

IV.
**DERECHO POLÍTICO
IBEROAMERICANO**

**LAS OBSERVACIONES GENERALES
DEL COMITÉ PIDESC EN LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
SUPREMA CHILENA SOBRE
DERECHOS SOCIALES. COMENTARIO
CRÍTICO**

RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA. 2. LOS DERECHOS SOCIALES Y LA CONTROVERSIAS ACERCA DE SU VINCULATORIEDAD. 3. PERO ¿Y LOS CONTENIDOS DE POLÍTICAS QUE OTORGARÁ EL JUEZ? 4. LAS OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ PIDESC. 4.1. Las OO.GG. como fundamento de las técnicas de justiciabilidad de los derechos sociales. 4.2. Las OO.GG. como fuente de innovaciones en materia de contenido de los derechos sociales del PIDESC. 4.3. Las OO.GG. y el reconocimiento judicial directo de los derechos sociales del PIDESC por los jueces nacionales. 5. LAS OBSERVACIONES DEL COMITÉ PIDESC EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CHILENA. 5.1. La Observación General n.º 15, sobre el Derecho al agua. 5.2. La Observación General n.º 14, sobre derecho a la salud. 6. LOS PROBLEMAS TEÓRICOS QUE PLANTEA EL USO DE ESTAS OBSERVACIONES GENERALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CHILENA. 6.1. El valor jurídico de las Observaciones Generales como soft law. 6.2. Las Observaciones Generales ¿ratio decidendi u obiter dicta? 6.3. La proposición (o imposición) de políticas públicas diseñadas por organismos internacionales. 6.4. El diseño constitucional chileno, la separación de poderes y la identidad constitucional. 7. CONCLUSIONES

LAS OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ PIDESC EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CHILENA SOBRE DERECHOS SOCIALES. COMENTARIO CRÍTICO

RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO¹

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA²

Como sabemos, existe una antigua polémica referida al problema de la justicia-
bility directa de los derechos sociales prestacionales³ consagrados en Constituciones
o tratados internacionales. Para algunos, esos derechos necesitan en mayor o menor
medida del concurso normativo de las autoridades político — representativas para
obtener un contenido jurídicamente exigible ante el juez, que permita saber de forma
concreta *a qué* se tiene derecho y que medios han sido dispuestos para su satisfacción.
Para una segunda posición, en cambio, los derechos sociales ya cuentan con un conte-
nido jurídicamente vinculante, que puede ser determinado por un tribunal de forma
autónoma, sin necesidad de aquel concurso, a partir de lo que dice la Constitución o,

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesor e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Chile. Email: rpoynco@uft.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7767-6760>

² El presente artículo es el resultado de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto FONDECYT de Iniciación en Investigación 2023 nro. 11231058, “Perspectivas de la aplicación de las Observaciones Generales del Comité del PIDESC en materia de derecho a la salud”, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID). El autor agradece a esta agencia su apoyo al proyecto.

³ Sobre la diferencia entre los derechos sociales prestacionales, y derechos sociales negativos tales como los laborales, véase Martínez Estay, José Ignacio, “Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena”, *Estudios Constitucionales*, 8 (2010), 2, p. 130. Nuestro trabajo no cuestiona la vinculatoriedad directa de los segundos.

incluso, un tratado internacional. La consecuencia lógica de esta segunda posición es que el juez no sólo puede determinar por sí mismo las pretensiones envueltas en esos derechos sociales sino que, con la sola base de lo dispuesto en la Carta fundamental o los tratados, puede cuestionar al legislador o a la Administración en las políticas socioeconómicas que éstos adoptan a su respecto.

En este marco, numerosas jurisdicciones latinoamericanas —ahora, también, la chilena— se han decantado por la segunda posición, utilizando como elemento de interpretación del ordenamiento interno a las Observaciones Generales (en adelante, OO.GG. en plural; O.G. en singular) del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité PIDESC y PIDESC, respectivamente). Refiriéndonos a la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena, el presente trabajo se referirá a la calidad de fuente de derecho de estos instrumentos, y su eventual contenido de políticas sociales⁴, criticando su utilización como elemento de argumentación en sentencias de recurso de protección que conceden beneficios en materia de derechos sociales prestacionales.

2. LOS DERECHOS SOCIALES Y LA CONTROVERSIAS ACERCA DE SU VINCULATORIEDAD

Como sabemos, la doctrina constitucional clásica suele considerar a los derechos sociales prestacionales como reivindicaciones no directamente vinculantes ante el juez⁵ o, en palabras de Otto, “normas finalistas de protección jurídica sumamente difícil”⁶. La principal condicionante que lleva a la doctrina a concluir esto es la dependencia de los derechos socioeconómicos de los recursos disponibles, cuya escasez obliga a establecer prioridades en la satisfacción de las necesidades públicas, mediante decisiones de naturaleza política⁷. Esto explicaría la importancia de

⁴ Aunque, *mutatis mutandis*, las conclusiones de esta investigación podrían utilizarse como parámetro de evaluación para otros instrumentos de *soft law* citados en sus sentencias por la Corte Suprema chilena, esta investigación se referirá exclusivamente a las OO.GG. del Comité PIDESC, dada su relación directa con la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales.

⁵ Algunos autores sostienen que los derechos sociales son en general vinculantes, aunque reconocen la necesidad de una intervención legislativa respecto de aspectos de algunos de ellos, para perfeccionar su contenido jurídico. Así sucede, por ejemplo, con aquella doctrina europea según la cual la discrecionalidad del legislador respecto de ellos no concierne tanto al «*quid*», es decir, el contenido sustancial del derecho, sino más bien sólo al «*cómo*» y al «*cuando*» de los beneficios respectivos. Véase Gambino, S. (2008) “Derechos Sociales, Carta de Derechos Fundamentales e Integración Europea”, *Revista De Derecho Constitucional Europeo*, 9, 69—149, p. 73.

⁶ Otto y Pardo, Ignacio de. (2010). “Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes”, en Otto y Pardo, I. d., Punset, R., Bastida Freijedo, F. J., Y Varela Suanzes, J., (eds.). *Ignacio de Otto y Pardo. Obras completas*, Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 834—835.

⁷ Bossuyt, M. (1975). “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, *Revue des droits de l’homme*, VIII, n.º 4, p. 793 ; Favoreu, J. L. (1988). “La Protection des Droits Economiques et Sociaux dans les Constitutions”, en Nagai, K., (ed.). *Conflict*

la legislación positiva y la actividad gubernamental para la materialización de los beneficios sociales prometidos⁸, y la dependencia de estos derechos de las condiciones socioeconómicas de la sociedad⁹. La tendencia de considerar a los derechos sociales como “programáticos” caracteriza a una mayoría de las constituciones del mundo europeo — continental.¹⁰

Sin embargo, en las últimas décadas se ha expandido otra comprensión del constitucionalismo social —con particular éxito en América Latina—, que anima al juez a reconocer en las cláusulas del constitucionalismo social (o del derecho internacional de los derechos sociales, en su caso) derechos a prestaciones sociales directamente exigibles, sin necesidad de recurrir a normativa legal o reglamentaria de desarrollo. Se apela a la necesidad de una “creatividad pretoriana” que determine aquellas facetas de un determinado derecho social que puedan ser judicialmente exigibles¹¹; o bien, a la necesidad de otorgar justiciabilidad a los derechos sociales dada su importancia de la libertad fáctica para el individuo, incluso a costa de principios tales como la separación de poderes¹²; finalmente, se alude a la necesidad de establecer directivas dotadas de relevancia decisiva en la actividad interpretativa de la jurisprudencia ordinaria, para convertir a las expectativas propias de los derechos sociales en verdaderos derechos.¹³

3. PERO ¿Y LOS CONTENIDOS DE POLÍTICAS QUE OTORGARÁ EL JUEZ?

Sin embargo, las bases teóricas mencionadas por la doctrina recién mencionada suelen resultar insuficientes para determinar por sí mismas lo que puede ser otorgado por sentencia judicial en virtud de un derecho social prestacional, pues los preceptos

and integration. Comparative law in the world today: the 40th anniversary of the Institute of Comparative Law in Japan, Chuo University, Tokyo, Chuo University Press, p. 691.

⁸ Pereira Menaut, A.C y Coello De Portugal y Martínez del Peral, I. (1991). “Normatividad constitucional, igualdad y derechos sociales”, en *El principio de la igualdad en la Constitución Española. Vol. I. XI Jornadas de estudio (de) Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica: Madrid, p. 950; Tenorio Sánchez, P. J. (2012). “El tribunal constitucional, la cláusula del estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno”, en Cascajo Castro, J. L., (ed.). *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, celebrado en Santa Cruz de Tenerife, España, los días 27 y 28 de enero de 2011*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 273—274.

⁹ Loewenstein, K. (1986), *Teoría de la constitución*, Barcelona, Ariel, pp. 401—402.

¹⁰ Glendon, M.A. (1992). “Rights in Twentieth-Century Constitutions”, *The University of Chicago Law Review*, nº. 59, pp. 527—528. Véase también Gambino, S. (2008) “Derechos Sociales …”, cit., p. 73.

¹¹ Abramovich, V. y Courtis, C. (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, pp. 46—47.

¹² Alexy, R. (2007), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 454—455.

¹³ Ferrajoli, Luigi. (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, p. 109.

constitucionales que los reflejan suelen ser abiertos, y nunca agotan todos los aspectos de las decisiones políticas y técnicas imprescindibles para concretarlos (presupuestarios, técnicos, económicos, ideológicos, etc.)¹⁴. Esto obliga al juez a efectuar una serie de valoraciones que podrían estar fuera del alcance de lo que su labor le exige. Ante una pretensión social no atendida por el legislador ¿puede el juez por sí y ante sí decretar la entrega de un determinado beneficio? ¿con qué extensión y medida?¹⁵ ; ¿basta con que alguien demande judicialmente para tener derecho a una prestación, con independencia de lo que diga el ordenamiento jurídico?¹⁶ Si, por el contrario, la ley ya existe ¿puede el juez valorar la “insuficiencia” de una determinada prestación legal? ¹⁷, etc.

En este contexto es que se ha ido extendiendo en la jurisprudencia latinoamericana el uso cada vez más intensivo de las Observaciones Generales del Comité PIDESC como elemento de convicción en el reconocimiento judicial de beneficios sociales, pues su contenido ha permitido otorgar cierta apariencia de juridicidad a las respuestas que nuestros tribunales han dado a aquellas y otras preguntas.

4. LAS OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ PIDESC

Como es sabido, el PIDESC contempla un sistema de seguimiento consistente en informes periódicos que los Estados deben presentar dando cuenta de sus obligaciones¹⁸. A partir de 1985, el órgano encargado de supervisar el cumplimiento

¹⁴ Poyanco Bugueño, R. A. (2017). “Derechos sociales y políticas públicas: El principio de progresividad”, *Annuario De Derecho Constitucional Latinoamericano*, XXIII, p. 335. Especialmente en relación al desacuerdo ideológico respecto de la forma de llevar adelante los derechos sociales, véase. Rosenkrantz, C.F. (2002). “La pobreza, la ley y la constitución”, *SELA*, nº. 15, pp. 7—8.

¹⁵ Cross, F. B. (2001). “The Error of Positive Rights”, *Ucla L.Rev. (UCLA Law Review)*, 48, p. 861, describe el problema de la justiciableidad de los derechos sociales como la pretensión de un derecho de magnitud constitucional para forzar a los legisladores a entregar un determinado beneficio social.

¹⁶ Ely Yamín, A., Parra Vera, O. y Gianella C., (2013). “Colombia: la protección judicial del derecho a la salud”. ¿Una promesa difícil de cumplir?, en Yamín, A. E. y Gloppen, S., (eds.). *La lucha por los derechos de la salud. ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, pp. 141—142. Luego de describir la sobreabundante jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de derecho a la salud, estos autores afirman que: “sería justificado criticar a la Corte por conceder beneficios en materia de salud en función del criterio, moralmente irrelevante, de quién cuenta con mejor acceso a la justicia”.

¹⁷ Un ejemplo claro de valoración de este tipo es la jurisprudencia sobre medicamentos de alto costo surgida de decisiones de la Corte Suprema chilena. La legislación ya dictada por el Estado de Chile para enfrentar el problema de los medicamentos de alto costo había sido calificada por el Banco Mundial como pionera en América Latina y, aun así, nuestra Corte Suprema la estimó como insuficiente. Véase Martínez Estay, J. I. y Poyanco Bugueño, R. A. (2022). “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre medicamentos de alto costo”, *Estudios Constitucionales*, 20, n.º 2, pp. 5-6.

¹⁸ De conformidad con los artículos 16 y 17 del PIDESC, nuestro país ha presentado cinco informes sobre la aplicación del tratado en Chile, de fecha 22 de abril de 1980, 01 de enero 1988, 01 de diciembre de 2004, 07 de julio de 2015 y 27 de abril de 2022. Disponibles en: <http://tinyurl.com>

del tratado y valorar los informes estatales es el Comité PIDESC¹⁹. Este, a su vez, es un órgano creado por el Consejo Económico y Social de la ONU, compuesto de 18 expertos elegidos por todos los miembros del Consejo Económico y Social, con un mandato de 4 años. Son expertos independientes no vinculados con los gobiernos. Sus competencias se han extendido con la aprobación del Protocolo Facultativo n.º 1, de 2008, que introduce el mecanismo de las comunicaciones individuales²⁰.

Siendo aquella su labor principal, el Comité PIDESC ha dictado además 25 *Observaciones Generales*²¹, que son documentos de extensión variable que buscan interpretar determinados aspectos del señalado Pacto Internacional, tales como el contenido de los derechos sociales reconocidos en el precitado Pacto, o aspectos transversales relativos a su cumplimiento o a la interpretación del PIDESC.

Concentrándonos en estas últimas, dichos documentos tienen dos características que, para nuestros efectos, merecen ser remarcadas. La primera emana de su *origen*. Puesto que esas Observaciones emanan de un órgano de la ONU que desarrolla el contenido de un Pacto Internacional, su contenido constituiría una forma de *soft law*²², lo que permite a algunos presentar a dichas Observaciones como una interpretación “auténtica” de dicho Pacto²³ —veremos que ello es discutible—, lo que

com/4axzsveb. En sus observaciones al informe de 2015, el Comité solicitó que el Estado de Chile “garantice el reconocimiento integral y la protección jurídica necesaria de los derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo texto constitucional”. Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2015). “Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile”, E/C.12/CHL/CO/4, par. 7. En su informe de 2022, por su parte, el Estado chileno se defendió citando la jurisprudencia sobre el derecho de agua que examinaremos más adelante. Véase Estado de Chile. (2022). “Quinto informe periódico que Chile debía presentar en 2021 en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto”, n.º E/C.12/CHL/5, par. 144.

¹⁹ Bödig, M. (2016). “Soft Law, Doctrinal Development, and the General Comments of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en Lagoutte, S., Gammeltoft-Hansen, T., y Cerone, J., (eds.). *Tracing the roles of soft law in human rights*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, p. 88.

²⁰ El Protocolo innova en los mecanismos de protección del PIDESC, pues abre la posibilidad de que éste reciba comunicaciones individuales presentadas por personas o grupos de personas denunciando el incumplimiento de las obligaciones del PIDESC por los Estados parte del mismo (art. 2). Sin embargo, el procedimiento concluye con la emisión de un dictamen acompañado de recomendaciones (Art. 9). Para examinar las comunicaciones, por otro lado, el Comité tendrá presente que “el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto” (art. 8.4). Sobre el valor de las recomendaciones y dictámenes del Comité PIDESC, véase nuestra nota al pie 49, infra. El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008 se encuentra disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-international-covenant-economic-social-and>. Fecha de consulta: 30 de diciembre de 2024.

²¹ El conjunto de las OO.GG. del Comité PIDESC puede encontrarse en <http://tinyurl.com/mt5aunhm>. Fecha de consulta: 21 de febrero de 2024.

²² Paúl Díaz, A. (2020). “Soft Law: Ni Derecho ni tan blando”, *SSRN Electronic Journal*, pp. 209—210.

²³ Así, por ejemplo, González Jansana, J. P. (2021). “Una propuesta de Constitución desde los derechos humanos”, *Contexto — Centro de Derechos Humanos UDP*, pp. 2—3. De forma similar, exigiendo

a su vez posibilitaría, en principio, atribuir a dichas OO.GG. un valor *prima facie* vinculante para los Estados. La segunda es su *contenido*, pues las orientaciones que contienen esas OO.GG. incluyen, aunque sea *in nuce*, numerosos elementos de diseño legal y sugerencia de políticas públicas e, incluso, indicaciones acerca del papel de los jueces nacionales en materia de reconocimiento judicial de los derechos sociales. Son estas características las que han permitido que tales documentos sean invocados profusamente por las jurisdicciones latinoamericanas al momento de fundamentar el reconocimiento jurisdiccional de un determinado beneficio social.

Veamos ahora, de forma ejemplar, algunos contenidos de las Observaciones Generales del Comité PIDESC que nos muestran el talante de la labor de dicho órgano.

4.1. *Las OO.GG. como fundamento de las técnicas de justiciabilidad de los derechos sociales*

Las OO.GG. abundan en la indicación y desarrollo de técnicas transversales de justiciabilidad de los derechos sociales, que suelen alterar su naturaleza programática e intentan precisar un contenido que es, de otro modo, indefinido²⁴. Así, por ejemplo, encontramos menciones a la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y sociales en el párrafo 8 de la Observación General 3, que afirma que “los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos... se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata”. La progresividad en el cumplimiento de los derechos sociales —entendida como la obligación constante de los Estados de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia su plena realización— aparece en la Observación General 14, párrafos 31 y 32. Por otro lado, la idea de incluir niveles o tipos de derechos y obligaciones dentro de los derechos sociales —de tal forma de encontrar aspectos de los derechos sociales que sean directamente justiciables²⁵ — consta en la misma O.G., párrafo 33 (“el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover”). Y así sucesivamente. Desde luego, estas construcciones permiten al juez un control muy incisivo, pues lo habilitan a constreñir al Estado a avanzar/no retroceder en la implementación o cobertura de un determinado

que el derecho constitucional nacional sea interpretado armónicamente con “las fuentes convencionales internacionales”, entre las que incluye las OO.GG del Comité PIDESC, Nogueira Alcalá, H. (2009). “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Estudios Constitucionales*, 7, nº. 2, p. 150.

²⁴ Estas técnicas también son profusamente utilizadas por la doctrina favorable a esta perspectiva. Para un repaso de estas técnicas y su utilización en distintas jurisdicciones latinoamericanas, véase Poyanco Bugueño, R. A. (2021). *Derechos sociales en Europa y Sudamérica. Jurisprudencia comparada*. Valencia, Tirant lo Blanch.

²⁵ Bódig, M. (2016). “Soft Law...”, cit., pp. 76—77.

derecho social o impedirle derogarlo, con independencia de las decisiones de políticas sociales adoptadas por las autoridades competentes; o dar por vulnerado un derecho civil si no se cumple con un determinado derecho social (lo que permite reconocer judicialmente el segundo con la justiciabilidad del primero), etc. Pero, además, estos documentos aportan otras novedades.

4.2. Las OO.GG. como fuente de innovaciones en materia de contenido de los derechos sociales del PIDESC

Las OO.GG. avanzan, además, a lo que podríamos señalar como políticas de cumplimiento de los derechos o, incluso, al reconocimiento de derechos o aspectos de los derechos que no se encuentran en el propio Pacto Internacional que el Comité señala interpretar. Así, por ejemplo, el art. 12 del Pacto PIDESC, se refiere al “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, y establece las medidas que deberán adoptar los Estados Parte en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho. Sin embargo, al lado de las medidas de corte netamente sanitario —la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, etc.—, la O.G. n.º 14 se extiende a sugerir *la forma* en que los gobiernos deben materializar este derecho, agregando, como elementos del mismo, el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas; el suministro adecuado de alimentos sanos; una nutrición adecuada, una vivienda adecuada; condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva (par. 11). Siendo contenidos deseables, cabe preguntarse sin embargo si estas metas están dentro del concepto de salud pensado por los firmantes del Tratado; o si ellas podrían convertirse en derechos directamente exigibles.

En nombre de la salud, además, el Comité incursiona incluso en materias que podríamos considerar de orden sociológico y medioambiental. Así, por ejemplo, a propósito del derecho a la salud de los pueblos indígenas, señala que los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. También deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas (par. 27).

Adicionalmente, las OO.GG. han reconocido derechos que no están expresamente considerados en la letra de aquel tratado internacional, o han desarrollado derechos ya existentes, pero de una forma que podría contrariar el texto expreso de ese instrumento. En cuanto a lo primero, así sucede, por ejemplo, con el derecho al agua,

en la O.G. n.º 15 (este derecho no es mencionado en ninguna parte del PIDESC); o el derecho a la vivienda, extensamente desarrollado en la O.G. n.º 4º (la vivienda es mencionada en ese tratado *apenas, en una palabra*, y sólo como componente del “derecho a un nivel de vida adecuado” del art. 11 del PIDESC)²⁶. En cuanto a lo segundo, la necesidad de proteger las plantas, animales y minerales que necesitan los pueblos indígenas para el pleno disfrute de la salud parecería ir contra texto expreso del propio PIDESC, cuyo artículo 25 señala que “[n]inguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales”, al perjudicar el acceso a estos recursos de aquella parte del pueblo que no tenga calidad de indígena.

4.3. Las OO.GG. y el reconocimiento judicial directo de los derechos sociales del PIDESC por los jueces nacionales

Recordemos que el texto expreso del artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales impone a los Estados contratantes el compromiso de “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto”, lo que apoya considerablemente la interpretación de que, mientras “las obligaciones derivadas del Pacto de Derechos Civiles y Políticos deben cumplirse en el momento de la ratificación, los derechos enumerados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sólo deben aplicarse progresivamente”²⁷. Esta situación parece no haber cambiado con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008²⁸.

Sin embargo, en la Observación General n.º 9, el Comité PIDESC se dirige directamente a los tribunales de cada país, invitándolos a buscar y reconocer por sentencia aquellas obligaciones que estimen como de aplicación inmediata, aun cuando, como parece evidente, estamos en un ámbito propio de las políticas sociales de competencia de los órganos político-representativos de los Estados. Así, los invita a “tener en cuenta” los derechos reconocidos en el PIDESC, cuando sea necesario garantizar que “el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto” lo que, a su vez, significa fundamentalmente determinar por el tribunal si una determinada disposición del tratado es de aplicación inmediata (función que,

²⁶ Art. 11.1: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y *vivienda* adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...” (destacado nuestro).

²⁷ Bödig, M. (2016). “Soft Law...”, cit., pp. 788—789.

²⁸ Véase nuestra nota al pie 20, supra.

asevera el Comité, no corresponde ni al poder ejecutivo ni al legislativo)²⁹. Además, insta a que se informe a los jueces de la naturaleza y las consecuencias del Pacto y de la importante función que desempeñan los recursos judiciales en su aplicación. Finalmente, en el parágrafo 14, el Comité eleva la responsabilidad de los jueces en esta labor al nivel de una obligación internacional en materia de derechos humanos³⁰ .

La pregunta que sugieren esas innovaciones no se refiere tanto a su contenido concreto (es concebible que las autoridades político-representativas de un determinado Estado se inclinen por implementar estas observaciones de buena fe, otorgando contenido justiciable a un determinado derecho social), o a la importancia del bienestar material para una vida buena, sino a la *fuente* de estas innovaciones. ¿Es el Comité PIDESC el lugar en donde debe determinarse una forma específica de crear o ejecutar los derechos sociales del tratado respectivo en cada país miembro del mismo? Por otro lado ¿podrían esas OO.GG. servir de fundamento para alterar las competencias de los jueces nacionales en materia de derechos socioeconómicos, o su relación institucional con los demás poderes del Estado, a propósito de la creación e implementación de políticas sociales?

De cualquier manera, lo expuesto no ha sido óbice para que importantes jurisdicciones latinoamericanas hayan utilizado profusamente a esas OO.GG. como fuente autoritativa del contenido de los derechos sociales o de la forma de interpretarlos³¹. Esta misma tendencia ya ha llegado a Chile, como veremos a continuación.

5. LAS OBSERVACIONES DEL COMITÉ PIDESC EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CHILENA

Entre los años 2015 y 2021, la Corte Suprema había citado al PIDESC en 92 sentencias³². Por su parte, hasta el 2022, las Observaciones Generales del Comité PIDESC han sido citadas en seis fallos. En cinco de ellos, la cita se dirigió a crear

²⁹ En el parágrafo 11, el Comité argumenta que “[e]l Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contiene en sistemas en que se prevé tal opción. Es más, en el momento de su redacción se rechazaron con firmeza los intentos de incluir en el Pacto una disposición específica en el sentido de que no tenía aplicación inmediata”. Discutible argumento, según nos parece, dado el tenor literal del art. 2.1 PIDESC. Es regla general en materia de interpretación jurídica que los jueces están obligados a respetar los textos legales que aplican, y no las intenciones no promulgadas de quienes los dictaron. Véase Scalia, A. y Manning, J.F. (2012). “A Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation”, *The George Washington Law Review*, 80, nº. 6, pp. 1611—1612.

³⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1998). “Observación General nº 9: La aplicación interna del Pacto”, nº. E/C.12/1998/24, Parágrafo 14.

³¹ Con ejemplos de su uso en diversas jurisdicciones latinoamericanas, véase Poyanco Bugueño, R. A. (2021). *Derechos sociales* ..., cit.

³² Dirección de Estudios de la Corte Suprema. (2021). “El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la jurisprudencia de la Corte Suprema (2015-2021)”, p. 14.

y otorgar justiciabilidad a pretensiones materiales propias de los derechos sociales prestacionales, sea contra el Estado, sea contra privados³³. Veamos estos últimos.

5.1. *La Observación General n.º 15, sobre el Derecho al agua*

A propósito de una situación de sequía en Petorca, Región de Valparaíso, la Gobernación Provincial de esa zona dispuso que no se distribuyera más agua a la población afectada por la sequía en la comuna de Petorca con cargo a ese organismo, arguyendo que la Municipalidad de Petorca debía hacerse cargo de la distribución de agua. Ante un cuestionamiento a esta decisión, la Corte Suprema se pronunció mediante sentencia de 6 de agosto de 2020 en causa Rol 1.348-2020.

Aunque el máximo tribunal confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que rechazó el recurso, dos Ministros de la Corte Suprema discreparon en un voto de prevención, alegando la vinculatoriedad de los tratados internacionales ratificados por Chile, en virtud de lo dispuesto por el artículo 5º inciso segundo de la Constitución chilena —que, en síntesis, establece que los derechos esenciales de la persona que emanan tanto de la propia Carta fundamental, como de tratados internacionales ratificados por Chile limitan el ejercicio de la soberanía—, en combinación con los artículos 1º y 4º de la misma Carta fundamental. Esto haría aplicables al caso los artículos 4, y 5, N° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que garantizan el derecho a la vida y a la integridad, agregando a ello el concepto del derecho a la vida digna, que incluye el derecho de acceso al agua, desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH)³⁴. La prevención también menciona a la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Mayores³⁵, a la Convención sobre los Derechos del Niño³⁶ y a las Directivas de la OMS sobre el derecho al agua.

³³ La sexta sentencia es la correspondiente al Rol 127.174-2020, emitida por la Tercera Sala de la Corte Suprema, en que se reconoció el derecho de un adolescente transgénero a ingresar a su establecimiento de educación con la vestimenta acorde a su identidad (que cita la O.G. n.º 13 sobre el derecho a la educación), lo que en nuestra opinión se refiere fundamentalmente a una cuestión de no discriminación, por lo que no será tratada en este artículo.

³⁴ Se trata de la sentencia de la Corte IDH (2020) “Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”

³⁵ En el artículo 25, letra b) de esa Convención se establece como medida para salvaguardar el derecho de la persona mayor a vivir en un medio ambiente sano, la de garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento.

³⁶ En el marco del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, el art. 24.1, letra d) de esta Convención menciona la necesidad de adoptar medidas apropiadas para combatir las enfermedades y malnutrición, mediante el acceso al agua potable salubre, entre otras medidas.

En este contexto, la prevención cita el parágrafo 23 de la Observación General 15, del Comité PIDESC, sobre el derecho al agua, para determinar el deber de “protección” de este derecho, esto es, el deber del Estado de impedir que terceros menos-caben o pongan en peligro el disfrute al derecho al agua. Agrega que:

“4º [...] El Comité, en la señalada Observación General N° 15, ha definido el derecho al agua como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico”. Asimismo, ha precisado que este derecho comprende sólo los usos personales y domésticos, esto es, consumo, lavado de ropa, preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. No considera el agua necesaria para la agricultura y el pastoreo, la que está comprendida en el derecho a una alimentación adecuada, particularmente tratándose de los pequeños agricultores.”³⁷.

En esta línea, en dicho voto de prevención se concluye que el Estado de Chile debería asegurar a los menos 100 litros diarios por persona³⁸, respecto de determinadas personas, grupos o categorías protegidas.

En tres sentencias posteriores que resuelven situaciones similares, este voto de prevención se transformó en voto de mayoría, reproduciéndose esta argumentación. En ellas se menciona nuevamente, como uno de los fundamentos del fallo, a la Observación General n.º 15³⁹. De esta manera, esta jurisprudencia de la Corte Suprema crea un nuevo “derecho al agua”, a cargo del Estado, directamente justiciable, en circunstancias que en la Carta fundamental chilena no existe tal derecho, y que los tres derechos sociales que sí reconoce carecen de justiciabilidad directa en sus aspectos prestacionales.

³⁷ Corte Suprema de Chile. (06-08-2020). “Almendra Dusta y Otros/Gobernación Provincial de Petorca y Gobernadora Provincial de Petorca”, Rol 1348-2020, Prevención Ministros Muñoz y Sandoval, Considerando 4º.

³⁸ El voto también se fundamentó en el folleto informativo nº. 35 de la OMS sobre el derecho al agua (disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>, fecha de consulta 28 de diciembre de 2023), según cuya directriz “el abastecimiento de agua ha de ser continuo y suficiente para la satisfacción de las necesidades básicas de la persona. La OMS ha señalado que esto supone entre 50 y 100 litros de agua por persona”. Este antecedente ha sido citado en otras sentencias sobre derecho al agua.

³⁹ Corte Suprema de Chile. (18-01-2021). “Gallardo/Anglo American Sur S.A.”, Rol 72.198-2020, Considerando Octavo; Corte Suprema de Chile. (23-03-2021). “Instituto Nacional de Derechos Humanos/Gobernación Provincial de Petorca”, Rol 131.140-2020, Considerando Duodécimo; y Corte Suprema de Chile. (26-09-2022) “Ugalde/Superintendencia de Servicios Sanitarios”, Rol 5.295-2022, Considerando Quinto. Esta última se aparta ligeramente de la cuestión tratada en este artículo pues, en vez de reconocer y otorgar un derecho al agua creado *ex nihilo*, ordena a un organismo fiscalizador (la Superintendencia de Servicios Sanitarios) velar porque el suministro de agua potable ya efectuado por una empresa privada esté libre de componentes dañinos. Empero, la mencionamos pues transcribe de forma literal en su Considerando 5º los razonamientos pertinentes de la sentencia 72.198-2020, sí referidos a nuestra materia.

5.2. *La Observación General n.º 14, sobre derecho a la salud*

Finalmente, la utilización de OO.GG. del mismo Comité aparece también en un caso referido al derecho a la salud, la sentencia n.º 97.283 de 2020⁴⁰, que trató de la negativa de una Institución de Salud Previsional (ISAPRE⁴¹) a financiar una cirugía de cambio de sexo que, de acuerdo a esta última entidad, no estaba contemplada dentro de aquellas que formaban parte del contrato de salud celebrado con el recurrente. Sin embargo, la Corte Suprema consideró a dicha prestación como parte del derecho a la protección de la salud⁴² y de las consideradas en el plan contratado por el recurrente, otorgando el recurso allí examinado, estimando además que la negativa de la ISAPRE conformaba una especie de discriminación⁴³. Para ello, en lo que se refiere a las OO.GG.⁴⁴, en su Considerando Cuarto, luego de citar el art. 12.1 del PIDESC —el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental—, el tribunal se refirió a la O.G. n.º 14, con el objeto de incluir el reconocimiento y respeto de la orientación sexual dentro del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y la prohibición de toda discriminación en materias de atención de salud, por motivos de orientación sexual (parágrafo 18 de dicha OO.GG.). Asimismo, acudiendo ahora al parágrafo 43 del mismo documento, el tribunal sostuvo que garantizar “el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados” es una obligación inmediata de los Estados, a lo que agregó, invocando la Observación General n.º 20, párrafo 32, que el fundamento de “cualquier otra condición social” que figura en el artículo 2 del Pacto para prohibir la discriminación en el ejercicio de los derechos sociales, incluye tanto la orientación sexual como la identidad de género.

Sin embargo, el problema a tratar en este caso no era la discriminación entre pacientes de la ISAPRE en el sentido de que ésta estuviese otorgando o denegando

⁴⁰ El expediente judicial de esta sentencia ha sido sometido al proceso de anonimización regulado por Acta 44-2022 de la Corte Suprema de Chile. Lo mismo sucede con las sentencias (29-05-2018), Rol 70584-2016, y (20-07-2020), Rol 33.316-2020, que serán enunciadas acudiendo sólo a su fecha y número de rol. Por ello en estas sentencias se omitirá la identificación de las partes del litigio.

⁴¹ El sistema de salud chileno admite, al lado del prestador estatal de salud (el Fondo Nacional de Salud o FONASA), la existencia de empresas denominadas ISAPRE, que ofrecen planes de salud a las personas con cargo a la cotización obligatoria de salud, y que operan bajo la lógica de planes de seguros individuales de salud regulados por ley.

⁴² Corte Suprema de Chile. (10-11-2020), Rol 97.283-2020, Considerando 4º.

⁴³ Por eso la Corte Suprema también estima como vulnerados, en el Considerando Décimo octavo de la sentencia, el art. 19 n.º 2, que se refiere a la igualdad ante la ley y el 19 n.º 9 (derecho a la protección de la salud), ambos de la Constitución Política. Este mismo considerando menciona también, como vulnerado, el art. 19 n.º 24 (derecho de propiedad), pero esta última vulneración no es desarrollada en ninguna otra parte de la sentencia, así que no será considerada.

⁴⁴ En la sentencia se citan numerosos elementos de convicción, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos, algunas resoluciones y tratados de la Asamblea General de la OEA, opiniones consultivas de la Corte IDH, y normativa legal y reglamentaria chilena.

arbitrariamente una determinada prestación ya considerada en los planes de salud, a algunos usuarios sí, y a otros usuarios no; o una discriminación entre pacientes del sector público y el sector privado de salud. El problema es que la prestación demandada estaba totalmente fuera de los planes de salud que la ISAPRE estaba legalmente obligada a financiar; y, de controvertirse esto, el problema debió haber sido revisado en un procedimiento de lato conocimiento, y no mediante una acción constitucional de urgencia⁴⁵. En la práctica, al asimilar la negativa de la ISAPRE a una forma de discriminación, la Corte Suprema utiliza las consideraciones antes expuestas para integrar la prestación solicitada dentro del plan de salud del recurrente, reconociéndola como derecho.

6. LOS PROBLEMAS TEÓRICOS QUE PLANTEA EL USO DE ESTAS OBSERVACIONES GENERALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CHILENA

6.1. *El valor jurídico de las Observaciones Generales como soft law*

La jurisprudencia de la Corte Suprema ya cuenta con sentencias previas que se refieren, aunque de forma ambivalente, al valor jurídico de ciertas fuentes de *soft law*, tales como las opiniones consultivas de la Corte IDH⁴⁶. Incluso, ha llegado a otorgar valor jurídico a documentos internacionales creados por expertos privados⁴⁷.

Sin embargo, el problema de esto es que la regla general en materia del *soft law* es *su carácter no vinculante a nivel de derecho internacional*⁴⁸, lo cual plantea serias dudas de que los instrumentos de esa clase puedan transmutarse en vinculantes en el derecho interno. Adicionalmente, algunos sostienen que la interpretación de órganos tales como los Comités de Derechos de la ONU —cuya competencia es delegada de

⁴⁵ Esto fue advertido por el voto de minoría de dos jueces de la sentencia Rol 97.283-2020, párrafos 2º y 3º.

⁴⁶ Sobre este punto, véase más adelante p. 388.

⁴⁷ En la sentencia Rol 70584-2016, Considerando Duodécimo, la Corte Suprema argumenta en base a los “Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de las leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”, documento redactado por un grupo de expertos que no representaban a ningún Estado u organización internacional. Véase Paúl Díaz, Álvaro. (2022). “El derecho internacional como excusa para cuantificar el derecho al agua (Corte Suprema)”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 35, nº. 2, p. 361., nota al pie de página 6.

⁴⁸ Paúl Díaz, A. (2021). “Editorial: Nueva Constitución y Derecho Internacional”, *Revista chilena de derecho*, 48, p. 18; Ipsen, K. (1990), *Völkerrecht. Ein Studienbuch*. 3., völlig neu bearb. Aufl., München, C.H. Beck, pp. 221—222 (traducción propia, de aquí en adelante); Doehring, K. (2004), *Völkerrecht. Ein Lehrbuch*. 2., neubearbeitete Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, p. 125 (traducción propia, de aquí en adelante). Los diversos conceptos de *soft law* discurren alrededor de su valor más o menos vinculante o interpretativo, en comparación con las fuentes de “derecho duro” internacional contenidas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

los dueños de los tratados, es decir, los Estados — tampoco es “auténtica”⁴⁹, por lo que no tiene el mismo valor que la norma original, y puede contrastarse con ésta. Por ello, aún si las interpretaciones resultantes tuviesen algún valor jurídico, todavía pueden juzgarse como correctas o incorrectas en razón de su fidelidad a los textos de los tratados⁵⁰.

Por ello, ante la ausencia de un “poder legislativo internacional” que se imponga a los países, la aceptación de las OO.GG. como fuente de derecho vinculante —al menos en lo relativo a derechos sociales prestacionales, dado su componente de políticas— requeriría una manifestación de voluntad expresa de los Estados parte del PIDESC⁵¹; queriendo significar por “Estado”, por cierto, a las autoridades político-representativas que tienen el poder de conducir las relaciones internacionales del país y ratificar los tratados⁵². A falta de dicha voluntad, el valor jurídico de dichos instrumentos es discutible⁵³.

6.2. *Las Observaciones Generales ¿ratio decidendi u obiter dicta?*

A lo anterior, podría objetarse que ninguna de las OO.GG. aquí señaladas aparece como la fuente formal directa de lo sentenciado por nuestro máximo tribunal. Ayudaría a esta impresión, además, la costumbre de la Corte Suprema de citar en estos veredictos una lista de sentencias, normas y documentos internacionales de

⁴⁹ El Comité PIDESC es, desde luego, un órgano de cumplimiento de los tratados, pero en ningún caso una instancia jurisdiccional. Véase Núñez Poblete, M. (2015). “Constitución en la mira: observaciones de los Órganos de los Tratados de Derechos Humanos y revisión de la Constitución”, en Núñez Poblete, M., (ed.). *La internacionalización del Derecho Público. Actas XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, p. 572. En sentido similar, Bódig, M. (2016). “Soft Law…”, cit., p. 88, quien agrega que incluso sus comunicaciones emitidas en casos de denuncias individuales serían opiniones consultativas.

⁵⁰ Berner, K. (2016). “Authentic Interpretation in Public International Law” *Heidelberg Journal of International Law*, 76, pp. 851—852 (traducción propia). La autora acepta que las interpretaciones de órganos como los Comités de la ONU puedan constituir derecho vinculante, pero, a diferencia de una interpretación auténtica —esto es, una que emana de las partes del tratado— esa interpretación se subordina a la intención de las partes, no la reemplaza. Su punto de referencia último sigue siendo el sentido del tratado, el acto de delegación o, más exactamente, la intención objetivada de las partes.

⁵¹ De acuerdo a Benavides Casals, M.A. (2021). “El soft law en el contexto de las fuentes del derecho internacional: Aportes para la discusión”, *Revista de Derecho Público*, nº. 94, p. 6., atendido que no existe un órgano legislativo central y vinculante para todos los Estados, es necesario que la discusión sobre el soft law se enmarque en la clasificación de las fuentes de derecho internacional que los Estados, como principales sujetos del derecho internacional público, aceptan. Véase también Cerone, J. (2016). “A Taxonomy of Soft Law: Stipulating a Definition”, en Lagoutte, S., Gammeltoft-Hansen, T., y Cerone, J., (eds.). *Tracing the roles of soft law in human rights*, Oxford United Kingdom, Oxford University Press, pp.16 y ss.

⁵² Véase Paúl Díaz, A. (2021). “Editorial…”, cit., p. 7.

⁵³ Sobre la impropiedad de utilizar al soft law como soporte único de una interpretación en derecho internacional, atendidas las reglas de interpretación consagradas en el art. 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, véase Benavides Casals, M.A. (2021). “El soft law…”, cit., pp. 11—12.

distinta naturaleza⁵⁴, con los que ese colegiado enhebra su razonamiento favorable al reconocimiento de los derechos sociales que otorga, y que luego son referidos en lo resolutivo, de forma genérica, como las “disposiciones recientemente citadas”⁵⁵, las “consideraciones”⁵⁶ o los “antecedentes”⁵⁷. De esta manera, las Observaciones Generales diluirían su influencia, y sólo representarían parte de los *obiter dicta* que refuerzan una determinada interpretación que la Corte Suprema asigna a las normas que fundamentan su decisión. Desde luego, esta técnica utilizada por nuestro máximo tribunal —que además tampoco establece una prelación entre esos documentos, salvo su orden de aparición en el texto— dificulta saber cuál de los numerosos antecedentes que cita son los esenciales a su razonamiento, y cuáles de ellos se limitan a aportar argumentos auxiliares.

No obstante lo anterior, es posible apreciar la influencia de las OO.GG. en algunos de los elementos de convicción que fundamentan estas sentencias. Esto es palmario en las sentencias sobre el derecho al agua. Así, por ejemplo, en las sentencias roles 1348 de 2020, voto de prevención, n.º 5º; 72.198-2020, Considerando 9º; 131.140 de 2020, Considerando decimotercero; y 5.295 de 2022, Considerando quinto, luego de haber citado tanto la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el concepto de “vida digna” y la definición y características del derecho al agua de la O.G. nro 15) la Corte Suprema afirma que:

“De las disposiciones recientemente citadas, emerge nítidamente una conclusión irredargüible: toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación; derecho que posee, como correlato, el deber del Estado de garantizar el acceso en las mencionadas condiciones [...]”.

Por otro lado, la propia jurisprudencia de la Corte IDH mencionada por nuestro máximo tribunal —la sentencia Lhaka Honhat—, también se funda, a su vez, ...en la misma O.G. 15 (véase Corte IDH (2020), “Comunidades Indígenas ...”, parágrafo 222)⁵⁸.

⁵⁴ Paúl Díaz critica la tendencia de la Corte Suprema de citar, en la sentencia sobre el derecho del agua aquí comentada, una “catarata” de instrumentos de *soft law*, tal como si la cita de muchos documentos no jurídicos produjera Derecho, y cita la frase del jurista Prosper Weil: “la acumulación de no-derecho o prederecho no es más adecuada para crear Derecho, de lo que es tres veces nada para crear algo”. Véase Paúl Díaz, A. (2022). “El derecho internacional ...”, cit., p. 361.

⁵⁵ Sentencia “Almendra...”, Rol 1348 de 2020, voto de prevención.

⁵⁶ Sentencias de la Corte Suprema “Gallardo...”, Rol 72.198 de 2020; “Instituto Nacional...”, 131.140 de 2020; y “Ugalde...”, Rol 5.295 de 2022; todas, en su parte resolutiva.

⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema Rol 97.283 de 2020, Considerando Octavo.

⁵⁸ Un análisis de dicha sentencia en nuestro Poyanco Bugueño, R. A. (2022). “El caso Lhaka Honhat v. Argentina, como ejemplo de confrontación entre derechos sociales y derechos civiles”, en A. Romero Seguel (Ed.), *Derecho Indígena, Cuadernos de Extensión Jurídica* 33, Valencia, Tirant lo Blanch. Sin embargo, la propia existencia de derechos sociales vinculantes al interior del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es discutida. Véase sobre este último punto Medina Quiroga, C. (2005). “Las

Por su parte, en la sentencia 97.283 de 2020 —recordando que en ella se concluye estableciendo la vulneración de los artículos 19 nros. 2 y 9 de la Constitución Política (respectivamente, la igualdad ante la ley y el derecho a la salud)—, la influencia de la O.G. n.º 14 (reforzada, en lo relativo a la no discriminación, por la O.G. n.º 20)⁵⁹ aparece en su Considerando cuarto, cuando la Corte Suprema defiende la existencia de una obligación del Estado de Chile de resguardar y promover la no discriminación y los derechos humanos en favor de las personas transexuales. Aunque diluidas entre los otros antecedentes allí citados, dichas referencias sirvieron para ensanchar el alcance del derecho a la protección de la salud (un derecho a la salud que no debe entenderse sólo como un derecho a estar sano, sino que incluye la libertad sexual y genésica, etc.) y la aplicación, respecto a su contenido, de una prohibición de toda discriminación en lo referente al acceso y goce de la atención de la salud por motivos de orientación sexual o identidad de género. En el siguiente apartado, la Corte Suprema afirma:

“Que de la normativa expuesta, es posible concluir, de manera sucinta que la noción de igualdad representa el eje sobre el cual se estructura la dignidad humana, pero al mismo tiempo constituye la herramienta indispensable por medio de la cual se protege a la persona en su calidad de tal al reconocerle, atendida la calidad de ser pensante, la facultad de autodeterminarse y decidir sobre los aspectos fundamentales de su vida en plena libertad, entre esos aspectos se encuentra, justamente, la libertad de elegir su género...” (Considerando Quinto)

Podría contraargumentarse a estas críticas que, al ser los derechos sociales un tipo de derechos humanos, la incursión de las OO.GG. en el ámbito de “creación de normas” no es algo necesariamente problemático. Sin embargo, esta aproximación no considera dos problemas adicionales, derivados de la naturaleza misma de los derechos sociales, y de lo que podríamos denominar la “identidad”⁶⁰ del ordenamiento constitucional chileno. Los trataremos en los siguientes dos puntos.

6.3. *La proposición (o imposición) de políticas públicas diseñadas por organismos internacionales*

Es verdad que no resulta infrecuente en el Derecho la cita a documentos de diversa naturaleza —incluso, extrajurídica⁶¹— para fundamentar una *opinio iuris*, o

Obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (ed.). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 209-270.

⁵⁹ Recordemos el resumen de su contenido, en lo pertinente a la sentencia Rol 97.283, en el apartado “5.2. La Observación General n.º 14, sobre derecho a la salud” de este trabajo (p. 380, supra).

⁶⁰ Utilizamos esta nomenclatura en el sentido señalado por el profesor Manuel Núñez Poblete en su trabajo citado más abajo.

⁶¹ El “Mercader de Venecia” de Shakespeare, por ejemplo, ha sido citado en multitud de tratados de derecho en diversos países, y en EE.UU., en algunas sentencias de la Corte Suprema. Véase Skilton,

una determinada conclusión doctrinaria o jurisprudencial⁶². Por otro lado, los derechos humanos clásicos o tradicionales cuentan con un contenido esencial universal, anterior al derecho positivo, lo que explica la redacción del art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que les otorga vinculatoriedad directa⁶³. Si los derechos sociales son igualmente humanos o fundamentales, estaríamos ante derechos que tendrían un contenido autónomo —del que las referidas OO.GG. serían un mero reflejo⁶⁴—, cuya aplicación extensiva es deseable, y lo jurídicamente relevante es, en definitiva, el valor interpretativo que les otorga el juez nacional. En la labor del Comité PIDESC, por otro lado, no es realista mantener una división clara entre el *soft law* de “cumplimiento de normas” y el de “creación de normas”, dado el reto de contribuir a la aplicación significativa de los derechos humanos. Para que las Observaciones Generales del Comité PIDESC proporcionen una orientación útil, deben ampliar los términos de las obligaciones de los tratados⁶⁵.

Sin embargo, estimamos que el problema subsiste porque una parte importante de la efectivización jurídica de los derechos sociales depende de políticas sociales de competencia de las autoridades político-representativas nacionales. Por eso, como dice Bossuyt, no es realista abogar por un control judicial de los derechos sociales a escala internacional⁶⁶. La elección política de las prioridades sociales insitas en esta clase de derechos aconseja que la protección internacional de estos derechos deba limitarse, necesariamente, a fórmulas vagas y a garantías poco vinculantes⁶⁷. Desde esta perspectiva, en consecuencia, la utilización de las Observaciones Generales como fuente de políticas sociales u obligaciones prestacionales significaría, ni más ni menos, *que la imposición por sentencia, al interior de un país, de políticas sociales creadas en un organismo internacional*, evadiendo las facultades de las autoridades nacionales al respecto, y el control democrático de creación e implementación de esas políticas⁶⁸.

R. H., “Shakespeare and the Supreme Court”. Disponible en: https://media.law.wisc.edu/s/c_420/yzkwm/gargoyle_21_4_2.pdf

⁶² Paúl Díaz, A. (2020). “Soft Law: Ni Derecho …”, cit., pp. 212—213.

⁶³ Bossuyt, M. (1975). “La distinction…”, cit., pp. 789—791.

⁶⁴ Las OO.GG. del PIDESC y la doctrina favorable a ellas parecen abrazar esta perspectiva —véase al respecto el apartado 4.1. Las OO.GG. como fundamento de las técnicas de justiciabilidad de los derechos sociales, supra, y la bibliografía allí citada—, pues han sido redactadas como si fuesen universalmente aplicables, con independencia del ordenamiento constitucional concreto al que pudieran eventualmente aplicarse.

⁶⁵ Bódig, M. (2016). “Soft Law…”, cit., pp. 73—75.

⁶⁶ Bossuyt, M. (1975), “La distinction…”, cit., pp. 793—794.

⁶⁷ Bossuyt, M. (1975), “La distinction…”, cit., p. 806. Este autor, sin embargo, sí es partidario de sistemas regionales de protección de los derechos sociales.

⁶⁸ A propósito del proceso de integración europeo, Stith ha señalado que el gobierno de una élite supranacional judicial o quasi judicial “sin raíces, desvinculada tanto de las tradiciones nacionales como de las mayorías democráticas, es el mayor peligro”. Stith, R. y Weiler, J. H. H. (2000). *Dos visiones norteamericanas de la jurisdicción de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, p. 81. *Mutatis mutandis*, agregamos nosotros, podríamos decir lo mismo respecto de las pretensiones de los órganos de los tratados de la ONU.

En el caso específico de los órganos de la ONU, además, podrían existir factores que hacen más necesarias estas prevenciones. Algunos autores advierten la tendencia de los Comités de la ONU a aumentar sus propias competencias con independencia de lo que digan los tratados que les otorgan sus potestades⁶⁹, o a aumentar o alterar las obligaciones pactadas en el propio tratado que dicen aplicar. Como señala Paúl, los órganos que crean *soft law* pueden estar ideológicamente cargados, lo que teñirá sus recomendaciones, usualmente presentadas como “técnicas”⁷⁰. En términos más generales, Ipsen advierte como la amplitud del concepto de *soft law* —dado que las manifestaciones que abarca no son Derecho— termina confundiendo meras exigencias ideológicas y políticamente motivadas con el cuerpo reconocido de fuentes del Derecho internacional⁷¹.

En este sentido, se ha acusado a la actividad del Comité PIDESC de mostrar un sesgo marcadamente activista, caracterizado —como hemos visto con algunos de los ejemplos antes transcritos en este trabajo— por lo que Bódig denomina como la tendencia de dicho órgano de “reconstruir” más que simplemente “articular” las obligaciones de los Estados emanadas del PIDESC. De esta manera, las Observaciones Generales se han utilizado explícitamente para dar cuerpo a la específica postura del Comité sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, a lo que se suma su tendencia a aceptar la estrecha cooperación de ONG’s⁷² y a ajustar su trabajo doctrinal a la agenda del activismo de los derechos humanos dominante⁷³. Se aprecia así una manifestación de lo que Matlary denomina, en un nivel más general, como el actual proceso político de redefinición de derechos humanos a nivel de conferencias internacionales de la ONU, basado en la idea de que los derechos humanos evolucionan y se expanden de esa forma⁷⁴.

6.4. *El diseño constitucional chileno, la separación de poderes y la identidad constitucional*

En lo que Núñez denomina la “identidad constitucional”, cualquier diseño constitucional debiera operar como contrapeso a los fenómenos de globalización e internacionalización del derecho de los derechos humanos, “para limitar el poder o los poderes que, con mayor o menor precisión, es posible identificar” detrás de dichos

⁶⁹ Paúl Díaz, A. (2020). “Soft Law: Ni Derecho …”, cit., pp. 218—219.

⁷⁰ Véase Paúl Díaz, A. (2021). “Editorial…”, cit., p. 19, quien agrega que, aunque no sea vinculante, el *soft law* puede ser usado como argumento en discusiones doctrinales o para hacer activismo “tratando de dar la impresión de que tales instrumentos son vinculantes”.

⁷¹ Ipsen, K. (1990), *Völkerrecht...*, cit., pp. 221—222.

⁷² Durán y Lalaguna, P. (2012). “Las referencias onusianas para una definición europea de derechos sociales”, *Persona y Derecho*, p. 37. Esta autora señala que el Comité ha sido pionero en aceptar la presentación de informes escritos alternativos, preparados por ONG.

⁷³ Bódig, M. (2016). “Soft Law…”, cit., pp. 83—84. Véanse también pp. 87-88.

⁷⁴ Matlary, J.H. (2007), *When might becomes human right. Essays on democracy and the crisis of rationality*. Leominster, Gracewing, p. 14.

fenómenos⁷⁵. Si el Derecho internacional es un límite al ejercicio de la soberanía, la identidad constitucional es un concepto que configura, o delimita, las fronteras de dicho límite y, por lo tanto, cumple una función constitucional⁷⁶. Una comunidad no puede ser obligada, sin revisar su Carta constitucional, a modificar los principios fundamentales de su ordenamiento expresados en ella. Incluso más, si la identidad constitucional limita el propio poder de revisión, con mayor razón detiene el poder estatuido de jurisdicción⁷⁷.

Estas ideas debieran ser muy importantes para nuestros tribunales. La Constitución es, ciertamente, un conjunto de reglas jurídicas que limita el poder; pero también es un pacto destinado a fundamentar el nacimiento de una comunidad política, los derechos de sus ciudadanos y las potestades de sus autoridades. Esto implica la idea de *autonomía política* de dicha comunidad frente a cualquiera otra⁷⁸. En uso de esa autonomía política, por ejemplo, Chile se ha dado una Carta fundamental única en Latinoamérica, que se ha apartado del modelo del constitucionalismo social, para optar por un modelo de Estado subsidiario, con todo lo que ello implica en materia de justiciabilidad de los derechos sociales (especialmente en relación a su exigibilidad judicial)⁷⁹. La misma Carta fundamental reconoce a los ciudadanos chilenos derechos políticos, que les permiten elegir o descartar gobiernos con distintas orientaciones de políticas en relación con los problemas socioeconómicos del país. Además, la Constitución regula los aspectos esenciales del principio de separación de poderes, y protege —pero también limita— las facultades de los propios jueces en materia de implementación de políticas sociales.

Tratados internacionales tales como los grandes pactos de derechos humanos de la ONU, en cambio, no buscan establecer —ni podrían hacerlo— una comunidad política autónoma⁸⁰, sino derechos que limitan la soberanía estatal. Considerando

⁷⁵ Núñez alerta contra la creencia de suponer que el derecho internacional es la encarnación de la justicia natural, lo mismo que sus operadores: “[...]a evidencia muestra, sin embargo, que la realidad puede ser otra y que tanto los instrumentos convencionales como la práctica de sus organismos de fiscalización pueden ser objeto de alguna forma de ideologización. [...]”. Véase Núñez Poblete, M. (2008). “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona” *Ius et Praxis*, 14, nº. 2, pp. 360-361.

⁷⁶ Núñez Poblete, M. (2008). “Introducción ...”, cit., pp. 333—334.

⁷⁷ Núñez Poblete, M. (2008). “Introducción ...”, cit., p. 361.

⁷⁸ El entendimiento de la Constitución como “pacto fundante” puede extraerse directamente de los autores clásicos del contractualismo, en especial de Locke, así como de la práctica de los padres fundadores norteamericanos. Considérese también la jurisprudencia del TCF alemán y del TEDH citadas más abajo, que ponen límites a la aplicación del derecho supranacional al interior de los Estados europeos.

⁷⁹ Entre 2019 y 2023, dos procesos constituyentes intentaron reemplazar la Constitución de 1980 y su conocido “principio de subsidiariedad” (art. 1º inc. 3º de la Constitución política) por proyectos constitucionales de Estado social. Ambos textos fueron rotundamente rechazados por la ciudadanía.

⁸⁰ Nos referimos, desde luego, a los tratados internacionales estándar, y no a aquellos que, como ocurre con la UE y su “Carta de los Derechos Fundamentales”, reflejan la intención inequívoca de construir una entidad supranacional distinta de los Estados.

que, adicionalmente, estamos en el campo de los derechos sociales —que expresan decisiones de Política y de políticas⁸¹—, cabe poner especial atención al margen de deferencia que debe reconocerse a las autoridades nacionales en esta materia. La limitación al ejercicio de la soberanía en el ámbito de las políticas socioeconómicas es *algo muy distinto* a su reemplazo por decisiones políticas adoptadas por entidades internacionales, so capa de una mera interpretación jurídica de aquellos tratados.

Es por esto que, frente a la intención de algunos jueces de hacer primar en nuestro país esta clase de instrumentos internacionales, que no emanan de nuestra comunidad política y que, además, no son tratados; o de crear, bajo la excusa de su aplicación, un catálogo “desconstitucionalizado”⁸² de derechos sociales, debe rescatarse la primacía del derecho constitucional nacional. La Carta fundamental —especialmente en materia de vigencia del derecho internacional en el ordenamiento nacional— sigue vinculando a los jueces nacionales en su labor de interpretación. Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado, al menos respecto de un tipo de *soft law* —las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo— que, “al no tener ratificación por los Estados no constituyen, de acuerdo a nuestro derecho interno, normas vinculantes de rango legal”, agregando que es improcedente la “interpretación extensiva” de los tratados internacionales a la luz de tales recomendaciones, puesto que ellas son solo guías o pautas para los Estados, no decisiones vinculantes⁸³. Incluso *la propia Corte Suprema* ha señalado —aunque, en honor a la verdad, con cierta ambivalencia⁸⁴— que una opinión consultiva de la Corte IDH —también, un tipo de *soft law*— no es propiamente una “sentencia” emanada de un órgano que ejerce jurisdicción, por lo que resulta discutible la potestad de ejecución e imperio en relación con su contenido. Para ello, argumentó que

“[...] [d]e lo que se trata, en definitiva, es de respetar la vigencia del derecho interno y la seguridad jurídica, así como también el valor del pluralismo y la diversidad de pareceres que existen y deben existir en el seno de una sociedad democrática sana y robusta, de manera que la determinación final sobre la materia sea canalizada y adoptada por la institución democrática por autonomía, esto es, por el Parlamento. Concluir lo contrario, [...] reemplazar la judicatura el juicio y las prerrogativas que

⁸¹ Véase nuestro Poyanco Bugueño, R. A. (2022). “El caso *Lhaka Honhat v. Argentina...*”, cit.

⁸² Sobre el fenómeno de la desconstitucionalización de los derechos en el derecho español, Pereira Menaut, A.C. (2021). “Pasado y presente de los derechos”, *Persona y Derecho*, nº. 47, p. 66.

⁸³ Véase Tribunal Constitucional de Chile. (09-05-2016). “Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores respecto de las normas que indica contenidas al proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo, correspondiente al boletín n.º 9835-13 (2016)”, Rol 3016, Considerandos 53º - 54º. Véase también Véase Paúl Díaz, A. (2021). “Editorial...”, cit., pp. 19—20.

⁸⁴ En efecto, en la sentencia de la Corte Suprema de Chile (29-05-2018), Rol 70584-2016, Considerando Octavo, ese tribunal le había otorgado carácter autoritativo a la Opinión Consultiva n.º 24 sobre Identidad de Género, e Igualdad y No-Discriminación a Parejas del Mismo Sexo del 24 de noviembre de 2017, de la Corte IDH. Lo mismo sucede en la propia sentencia 97.283 de 2020 aquí citada, consideración que también extiende a la OC 18/03 (véase Considerando quinto).

la Constitución ha otorgado a otros poderes del Estado, con el riesgo que ello supone de lesionar uno de los fines esenciales del Derecho, como lo es la certeza jurídica”.

En estas condiciones, el mismo tribunal concluye que dicha opinión consultiva se trataría, más bien, de un “llamamiento a los Estados en orden a adecuar su legislación interna a la interpretación que la CIDH hace del Sistema Interamericano de Derechos Humanos [...]”⁸⁵.

Aparece así, de forma patente, la prelación que debiera exhibir el código político frente a documentos de *soft law* en aquellas materias que expresan la autonomía de nuestra comunidad política; y cómo debieran incorporarse ellos, si quiere dárseles valor jurídico, al derecho interno. Adicionalmente —y aunque en declive en Sudamérica, dada la aparición de figuras como el control de convencionalidad⁸⁶—, la idea de que, en ciertos ámbitos, el derecho internacional de derechos humanos encuentra un límite en los principios básicos de los ordenamientos constitucionales nacionales cuenta con el aval de prestigiosos tribunales europeos e internacionales. Como señala Voßkuhle, con cita a jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene en su jurisprudencia la necesidad de respetar el patrimonio constitucional de cada país y el margen de apreciación de los tribunales y autoridades nacionales, principio este último que, además, fue introducido expresamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos mediante el Protocolo n.º 15, de 2013. A su vez, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha señalado que la aceptación del Convenio Europeo de Derechos Humanos no debe confundirse con una obediencia estricta. La Ley Fundamental opone ciertos límites cuando se trata de su interpretación a la luz del Derecho internacional. La interpretación comparativa tiene que ser justificable en términos de métodos y compatible con los valores fundamentales de la Ley Fundamental (artículo 79 § 3 de la Ley Fundamental). Además, —de conformidad con el artículo 53 del Convenio— la interpretación no debe comprometer el nivel de protección de los derechos fundamentales previsto por la Ley Fundamental. Ocasionalmente, ésta podría garantizar un mayor nivel de protección⁸⁷.

Finalmente, no olvidemos que, en nuestro país, el art. 5. inc. 2º de la Constitución ha sido interpretado por nuestro Tribunal Constitucional en el sentido de

⁸⁵ Corte Suprema de Chile. (20-07-2020), Rol 33.316-2020, Considerandos Decimotercero y Decimocuarto. Recordemos, sin embargo, la ambivalencia del máximo tribunal en esta materia (véase nota al pie n.º 84, supra).

⁸⁶ El control de convencionalidad es una creación de la Corte IDH que suele implicar una suerte de “pirámide normativa” que pone al derecho internacional de los derechos humanos por encima, en términos jerárquicos, de las constituciones nacionales, en términos de que, en caso de contradicción entre ambas fuentes de derecho, los jueces nacionales estarían obligados a preferir la norma internacional. Una crítica a esta visión en Contreras Vásquez, P. (2015). “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, en Núñez Poblete, M., (ed.). *La internacionalización del Derecho Público. Actas XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Thomson Reuters: Santiago de Chile, p. 427.

⁸⁷ Voßkuhle, A. (31/01/2014), *Speech given by Prof. Andreas Voßkuhle, President of the German Federal Constitutional Court, on the occasion of the opening of the judicial year*. Estrasburgo, p. 37. Traducción propia.

que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen un rango superior a la ley, pero inferior a la Constitución Política⁸⁸, perspectiva que, como hemos señalado tantas veces, debiera tener mayor peso, si cabe, frente a documentos como las OO.GG., que no son tratados internacionales de derechos humanos ni —según hemos intentado demostrar aquí— emanan de un órgano que pueda reclamar para sí las competencias para realizar una interpretación “auténtica” del PIDESC.

7. CONCLUSIONES

En las condiciones expuestas, parece discutible que nuestros jueces superiores apliquen en Chile de forma directa el contenido de las Observaciones Generales del Comité PIDESC como criterio para reconocer beneficios o derechos sociales, olvidando cuestiones básicas como la naturaleza de aquellos instrumentos internacionales y de las obligaciones del propio PIDESC, el diseño constitucional que los vincula en materia de creación y ejecución de políticas sociales, la separación de poderes, y la dogmática de los derechos sociales. Estas limitaciones no desaparecen porque el juez invoque como fundamento de su juicio a numerosos documentos internacionales de diversa naturaleza.

Por supuesto que, a falta de un valor vinculante a nivel internacional, las sugerencias de políticas públicas contenidas en una O.G. del Comité PIDESC pueden ser asumidas de buena fe por un determinado Estado. Pero ello corresponde, no a los tribunales de justicia, sino a quienes tienen el poder constitucional de implementar dichas políticas. El juez, en cambio, debiera estar vinculado por el Derecho; esto es, a modo ejemplar, por lo que dice la Constitución Política que le otorga sus competencias o, en su caso, el tenor literal del art. 2.1 del PIDESC, que apunta a la progresividad de las obligaciones que emanan de dicho tratado. La labor del Derecho y de los jueces que lo aplican, especialmente en el ámbito del derecho constitucional, no es establecer “las mejores políticas sociales”, ni aún bajo la excusa de aplicar el derecho internacional en sus distintas formas, sino evitar que las autoridades, en nombre de esas políticas, vulneren los márgenes del Estado de Derecho⁸⁹.

⁸⁸ Consultense las sentencias del Tribunal Constitucional roles 346 de 2002 y 1288 de 2009, que, en la práctica, negaron a los tratados internacionales sobre derechos humanos una jerarquía normativa o rango equiparable al de la Constitución política. Véase también Navarro Beltrán, E. (2015). “Tratados y Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”. En Núñez Poblete, M., (ed.). *La internacionalización del Derecho Público. Actas XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 547—560. Desde luego, existen nuevos desarrollos jurisprudenciales —como el que estudiamos ahora—, pero ello no impide someterlos a una crítica basada en el entendimiento tradicional de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución.

⁸⁹ Thayer, James B. (1893). “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law” *Harvard Law Review*, 7, nº. 3, pp. 136,148.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta.

ALEXY, Robert. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. 2^a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BENAVIDES CASALS, María Angélica. (2021). “El soft law en el contexto de las fuentes del derecho internacional: Aportes para la discusión”, *Revista de Derecho Público*, n.^o 94, pp. 1-16.

BERNER, Katharina. (2016). “Authentic Interpretation in Public International Law” *Heidelberg Journal of International Law (HJIL)*, 76, pp. 845-878. Disponible en: https://www.zaoerv.de/76_2016/76_2016_4_a_845_878.pdf.

BÓDIG, Mátyás. (2016). “Soft Law, Doctrinal Development, and the General Comments of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en Lagoutte, S., Gammeltoft-Hansen, T., y Cerone, J., (eds.). *Tracing the roles of soft law in human rights*: Oxford United Kingdom, Oxford University Press, pp. 69-88.

BOSSUYT, Marc. (1975). «La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels», *Revue des droits de l'homme*, VIII, n.^o 4, pp. 783-820.

CERONE, John. (2016). “A Taxonomy of Soft Law: Stipulating a Definition”, en Lagoutte, S., Gammeltoft-Hansen, T., y Cerone, J., (eds.). *Tracing the roles of soft law in human rights*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, pp. 15-24.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (1998). “Observación General N^º9: La aplicación interna del Pacto”, n.^º E/C.12/1998/24.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (2000). “Observación general N^º 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, n.^º E/C.12/2000/4.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (2002). “Observación general N^º 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, n.^º E/C.12/2002/11.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (2015). “Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile”, n.^º E/C.12/CHL/CO/4. Disponible en: <https://bit.ly/3Taiu2u>.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (2009). Observación general N^º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), n.^º E/C.12/GC/20

CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. (2015). “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, en Nuñez Poblete, M., (ed.). *La internacionalización del Derecho Público. Actas XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 425-469.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2020). “Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”.

CORTE SUPREMA DE CHILE. (29-05-2018). Sentencia Rol 70.584-2016.

CORTE SUPREMA DE CHILE. (06-08-2020). Sentencia “Almendra Dusta y Otros/ Gobernación Provincial de Petorca y Gobernadora Provincial de Petorca”, rol 1348-2020.

CORTE SUPREMA DE CHILE. (20-07-2020). Sentencia Rol 33.316-2020

CORTE SUPREMA DE CHILE. (18-01-2021). Sentencia “Gallardo/Anglo American Sur S.A. “, Rol 72.198-2020.

CORTE SUPREMA DE CHILE. (10-11-2020). Sentencia Rol 97.283-2020.

CORTE SUPREMA DE CHILE. (23-03-2021). Sentencia “Instituto Nacional de Derechos Humanos/ Gobernación Provincial de Petorca”, Rol 131.140-2020.

CORTE SUPREMA DE CHILE. (26-09-2022) Sentencia “Ugalde/Superintendencia de Servicios Sanitarios”, Rol 5.295-2022

CROSS, Frank B. (2001). “The Error of Positive Rights” *UCLA Law Review*, 48, pp. 857-924.

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA. (2021). “El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Suprema (2015-2021)”. Disponible en: <https://direccioneestudios.pjud.cl/articulo-el-pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-suprema-2015-2021>.

DOEHRING, Karl. (2004). *Völkerrecht. Ein Lehrbuch*. 2., neubearbeitete Aufl., Heidelberg, C.F. Müller.

DURÁN Y LALAGUNA, Paloma. (2012). “Las referencias onusianas para una definición europea de derechos sociales”, *Persona y Derecho*, pp. 29-48.

ELY YAMIN, Alicia, PARRA VERA, Oscar, y GIANELLA, Camila. (2013). “Colombia: la protección judicial del derecho a la salud. ¿Una promesa difícil de cumplir?”, en Yamin, A. E. y Gloppen, S., (eds.). *La lucha por los derechos de la salud. ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, pp. 127-157.

ESTADO DE CHILE. (2022). “Quinto informe periódico que Chile debía presentar en 2021 en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto”, n.º E/C.12/CHL/5. Disponible en: <https://bit.ly/49L9lTM>.

FAVOREU, J.L. (1988). « La Protection des Droits Economiques et Sociaux dans les Constitutions », en Nagai, K., (ed.). *Conflict and integration. Comparative law in the world today: the 40th anniversary of the Institute of Comparative Law in Japan, Chuo University*, Tokyo, Chuo University Press, pp. 691-701.

FERRAJOLI, Luigi. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta.

GAMBINO, S. (2008). “Derechos Sociales, Carta de Derechos Fundamentales e Integración Europea”, *Revista De Derecho Constitucional Europeo*, 9, pp. 69—149.

GLENDON, Mary Ann. (1992). "Rights in Twentieth-Century Constitutions", *The University of Chicago Law Review*, n.º 59, pp. 519-538.

GONZÁLEZ JANSANA, Juan Pablo. (2021). "Una propuesta de Constitución desde los derechos humanos". Disponible en: <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/07/Una-propuesta-de-Constitucion%CC%81n-Educacion%CC%81n-y-libertad-de-ensen%CC%83anza.pdf>.

IPSEN, Knut. (1990). *Völkerrecht. Ein Studienbuch*. 3., völlig neu bearb. Aufl., München, C.H. Beck.

LOEWENSTEIN, Karl. (1986). *Teoría de la constitución*, 2, Reimpresión, Barcelona, Ariel.

MARTÍNEZ ESTAY, J. I. (2010). "Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena", *Estudios Constitucionales*, 8, n.º 2, pp. 125—166. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000200006>

MARTÍNEZ ESTAY, J. I. y POYANCO BUGUEÑO, R. A. (2022). "El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre medicamentos de alto costo". *Estudios Constitucionales*, 20, n.º 2, pp. 3—40. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002022000200003>

MATLARY, Janne Haaland. (2007). *When might becomes human right. Essays on democracy and the crisis of rationality*, Leominster, Gracewing.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique. (2015). "Tratados y Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", en Núñez Poblete, M., (ed.). *La internacionalización del Derecho Público. Actas XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 541-570.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2009). "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", *Estudios Constitucionales*, 7, n.º 2, pp. 143-205. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art07.pdf>.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel. (2008). "Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona", *Ius et Praxis*, 14, n.º 2, pp. 331-372.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel. (2015). "Constitución en la mira: observaciones de los Órganos de los Tratados de Derechos Humanos y revisión de la Constitución", en Nuñez Poblete, M., (ed.), *La internacionalización del Derecho Público. Actas XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 571-586.

OTTO Y PARDO, Ignacio de. (2010). "Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes", en Otto y Pardo, I. d., Punset, R., Bastida Freijedo, F. J., Y Varela Suanzes, J., (eds.). *Ignacio de Otto y Pardo. Obras completas*: Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 803-1068.

PAÚL DÍAZ, Álvaro. (2020). "Soft Law: Ni Derecho ni tan blando (Soft Law: Neither Law nor Soft)", *SSRN Electronic Journal*,

PAÚL DÍAZ, Álvaro. (2021). “Editorial: Nueva Constitución y Derecho Internacional”, *Revista chilena de derecho*, 48, pp. v-xxvi. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372021000100001&nrm=iso.

PAÚL DÍAZ, Álvaro. (2022). “El derecho internacional como excusa para cuantificar el derecho al agua (Corte Suprema)”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 35, n.º 2, pp. 353-362.

PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. (2021). “Pasado y presente de los derechos”, *Ius Publicum*, n.º 47, pp. 47-68.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos y COELLO DE PORTUGAL y MARTÍNEZ DEL PERAL, Íñigo. (1991). “Normatividad constitucional, igualdad y derechos sociales”, en *El principio de la igualdad en la Constitución Española. Vol. I. XI Jornadas de estudio (de) Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Madrid, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, pp. 941-958.

POYANCO BUGUEÑO, R. A. (2017). “Derechos sociales y políticas públicas: El principio de progresividad”, *Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano*, XXIII, pp. 327—347. <http://www.kas.de/rspla/es/publications/51336/>.

POYANCO BUGUEÑO, R. A. (2021). *Derechos sociales en Europa y Sudamérica. Jurisprudencia comparada* (1a ed.), Monografías, Valencia, Tirant lo Blanch. <https://editorial.tirant.com/cl/ebook/derechos-sociales-en-europa-y-sudamerica-jurisprudencia-comparada-rodrigo-andres-poyanco-bugueno-9788413782706>

POYANCO BUGUEÑO, R. A. (2022). “El caso Lhaka Honhat v. Argentina, como ejemplo de confrontación entre derechos sociales y derechos civiles,” en A. Romero Seguel (Ed.), *Derecho Indígena. Cuadernos de Extensión Jurídica: Vol. 33*, pp. 265—298, Valencia, Tirant lo Blanch.

ROSENKRANTZ, C.F. (2002). “La pobreza, la ley y la constitución”, n.º 15. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=yls_sela

SCALIA, Antonin y MANNING, John F. (2012). “A Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation”, *The George Washington Law Review*, 80, n.º 6, pp. 1610-1619.

STITH, R. y WEILER, J. H. H. (2000). *Dos visiones norteamericanas de la jurisdicción de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela.

TENORIO SÁNCHEZ, Pedro J. (2012). “El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno”, en Cascajo Castro, J. L., (ed.). *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España: celebrado en Santa Cruz de Tenerife, España, los días 27 y 28 de enero de 2011*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 257-299.

THAYER, James B. (1893). “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law” *Harvard Law Review*, 7, n.º 3, pp. 129-156. Disponible en: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=15308684&lang=es&site=ehost-live>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2016). “Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores respecto de las normas que indica contenidas al proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo, correspondiente al boletín N° 9835-13 (2016)”.

VOSSKUHLE, Andreas. (31/01/2014). *Speech given by Prof. Andreas Voßkuhle, President of the German Federal Constitutional Court, on the occasion of the opening of the judicial year.* Estrasburgo. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/speech_20140131_voskuhle_eng

Title

The General Observations of the ICESCR Committee on the jurisprudence of the Chilean Supreme Court on social rights. Critical comment

Summary

1. PRESENTATION OF THE TOPIC. 2. SOCIAL RIGHTS AND THE CONTROVERSY ABOUT THEIR BINDING NATURE. 3. BUT WHAT ABOUT THE CONTENTS OF POLICIES THAT THE JUDGE WILL GRANT? 4. THE GENERAL COMMENTS OF THE ICESCR COMMITTEE. 5. THE OBSERVATIONS OF THE ICESCR COMMITTEE ON THE JURISPRUDENCE OF THE CHILEAN SUPREME COURT. 6. THE THEORETICAL PROBLEMS RAISED BY THE USE OF THESE GENERAL OBSERVATIONS IN THE JURISPRUDENCE OF THE CHILEAN SUPREME COURT. 7. CONCLUSIONS

Resumen

El Comité PIDESC emite Observaciones Generales interpretativas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que son consideradas como soft law del derecho internacional de los derechos sociales. Aunque el Comité emite guías para la justiciabilidad de derechos sociales, también avanza en la creación de políticas de cumplimiento de estos e, incluso, en el reconocimiento de derechos no explícitos en el Pacto. Dichas Observaciones Generales están siendo profusamente utilizadas en la jurisprudencia constitucional latinoamericana en materia de derechos sociales y ahora, también, en Chile. En el periodo 2015-2022, la Corte Suprema de Chile ha citado a estos documentos en seis sentencias, en cinco de las cuales dicha cita le permitió reconocer o crear derechos prestacionales no reconocidos en la Constitución Política o en las leyes nacionales que

regulan las prestaciones sociales en los ámbitos respectivos. Es así como, basándose en la Observación General Nro. 15, dicho tribunal reconoció un “derecho al agua” directamente justiciable, una innovación no presente en la Constitución chilena; y, basándose en la Observación General Nro. 12, respaldó la financiación de una cirugía de reasignación de género, imponiendo así un beneficio de salud inexistente en los planes de salud obligatorios aplicables al caso.

Considerando la doctrina relativa a la naturaleza de los derechos sociales, su protección nacional e internacional y el valor jurídico del soft law, examinaremos la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia y advertiremos algunos de los problemas derivados del uso de las Observaciones Generales de la forma expuesta. Concluiremos que resulta cuestionable el uso en el derecho interno de este tipo de instrumentos internacionales para generar beneficios sociales, dada la naturaleza del soft law —en particular, su origen como interpretación no auténtica del PIDESC, y su carácter no vinculante a nivel internacional—, el probable sesgo activista del Comité internacional antes referido, y, desde un punto de vista dogmático, la naturaleza de los derechos sociales, que impone que su desarrollo dependa de decisiones de políticas adoptadas por las autoridades político-representativas. Teniendo en cuenta esa naturaleza, y puesto que las competencias de los jueces y el valor del propio derecho internacional de los derechos humanos en Chile están regulados por la Constitución, la imposición directa en nuestro país, por sentencia judicial, de políticas sociales o nuevos derechos socioeconómicos creados o sugeridos por organismos internacionales desafía la identidad constitucional chilena, su diseño subsidiario y la separación de poderes.

Abstract

The ICESCR Committee has issued 25 General Comments interpreting the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which are considered as soft law of international social rights law. Although the Committee issues guidelines for the justiciability of social rights, it also advances in the creation of policies and even in the recognition of rights that are not explicit in the Covenant.

These General Comments are being widely used in Latin American constitutional case law on social rights and now also in Chile. In the period 2015-2022, the Supreme Court of Chile has cited to these documents in six judgments, in five of which such citation allowed it to recognize or create benefit rights not recognized in the Political Constitution or in the national laws regulating social benefits in the respective areas. Thus, based on General Comment No. 15, the Court recognized a directly justiciable “right to water,” an innovation not present in the Chilean Constitution; and, based on General Comment No. 12, it upheld the financing of gender reassignment surgery, thus imposing a health benefit that did not exist in the mandatory health plans applicable to the case.

Considering doctrine on the nature of social rights, their national and international protection and the legal value of soft law, we will examine the case law of the Supreme Court on the matter and note some of the problems arising from the use of General Comments in the manner described above. We will conclude that the use in domestic law of this type of international instruments to generate social benefits is questionable, given the nature of soft law—in particular, its origin as a non-authentic interpretation of the ICESCR, and its non-binding nature at the international level—the probable activist bias of the aforementioned international Committee, and, from a doctrinal point of view, the nature of social rights, which imposes that their development depends on policy decisions adopted by the political-representative authorities. Considering this nature, and since the competences of judges and the value of international human rights law in Chile are regulated by the Constitution, the direct imposition in our country, by judicial sentence, of social policies or new socioeconomic rights created or suggested by international organizations challenges the Chilean constitutional identity, its subsidiary design and the separation of powers.

Palabras clave

Observaciones Generales; Comité PIDESC; PIDESC; derechos sociales; soft law

Keywords

General Comments; ICESCR Committee; ICESCR; social rights; soft law.

