persona a percibir una pensión, siempre que se cumplan determinadas exigencias formales”. En, Corte Suprema de Costa Rica, N° 01584-1999, de 3 de marzo de 1999.

⁵⁰ Corte Suprema de Costa Rica, N° 14904-2006, de 10 de octubre de 2006, considerando VI.

⁵¹ *Ídem*.

Por último, estas sentencias demuestran cómo una concepción adecuada respecto a la efectividad de los DESC puede generar cambios en las políticas públicas que permitan superar discriminaciones que tradicionalmente sufren determinados grupos importantes de personas en situación de discriminación y exclusión.

3. PERÚ

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano también ha reconocido una visión integral de los DESC, entendiendo que su concreción constitucional genera obligaciones concretas para el Estado.

3.1 *Acciones positivas y sus fundamentos*

En primer lugar, cabe destacar una interesante sentencia de 2003, en donde el Tribunal Constitucional peruano define qué debe entenderse por derechos sociales:

“De manera que los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados incluso como deberes de solidaridad que involucran no sólo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad”⁵².

Podemos ver que el Tribunal Constitucional entiende que los derechos sociales son garantías exigibles ante el Estado y significan obligaciones para éste⁵³. En esta sentencia queda claro que se reconoce el contenido complejo de los derechos

⁵² Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 2945-2003-AA, párr. 13. Citado en: LANDA (2010), p. 173.

⁵³ En este mismo sentido, otra sentencia del Tribunal Constitucional define a una de las dimensiones de ‘lo social’: “...como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi ‘natural’, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren con el bienestar de todos los ciudadanos”. Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 0048-2004-AI, de 1° de abril de 2005, párr. 16. Citado en: LANDA (2010), p. 174. En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano: “11. Los poderes públicos, en general, tienen un *deber especial de protección* de los derechos fundamentales de la persona. Tal deber de protección exige la actuación positiva de aquéllos. Tratándose de órganos administrativos, tal función comprende todas aquellas *actuaciones positivas* que la Constitución o las leyes le atribuyen para la protección de los derechos fundamentales, tanto frente a actos del propio Estado como respecto a los provenientes de particulares. En consecuencia, si un órgano administrativo omite el cumplimiento de la actuación positiva destinada a la protección de derechos fundamentales de la persona frente a actos del propio Estado o de particulares, habrá incurrido en la omisión de su deber de protección de derechos fundamentales y, en consecuencia, los habrá afectado. Como se aprecia, la lesión de derechos fundamentales del órgano administrativo tiene lugar aquí no como consecuencia de una acción, sino por la ‘omisión’ de una actuación positiva”, Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 05637-2006-AA, de 12 de abril de 2007.

fundamentales y se pone énfasis en la importancia de que los DESC cobren efectividad.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado concretamente sobre esta materia en la causa 2016-2004-AA/TC. En este caso se interpuso una acción de amparo contra el Estado peruano, solicitando que se otorgue tutela a los derechos constitucionales a la vida y a la protección integral a la salud de una persona con VIH/Sida. Se solicitaba que el Estado proveyera de medicamentos al demandante y la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral; ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiera.

El Tribunal parte su análisis resolviendo su competencia material. La acción de amparo en el Perú no protege derechos económicos, como el derecho a la salud, por tanto en principio el tribunal no podía conocer de este caso. Sin embargo, el Tribunal señala –siguiendo expresamente a la Corte Constitucional colombiana en esta materia– que si bien está comprometido directamente el derecho a la salud, en el fondo lo que está en juego es la vida de la persona que padece de la enfermedad y, por lo tanto, es competente para conocer de la acción de amparo por esta vía indirecta⁵⁴. El Tribunal analiza, en primer lugar, la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales y los vincula con el principio de un “Estado social y democrático de Derecho”, que inspira a la Constitución peruana. Señala el Tribunal que “...el logro de estas condiciones materiales mínimas de existencia requiere la intervención del Estado y de la sociedad en conjunto”, y que estas “exigencias” implican “...el derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución”⁵⁵. A continuación aclara la exigibilidad de estos derechos en los siguientes términos: “[N]o se trata, sin embargo, de meras

⁵⁴ “Si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales formalmente establecidos en el artículo 2° de la Constitución, y más bien se le reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los artículos 7° y 9° de la Carta, este Colegiado, al igual que nuestro similar colombiano, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho acentúa su carácter fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo (STC N° T- 499, Corte Constitucional de Colombia)”. Tribunal Constitucional de Perú, N° 2016-2004-AA/TC, de 05 de octubre de 2005, considerando V. En otra sentencia más reciente del Tribunal Constitucional, se establece también esta relación entre derecho a la vida y derecho a la salud: “Así el derecho a la salud podrá ser exigido vía proceso de amparo cuando se encuentre vinculado de forma directa e inmediata con otros derechos fundamentales (el derecho a la vida, a la integridad física, etc...)”. En, Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 03599-2007-AA, de 03 de noviembre de 2007, párr. 2. En el mismo sentido: Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 2945-2003-AA, de 20 de abril de 2003, párr. 28. Citadas en: LANDA (2010), pp. 175-176.

⁵⁵ Ambas citas corresponden al fundamento 9 de la sentencia analizada.

normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos”⁵⁶. Concluye su análisis señalando, “...entonces, los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución”⁵⁷.

El segundo paso que da el Tribunal Constitucional es establecer el vínculo entre el derecho a la salud alegado y el derecho a la vida. Señala que a la luz de la noción de un “Estado social y democrático de Derecho”, el derecho a la vida “no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado”⁵⁸. Señala más adelante: “[L]a salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida; y la vinculación entre ambos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida”⁵⁹. Garantizar el derecho a la salud implica una obligación positiva del Estado tendiente a “una inversión en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, así como la puesta en marcha de políticas, planes y programas en ese sentido”⁶⁰.

Habiendo establecido la obligación prestacional del Estado, el Tribunal debe resolver la cuestión que plantea la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, cuyo tenor es: “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”. Para resolver esta cuestión el Tribunal recurre a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y señala:

“La Undécima Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se dispongan para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos el derecho a la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede

⁵⁶ Tribunal Constitucional de Perú, N° 2016-2004-AA/TC, de 05 de octubre de 2004, párr. 10 (cursiva en el original).

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 12.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 25.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 27.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 27.

*eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas*⁶¹.

Este razonamiento le permite concluir que:

“Conforme lo hemos venido señalando a lo largo de esta sentencia, los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, como se ha subrayado en los fundamentos anteriores, ya que ello devendría en una omisión constitucional.

*Es necesario, entonces, recomendar acciones concretas al Estado para la satisfacción de estos derechos, sea a través de iniciativas legislativas o de ejecución de políticas, como se ha podido observar en el caso de autos, en que el Ministerio de Salud viene implementando acciones concretas para la ejecución del Plan de Lucha contra el Sida*⁶².

A partir de esta conclusión, el Tribunal declara fundado el amparo y ordena una serie de acciones concretas que deberán realizar las autoridades de salud en beneficio del demandante y otros enfermos en su misma situación⁶³.

Otro caso en el cual el Tribunal Constitucional interpreta que se deduce la obligación de realizar acciones positivas por parte del Estado, es en materia de derecho de educación:

*“Naturalmente esta protección especial [protección del niño] implica primeramente la obligación de permitirle ingresar a un centro educativo, así como que se adopten todas las medidas necesarias y oportunas destinadas a impedir que ‘nadie se vea impedido de recibir educación adecuada’ por razón de su situación económica o de las limitaciones mentales o físicas. Evidentemente, se incumple este deber especial, por ejemplo, cuando el Estado a través de sus órganos y funcionarios competentes, niega a un menor la posibilidad de continuar sus estudios, sin existir motivos razonables para ello*⁶⁴.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 36.

⁶² *Ibidem*, párr. 38.

⁶³ El tribunal resuelve: “Ordenar que se considere al recurrente en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/Sida por parte del Ministerio de Salud, lo que incluirá la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante Cayetano Heredia y bajo su responsabilidad”; “Exhortar a los poderes públicos a que cumplan con lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el Sida” y “Ordenar que la dirección del hospital tratante dé cuenta a este Tribunal, cada 6 meses, de la forma como viene realizándose el tratamiento del recurrente”. Tribunal Constitucional de Perú, N° 2016-2004-AA/TC, de 05 de octubre de 2004.

⁶⁴ Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 00052-2004-AA, de 1° de septiembre de 2004, párr. 3. Citado en LANDA (2010), p. 189.

Se establece en este caso que el Estado tiene ciertos deberes que cumplir respecto de los menores de edad, dentro de los cuales está asegurar que reciban educación. En atención a lo anterior es que se exige al Estado que adopte las medidas necesarias para que nadie sea privado de este derecho. Claramente, en este caso vemos cómo mediante la protección efectiva del derecho a la educación de los menores de edad se pueden superar situaciones discriminatorias que afectan a un grupo vulnerable como es el de los niños.

Resulta interesante también un caso relativo a la protección del medio ambiente, en donde se establece por el Tribunal Constitucional que el Estado debe realizar acciones positivas que permitan a todas las personas gozar de un medio ambiente sano:

“...el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la persona supone la exigencia de condiciones mínimas que el Estado no sólo está obligado jurídicamente a establecer estas condiciones mínimas de modo técnico, sino, adicionalmente, a respetarlas y a asegurar el respeto de los demás agentes sociales. Para ello, el Estado determina una serie de actividades reguladoras imponiendo estándares mínimos, pero, además, se compromete a desplegar una serie de actos tendentes a asegurar esos estándares mínimos y, como resulta evidente, a no vulnerar los mismos ni permitir su vulneración como resultado de la actividad de terceros”⁶⁵.

En materia de derecho al medio ambiente, el Tribunal Constitucional le exige al Estado que realice ciertas acciones que regulen su afectación, incluso se pone de manifiesto el deber de acción que tiene ante terceros que pretendan afectarlo. En otros casos se ha planteado que el Estado tiene el deber de preservar el medio ambiente, lo que implica que se mantenga el medioambiente en condiciones adecuadas para su disfrute⁶⁶.

⁶⁵ Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 03448-2005-AA, de 1º julio de 2005, párr. 4. Citado en: LANDA (2010), p. 191.

⁶⁶ “El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute”. En: Tribunal Constitucional, N° STC 00048-2004-AI, 1º de abril de 2005, párr. 17. Citado en: LANDA (2010), p. 193. También se ha señalado respecto al derecho a un medioambiente: “En su dimensión prestacional, impone al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, luego, no sólo supone tareas de conservación, sino que también de prevención de daños de ese ambiente equilibrado. Por la propia naturaleza del derecho dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, especial relevancia tiene la tarea de preservación...”. En: Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 09340-2006-AA, de 29 de noviembre de 2007, párr. 2. Citado en: LANDA (2010), p. 194. En el mismo sentido anterior: Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 03048-2007-AA, de 09 de noviembre de 2007, párr. 8. Sobre el doble carácter del derecho de medioambiente, positivo y negativo, ver: Tribunal Constitucional, N° STC 04223-2006-AA, de 02 de junio de 2007, párrs. 5 y 6. Ambas citadas en: LANDA (2010), pp. 195-196.

En este grupo de sentencias destacan los siguientes elementos: (a) la concepción del Tribunal de los derechos con contenido prestacional como derechos exigibles y con eficacia directa. (b) La vinculación o conexión entre el derecho a la salud y el derecho a la vida. (c) La referencia al principio de progresividad basado en las normas internacionales en materia de DESC. (d) El énfasis que pone el Tribunal Constitucional en las medidas positivas que debe adoptar el Estado para garantizar el pleno goce y ejercicio de estos derechos.

3.2 Políticas públicas

Resulta interesante un caso de 2008 relativo al tratamiento del derecho a la salud mental, en el cual, el Tribunal Constitucional no sólo ordena la realización de ciertas medidas positivas, sino que considera la necesidad de que se adopte una política pública en materia de salud mental, señala:

“El Estado debe crear las condiciones para asegurar a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad mental, que incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud mental preventivos, curativos y de rehabilitación. En este punto resulta importante destacar que el Ministerio de Salud no ha incluido los trastornos mentales dentro de la cobertura del Seguro Integral de Salud (...). Por esta razón, este Tribunal considera que el Ministerio de Salud, en cumplimiento y tutela de los mandatos de optimización contenidos en los artículos 1 y 7 de la Constitución, tiene que ampliar e incluir dentro de la cobertura del Seguro Integral de Salud a los trastornos mentales”⁶⁷.

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional critica la actual política pública en materia de salud y ordena un cambio a este respecto, en donde se incluyan las enfermedades mentales dentro de la cobertura general de salud, además de disponer de servicios públicos de salud mental con el personal médico capacitado⁶⁸, otorgar los tratamientos y medicamentos adecuados por el plazo que sea necesario⁶⁹ y, plantea también, la necesidad de que se fomente la salud mental a fin de evitar discriminaciones hacia este sector de la población⁷⁰. Particularmente señala el Tribunal en este caso, que el Estado deberá diseñar determinadas políticas públicas:

⁶⁷ Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 024-2008-AA, párr. 16 a. Citado en: LANDA (2010), p. 178.

⁶⁸ “El Estado debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios de salud mental (...). Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobado...”. *Ibidem*, párr. 16 b.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 16 c y d.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 16 f.

“El Estado debe diseñar políticas, planes y programas de salud mental dirigidos a mejorar y reducir el impacto de las enfermedades mentales en la sociedad (...). El Estado tiene el deber de regular y fiscalizar a las instituciones que prestan servicio de salud mental...”⁷¹.

Resulta interesante también un caso de 2007, que trata sobre el derecho a la salud que tienen los privados de libertad. El tribunal constitucional establece a este respecto que es el Estado quien tiene la responsabilidad sobre la salud de los internos y, por ello, debe proporcionar una adecuada y oportuna atención médica⁷². Considerando lo anterior señala:

“Asimismo, ante esta situación, el Estado debe asumir una política pública que no sólo esté orientada a velar por la salud de las personas reclusas, sino que también a que las condiciones en las que se cumple la condena se condigan con la dignidad de la persona y terminen afectando otros derechos fundamentales”⁷³.

El Tribunal Constitucional no sólo contempla las políticas públicas, estableciendo la necesidad de éstas para dar efectividad al derecho involucrado (salud), sino que incluso plantea un control activo de las mismas sugiriendo cambios en dichas políticas. Además, se establecen medidas concretas para el cumplimiento efectivo de estas políticas para lo cual otorga importantes estándares para una debida implementación. Por último, el Tribunal Constitucional toma en consideración la especial condición de vulnerabilidad de los privados de libertad, para determinar que es necesaria una política pública que considere estas circunstancias particulares.

3.3 Progresividad

En uno de los casos anteriormente tratados (STC 024-2008-AA), el Tribunal Constitucional peruano toma en consideración el principio de progresividad de los DESC, desarrollado por el derecho internacional de derechos humanos. Señala al respecto que el principio de progresividad:

“...obliga al Estado a aumentar progresivamente la satisfacción del derecho a la salud mental y proscribe su retroceso en los avances obtenidos. En mérito de ello, este Tribunal considera que resultaría inconstitucional que el Estado recorte o limite el ámbito de protección del derecho de salud mental, o que aumente sustantivamente los requisitos exigidos

⁷¹ *Ibidem*, párr. 16 g y h.

⁷² Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 05408-2007-HC, de 27 de noviembre de 2007, párr. 10. Citado en: LANDA (2010), p. 182.

⁷³ *Ibidem*, párr. 10.

*para acceder al servicio de salud mental, o que disminuya los recursos públicos destinados a la satisfacción de este derecho*⁷⁴.

El Tribunal cita el artículo 26 de la Convención Americana y el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. A partir de estas normas establece cuáles son las acciones que el Estado no puede realizar en el tratamiento de las políticas públicas relativas a la salud mental de la población. Considera que lo lógico sería un aumento progresivo de los recursos a utilizar en esta materia y bajo ninguna consideración sería admisible realizar un recorte de gastos. El tratamiento que se le otorga al caso permite apreciar cómo una visión que le otorga efectividad a los derechos fundamentales permite avanzar en la superación de la discriminación hacia determinados sectores de la población.

También en materia de educación, el Tribunal Constitucional ha dejado entrever que lo adecuado sería entender al sistema educativo como un servicio público que mejore progresivamente:

*“...el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos...”*⁷⁵.

En este caso se considera el derecho a la educación como un servicio público y, como tal, tiene ciertos objetivos y desafíos a superar, dentro de los cuales se reconocen la cobertura y la calidad de la educación⁷⁶.

Sobre el principio de progresividad de los derechos con contenido prestacional, el Tribunal Constitucional peruano pone especial énfasis en el tema de la no regresividad como un límite efectivo a la discrecionalidad de la autoridad en materia de políticas públicas. Además, pone de manifiesto que la progresividad no sólo dice relación con aspectos cuantitativos, sino que también cualitativos o de calidad de los servicios entregados para el cumplimiento de la garantía de derechos humanos.

⁷⁴ Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 024-2008-AA, párr. 16 d. Citado en: LANDA (2010), p. 179.

⁷⁵ Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 04232-2004-AA, de 03 de marzo de 2005, párr. 11. Citado en: LANDA (2010), p. 188.

⁷⁶ Resulta interesante también, cómo en materia de educación el Tribunal Constitucional peruano ha señalado los objetivos que debe cumplir el proceso educativo. Reconoce contenidos que debieran guiar el lineamiento de la política pública en esta materia. Se han destacado: “a. Promover el desarrollo integral de la persona. El proceso educativo debe contribuir a la plena formación intelectual, moral, psicológica y física de las personas. b. Promover la preparación de la persona para la vida y el trabajo. El objetivo del proceso educativo es que la persona pueda insertarse plenamente en la sociedad, y que, por ende pueda crecer y progresar como ser humano (...) c. El desarrollo de la acción solidaria. La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común para las personas adscritas a un entorno social...”. En, Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 04232-2004-AA, de 03 de marzo de 2005, párr. 11. Citado en: LANDA (2010), p. 188.

4. ARGENTINA

Por último, también la jurisprudencia argentina ha reconocido la efectividad y justiciabilidad de los DESC. Fundamentalmente, se ha considerado que generan obligaciones positivas para el Estado y el deber de adoptar ciertas políticas públicas.

4.1. Las obligaciones positivas y su fundamentación

En Argentina, existe una tendencia jurisprudencial que se mantiene hace ya varios años, en virtud de la cual los tribunales de justicia han reconocido la exigibilidad de los DESC y la necesidad de que el Estado realice acciones positivas para su resguardo.

El caso “Menores comunidad Paynemil”⁷⁷ conocido por la Corte de Apelaciones de Neuquén en 1997, resulta sumamente interesante. Consiste en una acción de amparo interpuesta a favor de los niños que conforman esta comunidad indígena, para efectos de exigir que el Estado les provea agua potable, realice todas las medidas necesarias para impedir que sigan consumiendo agua contaminada y les proporcione las atenciones necesarias para el resguardo de su salud.

Este fallo es confirmado en segunda instancia y se condena al Poder Ejecutivo a: “i) provisión por el término de dos días de 250 litros de agua por habitante, ii) asegurar en el plazo de 45 días la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio conducente a tal fin, iii) poner en funcionamiento en el plazo de siete días las acciones tendientes a determinar si existen daños por contaminación de metales pesados en los habitantes y, en caso afirmativo, la realización de los tratamientos necesarios para su curación y, iv) tomar las previsiones necesarias para asegurar la preservación del medio ambiente de la contaminación”⁷⁸.

Lo anterior se establece considerando que ha existido la falta de un actuar oportuno por parte del Estado, afectándose los derechos de salud y medio ambiente de los demandantes⁷⁹.

Resulta interesante también estudiar un caso del año 2000, en el que la Suprema Corte argentina hizo un vínculo directo entre el derecho a la vida, el derecho a la salud y las obligaciones prestacionales del Estado. Este caso trata sobre la petición de medicamentos y tratamiento por parte de personas afectadas por el VIH/Sida.

⁷⁷ Cámara de Apelaciones de Neuquén, N° 311-CA-1997, de 19 de mayo de 1997. Citada en: IIDH (1999), p. 69.

⁷⁸ *Ídem*.

⁷⁹ IIDH (1999), pp. 69-70. En el mismo sentido, Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, N° 46-99, de 02 de marzo de 1999. Citado en: IIDH (1999), p. 83.

Para resolver el caso la Corte, en primer lugar, vincula el derecho a la salud con el derecho a la vida en los siguientes términos:

“Que esta Corte desde sus inicios entendió que el Estado Nacional está obligado a ‘proteger la salud pública’ (Fallos: 31:273) pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida que es ‘el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.’ (Fallos: 302:1284; 310:112). Así entendió que en el Preámbulo de la Constitución Nacional ‘ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse con prioridad indiscutible la preservación de la salud’ (Fallos: 278:313, considerando 15)”⁸⁰.

A continuación, señala que el derecho a la salud, luego de la reforma constitucional de 1994, que elevó la jerarquía de ciertos tratados de derechos humanos a rango constitucional, es un derecho fundamental garantizado por la Constitución⁸¹. A continuación, analiza las cuestiones de competencia que presentaba el caso, esto es, a qué repartición pública le correspondía asumir los costos⁸². Para concluir, la Suprema Corte establece:

“Que de ello es dable concluir razonablemente que para que el tratamiento sea adecuado debe suministrarse en forma continua y regular, máxime si se tiene en cuenta los riesgos que comporta la interrupción del suministro de medicamentos para la salud de los enfermos que padecen las consecuencias del virus VIH/Sida”⁸³.

Y por tanto,

“Que, en tales condiciones, resulta fundado el reproche que el a quo imputa al Estado Nacional al señalar que incurrió en una conducta omisiva, consistente precisamente en no dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos –en forma regular, oportuna y continua– a aquellos enfermos que padecen las consecuencias de este mal que se encuentren registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país”⁸⁴.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación Benghalensis”, N° A 186 XXXIV, de 1° de junio de 2000, considerando 9°.

⁸¹ *Ibidem*, considerando 10°.

⁸² Aquí la cuestión era que la ley respectiva (23.798) es genérica en cuanto al destinatario de la obligación, ya que habla del Estado Nación y por tanto, esta es una cuestión relevante en el caso de un Estado federal como el argentino (ver, *Ibidem*, considerandos 12°, 13°, 16°, 17° y 18°, principalmente).

⁸³ *Ibidem*, considerando 14°.

⁸⁴ *Ibidem*, considerando 15°. También existen sentencias anteriores a ésta, que ya establecieron la exigibilidad del derecho de salud. En el caso *Alcalá* se establece por la Cámara Nacional de lo Contencioso Administrativo que el Estado tiene el deber de entregar, regular y otorgar oportunamente los medicamentos contra el Sida. En, Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, N° 20408/97, de 9 de marzo de 1998. En

Al igual que en otros fallos analizados en este estudio, es interesante destacar el vínculo que hacen los tribunales superiores argentinos entre los derechos involucrados (salud y vida), las obligaciones positivas que emanan de éstos y la irrelevancia de quién asume los costos en este tipo de cuestiones, cuando es el Estado el destinatario de una obligación prestacional.

4.2 Políticas públicas

Respecto a la implementación de políticas públicas, resulta interesante el caso “*Viceconte*”⁸⁵ de 1998. En éste, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal conoce de un amparo colectivo, en el que se planteaba que la interrupción de la fabricación de una vacuna dirigida a erradicar una enfermedad endémica, constituía una violación del derecho a la salud. La demandante actuaba en representación de alrededor de 3.500.000 personas, expuestas potencialmente al contagio de la fiebre hemorrágica argentina. La Cámara de Apelaciones acogió el recurso y ordenó al Estado adoptar medidas para desarrollar la producción de la vacuna, además de establecer determinados mecanismos que aseguraran que el proceso se cumpliría⁸⁶. En este caso se exige por el Tribunal la restitución de una política pública que había sido eliminada, al considerarse que es el medio necesario para conseguir el resguardo del derecho a la salud de los posiblemente afectados. De hecho, el proceso administrativo duró 10 años, hasta que fue posible realizar la vacunación a la población⁸⁷.

Resulta interesante destacar algunos de los párrafos más relevantes de la sentencia:

“Los llamados ‘derechos sociales’ establecidos en el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna y señalados en las Declaraciones y Pactos supra referidos tienen un carácter muy diferente al de las libertades tradicionales. Estos ‘derechos sociales’ –entre los que indudablemente se encuentra el derecho a la salud– no constituyen ya para los individuos un derecho de actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado cuando éste hubiera organizado el servicio”⁸⁸.

“Que, en tales condiciones, corresponde hacer lugar, en este aspecto, a la acción de amparo impetrada y, en consecuencia, ordenar al Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social– que cumpla estrictamente y sin demoras, con el cronograma cuya copia se

el mismo sentido: Cámara Nacional de lo Contencioso Administrativo, N° 9022/97, de 21 de octubre de 1997. Ambas citadas en: IIDH (1999), p. 72.

⁸⁵ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Exp. N° 31777/1996, de 02 de junio de 1998. Citado en: ABRAMOVICH y PAUTASSI (2008), pp. 261-282.

⁸⁶ Se analiza este caso en: ABRAMOVICH y PAUTASSI (2008).

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, N° 31777/1996, de 02 de junio de 1998, párr. VIII.

encuentra agregada a fs. 359, responsabilizando en forma personal a los Ministerios de Salud y Acción Social y de Economía y Obras y Servicios Públicos –en sus respectivas áreas de competencia–, y obligando asimismo, a los organismos a su cargo al cumplimiento de los plazos legales y reglamentarios”⁸⁹.

Por otra parte, resulta interesante analizar cómo ha ido variando la postura de la Corte Suprema de Argentina respecto al derecho a la seguridad social. En Argentina existe un sistema de pensiones que está sujeto a cierta movilidad, ya que es el poder legislativo quien debe definir el método para reajustarlas. En el caso “Badaro”⁹⁰ de año 2006, siguiendo la lógica del caso “Sánchez”⁹¹, la Corte Suprema establece que este aspecto debe ser definido bajo ciertos límites:

“...el artículo 14 bis de la Constitución Nacional garantiza la movilidad de las jubilaciones dejando librada a la prudencia legislativa la determinación del método. Sin embargo, ha advertido que la reglamentación debe ser razonable y no puede desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde a la posición que tuvieron en su vida laboral”⁹².

Resulta interesante la vinculación que se realiza entre el derecho a una pensión y la necesidad de asegurar un nivel de vida mínimo. Además, este aspecto guía la política pública que a juicio de la Corte Suprema debe adoptarse hacia un determinado sentido. Al respecto, señalan Abramovich y Pautassi: “...la Corte no sólo asegura la operatividad de la garantía de movilidad, sino que contribuye a restaurar y recomponer el derecho a la seguridad social, desmantelando los dispositivos jurídicos que permitan condicionar su ejercicio a la mera disponibilidad de recursos presupuestarios del Estado”⁹³. En este entendido, la sentencia tiene influencia en las

⁸⁹ *Ibidem*, párr. XVII.

⁹⁰ Corte Suprema de Argentina, N° B 675 XLI, 08 de agosto de 2006. Citado en: ABRAMOVICH y PAUTASSI (2009), p. 19.

⁹¹ Corte Suprema de Argentina, N° S 2758 XXX VI, 28 de agosto de 2005. En: ABRAMOVICH y PAUTASSI (2009), p. 18.

⁹² Corte Suprema de Argentina, “BADARO, Adolfo Valentín”, N° B 675 XLI, 08 de agosto de 2006. Citado en: ABRAMOVICH y PAUTASSI (2009), p. 19.

⁹³ ABRAMOVICH y PAUTASSI (2009), p. 20. Otro caso en el cual la Corte Suprema de la Nación también fija políticas públicas, esta vez en materia carcelaria, es en “Verbtsky”. En este caso establece un marco general para la formulación de políticas públicas que ayuden a superar la sobrepoblación carcelaria y el abuso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires, además de establecer un mecanismo participativo para determinar este tipo de políticas. Corte Suprema de Argentina, “Caso VERBITSKY, Horacio”, N° V 99 XXXII, de 03 de mayo de 2005. Citado en: ABRAMOVICH y PAUTASSI (2009), p. 64. En otro caso, de carácter medioambiental, la Corte Suprema determinó que se había vulnerado el derecho a un medioambiente, estableciendo como medidas positivas, deberes de información a diversas empresas, además de imponerle al Estado el desarrollo de un plan integrado basado en el principio de progresividad y también ordenó la creación de un mecanismo de supervisión en el cual debiera tener participación la comunidad civil. En: Corte Suprema de Argentina, “caso Mendoza, Beatriz”, N° M 2172 XLI, de 20 de junio de 2006. Citado en: ABRAMOVICH y PAUTASSI (2009), p. 66.

políticas públicas del Estado, al establecer cuáles son los mínimos que debe cumplir la modalidad propuesta por el Poder Legislativo.

De esta forma, es posible observar que en este campo la jurisdicción constitucional argentina pone de relieve el vínculo entre las políticas públicas y las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos e impone límites muy concretos al establecimiento normativo de estos derechos.

III) LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA COMO UNA FORMA DE CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO Y COMO UNA FORMA DE DOTAR DE EFICACIA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La jurisprudencia constitucional analizada nos permite algunas reflexiones acerca de la forma en que está planteada la cuestión de la justiciabilidad de los derechos humanos con un fuerte contenido prestacional. En primer lugar, destaca la concepción de estos derechos como derechos exigibles y respecto de los cuales el Estado está obligado, al menos, a adoptar medidas positivas que permitan el cumplimiento de ciertos mínimos para su goce y ejercicio por parte de la ciudadanía. En segundo lugar, es posible ver que los tribunales constitucionales también han considerado como una vía útil para la protección de los derechos con fuerte contenido prestacional, usar derechos civiles y políticos, en particular aquellos derechos que cuentan con una mejor protección institucional, como el derecho a la vida y el principio de igualdad y no discriminación. En tercer lugar, es interesante el contenido muy concreto que se ha otorgado al principio de progresividad, tanto en su fase positiva (avances en pos del cumplimiento de ciertos mínimos de satisfacción de derechos) como en su alcance de abstención (políticas de no regresividad). Por último destaca que estos derechos con un fuerte contenido prestacional contemplan obligaciones positivas para el Estado, en particular, vinculadas con las políticas públicas necesarias para satisfacer dichos derechos prestacionales, lo que permite a los tribunales con competencia constitucional revisar políticas públicas e incluso proponer medidas para que sean adoptadas por las autoridades competentes.

Esta interpretación acerca de la forma en que pueden judicializarse los derechos con fuerte contenido prestacional, es concordante con la que han hecho los órganos internacionales, tanto del sistema interamericano como de Naciones Unidas, que apunta hacia una obligación de contenido complejo, que no sólo obliga al Estado a no incurrir en violaciones directas, sino que también lo obliga a adoptar medidas positivas. Podemos concluir que el conjunto de las obligaciones establecidas internacionalmente son compatibles con una visión compleja de derechos, como la desarrollada por la jurisprudencia constitucional en Latinoamérica, anteriormente analizada.

Por otra parte, esta interpretación de la justiciabilidad de los DESC permite cumplir con un segundo objetivo de gran importancia en materia de derechos hu-

manos: dar efectividad a la protección de dichos derechos, esto es, servir para el fin con el que fueron establecidos. La efectividad en materia de derechos fundamentales no puede estar limitada por la no afectación directa de estos derechos por parte del Estado, sino que necesariamente implica adoptar ciertas medidas para hacer cierto su pleno goce y ejercicio. Una interpretación restrictiva en esta materia (que mire sólo el componente de abstención en materia de derechos fundamentales) lleva al incumplimiento de uno de los objetivos que tiene la consagración de los derechos fundamentales, cual es, lograr su pleno goce y ejercicio en una sociedad democrática entendida como una empresa colectiva de cooperación. Este objetivo sólo es posible en la medida que se remuevan los obstáculos que pueden impedir la realización de estos objetivos. Por tanto, la efectividad está vinculada directamente con una visión compleja del contenido de los derechos fundamentales. Lo que supone también que las medidas para cumplir con dichas obligaciones prestacionales deben reunir requisitos que permitan alcanzar el fin perseguido y, además, estas medidas deben ser objeto de un real control democrático.

IV) LA DISCUSIÓN EN CHILE Y ALGUNOS EJEMPLOS ESPERANZADORES

Luego de analizar la jurisprudencia constitucional comparada en materia de DESC, revisaré de forma breve e ilustrativa la situación de los derechos sociales en Chile y la factibilidad de su resguardo efectivo. En ningún sentido pretendo abordar en profundidad esta problemática en el país, sino solamente plantear la posibilidad que existe de adoptar en Chile una tendencia similar a la ya revisada, y ver cuáles podrían ser las señales existentes que apuntan hacia este posible cambio.

La Constitución chilena establece que los “derechos que emanan de la persona humana” son un límite para la soberanía y que es deber del Estado “respetar y promover [los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana]... garantizados... [por la Constitución] así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”⁹⁴.

En cuanto a su estructura⁹⁵, se puede afirmar que en el texto constitucional tiene una fundamentación *iusnaturalista*⁹⁶ (artículos 1º, inciso 1º, 5º inciso 2º y 19 de la

⁹⁴ Distintos autores han tratado el tema. (MEDINA, 1996, pp. 27-84; NOGUEIRA, 1993, pp. 55 y ss). Una versión actualizada del debate en MEDINA y NASH (2003), pp. 17-102.

⁹⁵ Un excelente estudio sobre la historia constitucional chilena en RUIZ-TAGLE (2006), pp. 79-143. Para un análisis detallado en materia de derechos fundamentales, ver RUIZ-TAGLE (2001), pp. 179-199.

⁹⁶ Quien mejor representa y explica esta visión es el profesor Alejandro Silva Bascuñán, ver SILVA (1997), pp. 139-140. En el mismo sentido, J.L. CEA nos señala que “el Poder Constituyente asume una concepción afín con el Derecho Natural, según la cual los derechos y deberes del hombre emanan de la dignidad que es intrínseca a la naturaleza de la persona”. CEA (2004), p. 56.

Constitución⁹⁷) y consagra los derechos fundamentales, básicamente, como límites al Estado, antes que obligaciones de actuación. El catálogo de derechos no recoge plenamente los derechos de participación (por ejemplo, hay una consagración formal del derecho a sufragio, pero las estructuras de poder no reflejan una igualdad de impacto mínima⁹⁸) y en cuanto a los derechos sociales, en materias de salud, educación y trabajo, los derechos son tratados principalmente como libertades (de elección) y no como derechos de prestación por parte del Estado⁹⁹.

Los derechos de igualdad los encontramos consagrados en el derecho de igualdad ante la ley, artículo 19, numerales 2 y 3; en la igualdad de formulación del derecho y trato, en los numerales 17, 20 y 22, y en manifestaciones de una cierta igualdad de hecho, en el numeral 18 en materia de prestaciones de seguridad social. Manifestaciones de derechos de igualdad, ahora como mandatos de organización del aparato del Estado, pueden ser encontradas en los numerales 9,¹⁰⁰ 10¹⁰¹ y 11¹⁰², relativos a la protección de la salud y el derecho a la educación. Estos numerales

⁹⁷ Artículo 1º, inciso 1º: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Artículo 5º, inciso 2º, primera parte: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas”.

⁹⁸ Entendemos por igualdad de impacto, siguiendo a DWORKIN, la “diferencia que puede establecer por sí solo votando o eligiendo a favor de una decisión en vez de a favor de otra”. DWORKIN (2003), p. 210.

⁹⁹ Una visión especialmente aguda y crítica sobre las deficiencias del catálogo de derecho, en RUIZ-TAGLE (2006c), pp. 104-126.

¹⁰⁰ Artículo 19, N° 9: “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

“Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

“Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

“Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

¹⁰¹ Artículo 19, N° 10: “La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

“Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

“El Estado promoverá la educación parvularia.

“La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

“Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación”.

“Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”.

¹⁰² Artículo 19, N° 11: “La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”.

permiten ejemplificar la tesis de que los derechos fundamentales establecidos en el texto constitucional a través de su artículo 19 son básicamente derechos de libertad. En efecto, dos de los derechos que son clásicamente conceptualizados como derechos de igualdad de facto –como la salud y la educación– se establecen en el texto constitucional chileno como mandatos de organización y actuación del Estado. Por otra parte, estos últimos derechos no son exigibles directamente mediante recurso, como sí ocurre con las normas vinculadas a las libertades negativas. La excepción la encontramos en el inciso tercero del numeral 10, que establece claramente un derecho a la educación gratuita.

En cuanto a la garantía jurisdiccional, la Constitución establece la protección de los derechos a través de un mecanismo procesal (recurso de protección, Art. 20¹⁰³) que si bien es una innovación para Chile en materia de garantías, tiene limitaciones estructurales en cuanto a su procedencia, tramitación e interpretación.

Sin perjuicio de estos problemas en materia de derechos fundamentales, tanto normativos como de práctica, es posible sostener que ninguno de estos elementos es un obstáculo insalvable para una efectiva protección de los derechos con contenido prestacional en Chile. A continuación, presentaré algunos argumentos sobre las posibilidades que da el texto constitucional y algunos ejemplos recientes que dan esperanzas de posibles interpretaciones adecuadas en materia de derechos prestacionales.

Respecto de las obligaciones del Estado, la Constitución chilena consagra una norma que nos parece central, el Art. 6° sobre las “bases de la institucionalidad”¹⁰⁴. Este artículo establece expresamente la obligación de todos los órganos del Estado de adecuar su actuar a las normas constitucionales, dentro de las cuales se

¹⁰³ Artículo 20: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

“Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada” (este inciso fue agregado en la reforma 2005).

¹⁰⁴ Art. 6°: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

“La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

encuentran no sólo las normas del Art. 19 (que contempla el catálogo de derechos constitucionales), sino que también las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (Art. 5º). Además, a partir de lo dispuesto en el artículo 1º (incisos 1 y 4), en relación con los Arts. 5º y 6º de la Constitución, se puede extraer la conclusión de la obligatoriedad de las normas internacionales; tanto de los derechos sustantivos como de las obligaciones generales (respeto y garantía). En efecto, el artículo 1º del texto constitucional¹⁰⁵ consagra la visión de los seres humanos como “libres e iguales en dignidad y derechos”, también establece el deber del Estado de dar “protección” a la población, “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” y “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Esto nos permite elaborar un razonamiento integral de las normas en el siguiente sentido: el Estado debe “proteger” a las personas y crear condiciones de vida con pleno respeto a los derechos fundamentales (Art. 1º); los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” son un límite para el ejercicio de la soberanía y los órganos del Estado deben “respetar y promover” los derechos que están garantizados por la Constitución, como aquellos que se encuentran en el articulado de los tratados internacionales ratificados por Chile (Art. 5º), y dichas obligaciones comprometen a todos los órganos del Estado. Por tanto, la conclusión necesaria es que las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales no son sólo de abstención, sino que también obligaciones positivas. Dependerá del análisis de cada derecho, determinar el contenido normativo concreto de la obligación del Estado.

En virtud de esta visión compleja de las obligaciones del Estado, es importante revisar si estas posibilidades hermenéuticas han sido recogidas por nuestros tribunales superiores con competencia constitucional.

¹⁰⁵ Art. 1º: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Si bien el Tribunal Constitucional chileno ha tenido una tendencia a interpretar restrictivamente los derechos consagrados constitucionalmente, debe mencionarse que a partir de un fallo de 2008 se aprecia una apertura hacia una interpretación adecuada de las obligaciones prestacionales del Estado¹⁰⁶. En el conocimiento de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad¹⁰⁷, este Tribunal argumentó acerca de las obligaciones que surgen para el Estado en materia de derechos prestacionales (concretamente, el derecho a la salud) y estableció el carácter normativo y no meramente programático de la Constitución, en particular, de su parte dogmática. Lo anterior representa un avance central en el desarrollo jurisprudencial chileno, ya que dotar de un contenido normativo a las bases de la institucionalidad es la puerta de entrada para su aplicación directa en la resolución de casos contenciosos.

El Tribunal Constitucional chileno, parte analizando el derecho a la igualdad consagrado en el Art. 1º de la Constitución en relación con los derechos consagrados en el Art. 19 del mismo cuerpo normativo (considerando 22). Vincula en la sentencia el principio de la “dignidad” con los derechos públicos subjetivos, particularmente, los derechos a la vida, integridad física y a la protección de la salud (considerando 23). Luego, el Tribunal señala cuáles son las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales y, en base en los Arts. 1º y 5º de la Constitución, afirma la existencia de la obligación de asegurar los derechos, protegerlos y promoverlos (considerando 24). Vinculado con lo anterior, señala que de conformidad con lo preceptuado en el Art. 6º de la Constitución —que consagra la primacía de los principios y normas constitucionales— la conclusión anterior obliga a todos los agentes del Estado (considerando 25).

Respecto de la fuerza vinculante de los derechos sociales, el Tribunal señala que, la:

“...amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica” (considerando 26). Luego agrega en el mismo sentido: “resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando (...) que poner en duda su ‘practi-

¹⁰⁶ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 976-2008, de 26 de junio de 2008.

¹⁰⁷ A partir de la reforma constitucional de 2005, de acuerdo con lo preceptuado en el Art. 82, el Tribunal Constitucional puede: “6º. Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución. El Tribunal conocerá estos asuntos en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría, pudiendo ordenar la suspensión del procedimiento”. Anteriormente dicho recurso lo conocía la Corte Suprema.

cabilidad' de realización, es una idea confusa, porque esa 'reserva de lo posible', a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización" (considerando 27).

Concretamente, sobre el derecho a la salud señala que "...el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea" (considerando 29). Sobre la conexión del derecho a la protección de la salud con otros derechos, señala: "...esta magistratura no puede dejar de enfatizar que el derecho a la protección de la salud, en cuanto derecho social en los términos antes explicados, se halla sustancialmente ligado a otros atributos esenciales asegurados en nuestro Código político, v. gr. el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir al ordenamiento la legitimidad ya aludida" (considerando 32). Concluye el tribunal:

"...siendo la Carta fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente ..." (considerando 34).

Por último, cabe destacar que en materia de fuerza normativa de la Constitución, el Tribunal Constitucional señala: "[Q]ue lo expresado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella" (considerando 35).

De esta forma, en este fallo, el Tribunal Constitucional hace una interpretación de los derechos prestacionales coherente con una visión normativa de la Constitución y que permite la efectividad de los derechos fundamentales, lo que representa un avance respecto de lo que ha sido la jurisprudencia del Tribunal en materia de derechos fundamentales a la fecha.

En este mismo sentido se ha manifestado la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁰⁸, en una sentencia posteriormente confirmada por la Corte Suprema¹⁰⁹, ambas

¹⁰⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 8826-2009, de 10 de noviembre de 2009.

¹⁰⁹ Corte Suprema de Chile, Rol N° 8513-2009, de 26 de noviembre de 2009.

del 2009. El caso trata sobre el acceso al derecho a la salud, que le fue denegado a una paciente con cáncer en el servicio de salud público, por no existir recursos suficientes para tratar a personas que tengan un estado avanzado de la enfermedad. En la argumentación de la Corte se vincula el derecho a la salud con la vulneración del derecho a la vida, así, la Corte:

“...estima que se vulnera el derecho a la vida de la recurrente, protegido constitucionalmente, desde que encontrándose a disposición de las autoridades de salud los medios que contribuyan al tratamiento médico que se le proscribió, se le niegan esos por consideraciones que no aparecen debidamente fundamentadas ni concordantes con la tutela a la vida, de por sí, indivisible, desde que no resulta posible concebir que se pueda escoger –para el otorgamiento de los remedios– entre aquellos que tienen una mayor posibilidad de éxito con el tratamiento y los que tienen menores posibilidades, teniéndose además presente que los esfuerzos que puedan desplegarse para proteger la vida humana deben ser lo óptimo de lo posible, lo que no parece ser el caso en la especie”¹¹⁰.

La anterior sentencia muestra cómo, mediante la judicialización de los derechos sociales y su vinculación con otros derechos civiles, se puede controlar la actividad del Estado, en este caso, respecto a las políticas públicas relativas a tratamientos de salud de alto costo. La Corte de Apelaciones establece que la negativa de otorgar estos medicamentos, constituyó una afectación ilegítima a los derechos de la víctima, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud.

Reafirma lo establecido en el caso anterior, otra sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago¹¹¹ confirmada por la Corte Suprema¹¹², ambas también del 2009. Estas sentencias tratan sobre un recurso de protección interpuesto por la requirente, ya que el servicio de salud público no le otorgó el medicamento que necesitaba para tratar un cáncer de mamas. El razonamiento es muy similar al anterior:

“Que la extremada gravedad del cáncer que padece la recurrente doña Patricia Elena Vásquez Ibáñez, consta de los hechos consignados en el motivo séptimo, apareciendo, además, de los antecedentes, que una mejor calidad de vida y una mayor sobrevida de la actora depende del pronto suministro del medicamento Herceptin, razón por la cual esta Corte estima que el deber del Estado de Chile en materia de salud y el efectivo acatamiento de las garantías constitucionales de los derechos a la vida, integridad física y protección de la salud, independiente de si las normas reglamentarias contemplan o no el medicamento indicado como uno de aquellos que pueda utilizarse en el tratamiento del cáncer, obligan

¹¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 8826-2009, de 10 noviembre de 2009, considerando 6°.

¹¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7766-2009, de 24 de noviembre de 2009.

¹¹² Corte Suprema de Chile, Rol N° 9317-2009, de 18 de enero de 2010.

a proporcionar los medios para procurar el tantas veces citado medicamento, toda vez que lo que se está resolviendo es la mayor o menor sobrevida que pueda tener la recurrente, por lo que no le merece duda a esta Corte que debe proporcionársele el medicamento Herceptin, en cuanto le va a permitir sobrellevar el grave cáncer que la afecta en mejores condiciones, aspirando a una sobrevida mayor”¹¹³.

En este caso, vemos que los Tribunales superiores reconocen al derecho a la salud un fuerte carácter prestacional, que puede ser efectivamente exigido ante órganos jurisdiccionales. Nuevamente se vincula este derecho al derecho a la vida y a la integridad física, dando cuenta de la ineludible vinculación que existe entre éstos y, de la efectividad de su utilización como medio para hacer justiciable el derecho a la salud.

En cuanto a la garantía jurisdiccional de los derechos con fuerte contenido prestacional, es interesante una sentencia de 2009, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago¹¹⁴ y confirmada por la Corte Suprema¹¹⁵ que, resolviendo una acción de protección de derechos constitucionales, determinó que la situación en la que se encontraban 22 personas privadas de libertad en una cárcel en la capital de Chile (Centro Penitenciario Colina II), constituía una violación de derechos constitucionales y que la autoridad debía adoptar medidas efectivas para superar dicha situación.

La Corte de Apelaciones, antes de resolver el caso, dispuso que uno de sus Ministros visitara sin previo aviso la cárcel para constatar la situación de las celdas de castigo y entrevistarse con los reclusos. En base a dicha visita, la Corte resolvió que los internos se encontraban en condiciones deplorables e inhumanas, incompatibles con la Constitución Política de la República y no justificables ante ninguna clase de pena. Constató la falta de aseo de las celdas, con literas de cemento, sin abrigo suficiente, sin baño externo ni acceso a agua corriente. Además, constató la falta de alimentación adecuada y las lesiones en los cuerpos de los internos. Por último, señaló la existencia de hacinamiento y la carencia de salidas al aire libre.

Para la Corte de Apelaciones dichas condiciones vulneraban el derecho a la seguridad individual consagrado en el artículo 21 de la Constitución¹¹⁶, com-

¹¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7766-2009, de 24 de noviembre de 2009, considerando 12°.

¹¹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2154-2009, de 31 de agosto de 2009.

¹¹⁵ Corte Suprema de Chile, Rol 6243-2009, de 7 de septiembre de 2009.

¹¹⁶ El artículo 21 de la Constitución señala:

“Artículo 21. Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

prometiéndolo también el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de las personas¹¹⁷.

En seguida, la Corte se pronuncia acerca de la situación de Gendarmería (unidad encargada de los recintos penitenciarios en Chile) y de los reclusos, señalando que si bien entendía la falta de personal y de recursos económicos para materializar las garantías antes señaladas, esto no era excusa que justificara las condiciones de los internos, en cuanto éstas estaban por debajo del mínimo humanamente aceptable. Señala, asimismo, que no se observa progreso de ninguna naturaleza desde la última visita. También agrega que Gendarmería tiene asignada una función específica de reinserción social de los sentenciados, lo cual supone el respeto de sus derechos. Se refiere en este punto, a las normas del reglamento penitenciario que atribuye este deber a Gendarmería y que reconoce que fuera de los derechos perdidos y limitados con la prisión o condena, la condición jurídica de los internos es idéntica a la de los ciudadanos libres, sin poder ser sometidos a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Finaliza señalando que:

“...si su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres, y si los presos que cumplen condena no pueden ser sometidos a tratos inhumanos, puede concluirse que, en sus actuales circunstancias, jamás podrá lograrse de los reclusos esa reinserción social de rango legal tan elocuente como la que, teniendo su fuente en la Constitución Política de la República, tiene su derivado desarrollo en el referido Ordenamiento Carcelario. El castigo inhumano del recluso, aun temporal, es contrario a toda esperanza de reinserción”¹¹⁸.

La Corte de Apelaciones acoge el recurso, ordenando al Centro de Cumplimiento Penitenciario Colina II adoptar todas las medidas necesarias para la implementación de recursos financieros, humanos y materiales que fueren menester, con el objeto de otorgar a los internos, incluidos los aislados en celdas de castigo,

“Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

“El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

¹¹⁷ El artículo 19 N°1 consagra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 1°. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”.

¹¹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2154-2009, de 31 de agosto de 2009, considerando 13°.

un lugar digno con su calidad de persona humana. Además, se le impone el deber informar dentro de los 30 días siguientes a la comunicación de la sentencia, sobre los cambios efectivos que en favor de los internos en aislamiento y castigo se hubieren adoptado.

La Corte Suprema confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

Sin duda, esta es una resolución muy relevante, ya que implica un cambio en la forma de interpretar el contenido de la acción constitucional de protección de los derechos fundamentales y, en particular, se abre a la posibilidad de exigir medidas prestacionales a la autoridad para enfrentar estos casos.

Por último, una mediática sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el año 2010¹¹⁹ es la que cierra este grupo de fallos nacionales, que en su conjunto, conforman una tendencia esperanzadora en materia de justiciabilidad de los DESC. En ésta, el Tribunal Constitucional analiza una acción de inconstitucionalidad que tiene por objeto impugnar una norma reglamentaria que era la encargada de determinar la regulación de los precios de planes de salud en las instituciones privadas de previsión de salud. Esta forma de determinar los precios, a juicio de los requirentes resultaba discriminatoria y atentatoria a los derechos de salud y previsión social, al utilizar como factores de riesgo el sexo o la edad de los usuarios.

En este caso se reconoce que los derechos sociales se han consolidado no sólo en su dimensión normativa, sino que también en su garantía positiva (considerando 95)¹²⁰. Luego, al analizar el derecho a la salud, se establece que éste está enraizado a una serie de convenciones internacionales sobre la materia, como el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales; incluso cita una opinión del Comité respectivo (considerando 113). El tribunal destaca, asimismo, que el control de ‘las acciones relacionadas con la salud’ está en manos del Estado y su implementación debe estar sujeta a reserva legal (considerando 123). Por otra parte, sobre el contenido del derecho a la seguridad social y el derecho a la salud, señala:

“Que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, Nº 9º) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, Nº 18º). Así, en primer lugar, el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el

¹¹⁹ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1710-2010, de 6 de agosto de 2010.

¹²⁰ “Que los derechos fundamentales sociales no sólo se han consolidado en su establecimiento normativo y en su garantía positiva, sino que en el actual debate jurisdiccional constitucional se discute su justiciabilidad, precisamente a partir de casos de revisiones judiciales del derecho a la salud acaecidos en varios países”. Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1710-2010, de 6 de agosto de 2010, considerando 95.

*Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos*¹²¹.

Particularmente, aplicando los contenidos revisados al caso que es de su conocimiento, señala:

*“El seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre. Por otra parte, dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años, que no tiene justificación racional y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución”*¹²².

En este caso se recoge una visión sobre el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, que permite hacer exigible su contenido en una instancia judicial. Por otra parte, resulta interesante el desarrollo argumentativo realizado, ya que analiza cada uno de los derechos involucrados (igualdad, salud y seguridad social) —definiendo su contenido y alcance— para luego considerarlos en su conjunto vulnerados. Esta sentencia claramente es acorde con la tendencia emprendida por aquellas anteriormente analizadas.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Al comienzo de este estudio se planteó como objetivo central revisar las nuevas tendencias que parte de la jurisprudencia latinoamericana concibe en materia de justiciabilidad de los DESC. Como hemos visto, en nuestra región existe un cuerpo de jurisprudencia que frente al debate sobre la justiciabilidad de estos derechos, adopta una posición, en virtud de la cual, entiende que estos son derechos y que generan obligaciones prestacionales exigibles al Estado.

Establecida la exigibilidad, podemos concluir que una de las principales herramientas a través de la cual la jurisprudencia ha tornado exigibles los derechos prestacionales, es mediante la conexión entre los derechos civiles o políticos, que cuentan con una mejor protección normativa, y el derecho social involucrado, para así otorgarle efectividad al resguardo de este último. Pudimos ver la recurren-

¹²¹ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1710-2010, de 6 de agosto de 2010, considerando 131.

¹²² Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1710-2010, de 6 de agosto de 2010, considerando 145.

te utilización de la relación entre el derecho a la salud y derecho a la vida, para efectos de considerar vulnerado el primero o también una referencia constante al principio de igualdad y no discriminación para hacer justiciable los derechos sociales involucrados. Por otra parte, las sentencias analizadas recurren al principio de progresividad con un contenido dual (acción y omisión), para controlar la actividad del Estado en aquellos casos en que no sea posible la plena exigibilidad de los derechos con fuerte contenido prestacional. Finalmente, es una constante en la jurisprudencia analizada el control de las políticas públicas destinadas a la satisfacción de los derechos prestacionales, teniendo especial cuidado de no invadir competencias de otros órganos del Estado.

También podemos concluir que la jurisprudencia constitucional analizada permite al Estado, no sólo cumplir de buena fe con sus compromisos internacionales sino que, además, otorgar efectividad a los derechos sociales.

Por último, queda claro de la reseña efectuada que aún en sistemas normativos pensados dentro de una visión restrictiva de los derechos humanos (de orden liberal decimonónica), el aporte jurisprudencial está dando pasos que permiten una relectura de los textos constitucionales, y así plantear su reconfiguración en aras de dotar a los derechos humanos de efectividad en el ámbito constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor (2006): “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, en *Revista de la CEPAL* (Nº 88 abril), pp. 35-50.
- ABRAMOVICH, Víctor, y COURTIS, Christian (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid, Editorial Trotta).
- ABRAMOVICH, Víctor, y PAUTASSI, Laura (2008): “El derecho a la salud en los tribunales: Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”. [fecha de consulta: 29 de junio de 2010] Disponible en: <http://www.scielo.org.ar/>
- ABRAMOVICH, Víctor, y PAUTASSI, Laura (2009): *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos* (Buenos Aires, Editores del Puerto).
- ATRIA, Fernando (2004): “¿Existen los derechos sociales?”, en *Discusiones: Derechos Sociales* (Nº 4), pp. 15-59.
- BERNAL, Carlos (2005): “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en BERNAL, Carlos, *El derecho de los derechos* (Bogotá, Universidad de Externado de Colombia), pp. 17-35.
- CEA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), tomo II.

- COURTIS, Christian (2006): “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en COURTIS, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (Buenos Aires, Editores del Puerto-CEDAL-CELS).
- CRISTI, Renato (2006): “Carl Schmit y la destrucción del constitucionalismo chileno”, en CRISTI, Renato, y RUIZ-TAGLE, Pablo, *La república en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago, Lom Ediciones).
- DOWRKIN, Ronald (2003): *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad* (Barcelona, Editorial Paidós).
- DUGUIT, León (1975): *Las transformaciones del Derecho* (Buenos Aires, Editorial Heliasta).
- ESPEJO, Nicolás (2009): *Manual sobre justiciabilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica*. (Santiago, Red Iberoamericana de Jueces, Oxfam Chile, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales).
- GARGARELLA, Roberto (2004): “Derecho y disociación. Un comentario a ¿Existen los derechos sociales? de Fernando Atria”, en *Discusiones* (Nº 4), pp. 61-70.
- IIDH (1999): *Los derechos económicos, sociales y culturales. Un desafío impostergable* (San José, IIDH).
- LANDA, César (2010): *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Lima, Editorial Palestra).
- LOEWENSTEIN, Karl (1982): *Teoría de la Constitución* (Barcelona, Editorial Ariel).
- MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel, y SIGAL, Martín (2005): *Las acciones colectivas* (Buenos Aires, Editorial LexisNexis).
- MEDINA, Cecilia (1996): “El derecho internacional de los derechos humanos”, en MEDINA, Cecilia, y MERA, Jorge, *Sistema jurídico y derechos humanos* (Santiago, Cuadernos de análisis jurídicos, Serie publicaciones especiales Nº 6, Universidad Diego Portales).
- MEDINA, Cecilia, y NASH, Claudio (2003): *Manual de derechos humanos para defensores públicos* (Santiago, Centro de documentación Defensoría Penal Pública).
- NOGUEIRA, Humberto (1993): “Los derechos humanos en el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5º de la Constitución chilena”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (Santiago, Serie Seminarios Nº 27, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales).
- NOGUEIRA, Humberto (2009): “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales* (Año 7. Nº 2-2009, Universidad de Talca), pp. 143-205.

- NOWAK, Manfred (2003): *Introduction to the International Human Rights Regime* (The Netherlands, Martinus Nijhoff).
- PECES-BARBA, Gregorio (1999): *Curso de derechos fundamentales, Teoría General*. (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado).
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2001): “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, en *Revista de Derecho Público* (Santiago, volumen N° 63, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), pp. 179-199.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2006): “El constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia”, en CRISTI, Renato, y RUIZ-TAGLE, Pablo, *La república en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago, Lom Ediciones).
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2006b): “La influencia de Carl Schmit en Chile”, en CRISTI, Renato, y RUIZ-TAGLE, Pablo, *La república en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago, Lom Ediciones).
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2006 c): “Entre el iusfundamentalismo y la democracia”, en CRISTI, Renato, y RUIZ-TAGLE, Pablo, *La república en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago, Lom Ediciones).
- SILVA BASCUÑÁN, Antonio (1997): *Tratado de Derecho Constitucional: La Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica).

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 1*, adoptada por el Comité que interpreta dicho Pacto Internacional, durante el tercer período de sesiones, publicada en E/1989/22 (1989).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”*, (1990).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 9, La aplicación interna del Pacto* (1998).

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- “*Instituto de Reeducción del Menor*” Vs. *Paraguay* (2004), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 septiembre 2004, serie C N° 112, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.
- Comunidad Indígena Yakye Axa* Vs. *Paraguay* (2005), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 junio 2005, serie C N° 125, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

Baldeón García Vs. Perú (2006), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 abril 2006, serie C Nº 147, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

ACEVEDO BUENDÍA y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú (2009), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 julio 2009, serie C Nº 198, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

Colombia

Antonio Barrera Carbonel (1997, Corte Constitucional de Colombia, Nº SU-225-97, 05 mayo 1997 (acción de tutela), en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Manuel José Duque Arcila contra el Ministerio de Justicia y el INPEC (1998), Corte Constitucional de Colombia, Nº T-153-98, 28 abril 1998 (acción de tutela), en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

X contra la Secretaría de Salud Pública Municipal de Cali (1999), Corte Constitucional de Colombia, Nº T-177-99, 18 marzo 1999 (acción de tutela), en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Juan Pablo Escobar contra Secretaría de Salud (1999), Corte Constitucional de Colombia, Nº T-840-99, 26 octubre 1999 (acción de tutela), en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Armando José Soto Hernández contra el artículo 2º de la Ley 628 de 2000 (2001), Corte Constitucional de Colombia, Nº C-1064-01, 10 octubre 2001 (demanda de inconstitucionalidad), en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Fabio Arciniegas Rodríguez contra el artículo 24 del Decreto Ley 1.795 de 2000 (2002), Corte Constitucional de Colombia, Nº C-671-02, 20 agosto 2002 (demanda de inconstitucionalidad), en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Félix Arturo Palacios Arenas en contra de la Policía Metropolitana de Bogotá (2003), Corte Constitucional de Colombia, Nº T-772-03, 04 septiembre 2003 (acción de tutela), en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Núñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros (2004), Corte Constitucional de Colombia, Nº T-025-04, 22 enero 2004 (acción de tutela), en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Costa Rica

Sidonia Vargas contra el gerente de la Caja Costarricense del Seguro Social y el jefe de la Unidad de quimioterapia del Servicio de Onco-Hematología del Hospital San Juan de Dios (1994), Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Nº 5130-1994, 7

septiembre 1994 (acción de amparo), en <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/default.htm>

Murillo Rodríguez Luis contra el Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social (1997), Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, N° 06096-1997, 26 septiembre 1997 (acción de amparo), en <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/default.htm>

Xinia Mora Quesada contra el Director General de asuntos jurídicos de la Contraloría General de la República (1999), Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, N° 01584-1999, 3 marzo 1999 (acción de amparo), en <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/default.htm>

Agüero Hernández Ligia contra directora del Centro Educativo Nuestra Señora de Desamparados (2003), Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, N° 05316-2003, 20 junio 2003 (acción de amparo), en <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/default.htm>

Reinaldo Grant Murillo contra el inciso e) del artículo 12 del Reglamento del Seguro de Salud (2004) Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional N° 08013-2004, 21 julio 2004 (acción de inconstitucionalidad), en <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/default.htm>

Rigoberto Vega Arias contra el Decreto Ejecutivo N° 311756-MINAE (2006): Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, N° 09170-2006, 28 junio 2006 (acción de amparo), en <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/default.htm>

Manuel Chacón Quirós y Natalia Quesada Vargas en su condición de padres del menor X.X.X. y a favor de éste; y Orietta Senior a favor de su hija X.X.X. contra el Colegio Lincoln y su Director (2006), Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional. N° 14904-2006, 10 octubre 2006 (acción de amparo), en <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/default.htm>

Perú

Azanca Alhelí Meza García contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (2004), Tribunal Constitucional de Perú, Sala Constitucional, N° STC 2945-2003-AA, 20 abril 2004 (acción de amparo), en <http://www.tc.gob.pe/>

Martha Elena Cueva Morales contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao (2004), Tribunal Constitucional de Perú, Sala Constitucional, N° STC 00052-2004-AA, 1° septiembre 2004 (acción de amparo), en <http://www.tc.gob.pe/>

- José Luis Correa Condori contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima* (2004), Tribunal Constitucional de Perú, Sala Constitucional, N° STC 2016-2004-AA, 05 octubre 2004 (acción de amparo), en <http://www.tc.gob.pe/>
- Larry Jimmy Ormeño Cabrera contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna* (2005), Tribunal Constitucional de Perú, Sala Constitucional, N° STC 04232-2004-AA, 03 marzo 2005 (acción de amparo), en <http://www.tc.gob.pe/>
- José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley de Regalía Minera* (2005), Tribunal Constitucional de Perú, Sala Constitucional, N° STC 0048-2004-AI, de 1º de abril de 2005 (demanda de inconstitucionalidad), en <http://www.tc.gob.pe/>
- Asociación de Propietarios del Sector Imperial del Asentamiento Humano Pamplona Alta del Distrito de San Juan de Miraflores contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima* (2005), Tribunal Constitucional de Perú, Sala Constitucional, N° STC 03448-2005-AA, 1º julio 2005 (acción de amparo), en <http://www.tc.gob.pe/>
- Roberto Woll Torres contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima* (2007), Tribunal Constitucional de Perú, Sala Constitucional, N° STC 05637-2006-AA, 12 abril 2007 (acción de amparo), en <http://www.tc.gob.pe/>
- Máximo Medardo Mass López, contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa* (2007), Tribunal Constitucional de Perú, Sala Constitucional, N° STC 04223-2006-AA, 02 junio 2007 (acción de amparo), en <http://www.tc.gob.pe/>
- Fortunato Velásquez Navarro contra la sentencia de la Tercera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima* (2007), Tribunal Constitucional de Perú, Sala Constitucional, N° STC 03599-2007-AA, 03 noviembre 2007 (acción de amparo), en <http://www.tc.gob.pe/>
- Importaciones Fukuroi Company E.I.R.L. contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima* (2007), Tribunal Constitucional de Perú, Sala Constitucional, N° STC 03048-2007-AA, 9 noviembre 2007 (acción de amparo), en <http://www.tc.gob.pe/>
- Moisés Simón Limaco Huayascachi contra la sentencia expedida por la Primera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte* (2007), Tribunal Constitucional de Perú, Sala Constitucional, N° STC 05408-2007-HC, 27 noviembre 2007 (acción de amparo), en <http://www.tc.gob.pe/>
- Humberto Raúl Olaechea Guillén, contra la Resolución de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa* (2007), Tribunal Constitucional de

Perú, Sala Constitucional, N° STC 09340-2006-AA, 29 noviembre 2007 (acción de amparo), en <http://www.tc.gob.pe/>
STC 024-2008-AA (2008), Tribunal Constitucional de Perú, Sala Constitucional, citado en LANDA, César (2010), *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Lima, Editorial Palestra), p. 178.

Argentina

Menores Comunidad Paynemil (1997): Cámara de Apelaciones de Neuquén, Argentina, N° 311-CA-1997, 19 mayo 1997 (acción de amparo), en IIDH (1999), *Los derechos económicos, sociales y culturales. Un desafío impostergable* (San José, IIDH), p. 69.

RRS con Ministerio de Salud (1997): Cámara Nacional Contenciosa Administrativa de Argentina, N° 9022-1997, 21 octubre 1997, en IIDH (1999), *Los derechos económicos, sociales y culturales. Un desafío impostergable* (San José, IIDH), p. 72.

Alcalá, Cristina con Ministerio de Salud (1998): Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, N° 20408-1997, 9 marzo 1998 (acción de amparo), en IIDH (1999), *Los derechos económicos, sociales y culturales. Un desafío impostergable* (San José, IIDH), p. 72.

Viceconte, Mariela con Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social (1998): Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, N° 31777-1996, 02 junio 1998 (acción de amparo), en ABRAMOVICH, Víctor, y PAUTASSI, Laura (2008), “El derecho a la salud en los tribunales: Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, pp. 261-282.

Defensoría de menores N° 3 c/ Poder Ejecutivo Municipal (1999): Tribunal Superior de Justicia de Argentina, N° 46-1999, 2 marzo 1999 (acción de amparo), en IIDH (1999), *Los derechos económicos, sociales y culturales. Un desafío impostergable* (San José, IIDH), p. 83.

Asociación Benghalensis y otros con Ministerio de Salud (2000): Corte Suprema de Justicia de Argentina, N° A 186 XXXIV, 1° junio 2000 (acción de amparo), en http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/cons_fallos.jsp

Verbitsky, Horacio (2005): Corte Suprema de Justicia de Argentina, N° V 99 XXXII, 3 mayo 2005 (*hábeas corpus*), en http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/cons_fallos.jsp

Sánchez, María del Carmen con ANSeS/reajustes varios (2005): Corte Suprema de Justicia de Argentina, N° S 2758 XXXVII, 28 agosto 2005, en http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/cons_fallos.jsp

- Mendoza, Beatriz y otros con Estado Nacional y otros* (2006): Corte Suprema de Justicia de Argentina, N° M 2172 XLI, 20 junio 2006 (acción de daños y perjuicios), en http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/cons_fallos.jsp
- Badaro, Adolfo Valentín con ANSES* (2006): Corte Suprema de Justicia de Argentina, 8 agosto 2006, N° B 675 XLI (reajustes varios), en http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/cons_fallos.jsp

Chile

- Silvia Peña Wasaff contra el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A.* (2008): Tribunal Constitucional de Chile, 26 junio 2008 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 976-2008, en www.tribunalconstitucional.cl
- Proceso iniciado de oficio para decidir sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres* (2010): Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de fecha 6 de agosto de 2010, Rol N° 1710-2010, en www.tribunalconstitucional.cl
- Angélica Toledo contra Gendarmería de Chile* (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 31 agosto 2009 (recurso de amparo), Rol 2154-2009, en <http://www.poderjudicial.cl/>
- Angélica Toledo contra Gendarmería de Chile* (2009): Corte Suprema de Chile, 7 septiembre 2009 (apelación de recurso de amparo), Rol 6243-2009, en <http://www.poderjudicial.cl/>
- Virginia Marcell contra Hospital San Juan de Dios* (2009): Corte de Apelaciones Santiago, 10 noviembre 2009 (recurso de protección), Rol N° 8826-2009, en <http://www.poderjudicial.cl/>
- Virginia Marcell contra Hospital San Juan de Dios* (2009): Corte Suprema de Chile 26 noviembre 2009 (apelación recurso de protección), Rol N° 8513-2009, en <http://www.poderjudicial.cl/>
- Patricia Vásquez contra el Fondo Nacional de Salud* (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 noviembre 2009 (recurso de protección), Rol N° 7766-2009, en <http://www.poderjudicial.cl/>
- Patricia Vásquez contra el Fondo Nacional de Salud* (2009): Corte Suprema de Chile, 18 enero 2010 (recurso de protección), Rol N° 9317-2009, en <http://www.poderjudicial.cl/>

