



UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO.

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO  
EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

**PERSONAS EN SITUACIÓN DE CALLE Y SU DERECHO A LA  
VIVIENDA ADECUADA.**  
SU APLICACIÓN, EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD.

Profesor Guía  
Patricia Albornoz Guzmán.

SEBASTIÁN ANDRÉS FARÍAS FLORES

JULIO 2010

SANTIAGO- CHILE

Sueñan las pulgas con comprarse un perro y sueñan los nadie con salir de pobres,  
que algún mágico día llueva de pronto la buena suerte, que llueva a  
cántaros la buena suerte;  
pero la buena suerte no llueve ayer, ni hoy, ni mañana, ni nunca.  
Ni en lloviznita cae del cielo la buena suerte, por mucho que los  
nadie la llamen,  
aunque les pique la mano izquierda, o se levanten con el pie  
derecho,  
o empiecen el año cambiando de escoba.  
Los nadie: los hijos de nadie, los dueños de nada.  
Los nadie: los ningunos, los ninguneados, corriendo la liebre,  
muriendo la vida, jodidos, rejodidos.  
Que no son, aunque sean.  
Que no hablan idiomas, sino dialectos.  
Que no profesan religiones, sino supersticiones.  
Que no hacen arte, sino artesanía.  
Que no practican cultura, sino folklore.  
Que no son seres humanos, sino recursos humanos.  
Que no tienen cara, sino brazos.  
Que no tienen nombre, sino número.  
Que no figuran en la historia universal, sino en la crónica roja de la  
prensa local.  
Los nadie, que cuestan menos que la bala que los mata.

*“Los Nadies”*  
Eduardo Galeano.

## **AGRADECIMIENTOS**

Hace ya tiempo comencé el camino que con este trabajo concluyo para iniciar nuevos desafíos. En este viaje siempre tuve y tengo el apoyo incondicional de mis padres, Ana y Juan Carlos, de mi abuela paterna, Juanita Espinoza, y de mi hermana menor, María José.

Hay personas que me apoyaron durante toda la carrera como lo son Gabriela Román Matamala, Pablo González Fuentes, Hugo Aravena Santander y Boris Guerrero Rodríguez, amigos desde hace mucho tiempo y que siempre han estado ahí para apoyarme.

También hay una persona que apareció después, me ayudó a terminar este trabajo y hoy se encuentra a mi lado en todos los sentidos de la vida como lo es Rebeca Barría Miranda.

Mención aparte merece la guía de la presente Memoria, profesora Patricia Albornoz Guzmán por su dedicación, interés y por su ayuda para resolver las múltiples interrogantes que se presentaron en la investigación.

A todos ellos mis más sinceras gratitudes y les deseo lo mejor para sus vidas, logrando todos sus propósitos.

MUCHAS GRACIAS.

## INDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS.....	3
INDICE GENERAL.....	4
INTRODUCCIÓN.....	7
PARTE PRIMERA: PERSONAS EN SITUACION DE CALLE, CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERÍSTICAS.....	14
I.- Breve introducción a la Primera Parte.....	15
II.- Conceptualización de Personas en Situación de Calle.....	16
i. Conceptualización según el Catastro.....	17
ii. Conceptualización del Hogar de Cristo.....	18
iii. Elementos del Concepto de Personas “en situación de calle”.....	19
III.- Caracterización de las Personas en Situación de Calle en Chile.....	22
IV.- Situación en Chile y en otros países respecto a las Personas en Situación de Calle.....	28
i. Algunos países desarrollados.....	29
ii. Latinoamérica y Chile.....	32
V.- Resumen de la trayectoria histórica de las Personas en Situación de Calle.....	34
i. Historia de las Personas “en situación de calle” en el Mundo.....	34
ii. Historia de las Personas “en situación de calle” en Chile.....	34
iii. Participación histórica del Estado en intervenciones frente a extrema pobreza.....	36
VI.- Instituciones actuales en Chile que intervienen con Personas en Situación de Calle.....	39
i. A nivel del Estado.....	40
ii. A nivel de Instituciones y/o Corporaciones.....	43
VII.- Promoción de los Derechos de las Personas en Situación de Calle.....	47
PARTE SEGUNDA: EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....	51
I.- Introducción a la Segunda Parte.....	52
II.- Breve exposición y conceptualización de los Derechos Humanos y de los Derechos Fundamentales para efectos del presente estudio.....	53
III.- Características de los Derechos Humanos y de los derechos fundamentales.....	56
IV.- Justificación de los Derechos Humanos. El ¿Por qué de los Derechos Humanos? Función de los Derechos Humanos. El ¿Para qué de los Derechos Humanos?.....	60
V.- Generaciones de Derechos Humanos. Derechos Civiles y Políticos, Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos de la Solidaridad.....	63
i. Primera Generación: Derechos Civiles y Políticos.....	64
ii. Segunda Generación: Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	66
iii. Tercera Generación: Derechos de la Solidaridad o Derechos de los Pueblos.....	68
VI.- Diferencias entre las distintas generaciones de Derechos.....	69

i.	Contexto Jurídico-Político. Estado liberal y Estado Social de Derecho .....	69
ii.	Nivel de Intervención del Estado .....	70
iii.	Titularidad de los Derechos .....	70
iv.	Exigibilidad Judicial .....	71
VII.-	Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Concepto y características.....	71
VIII.-	Obligación emanada de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su prestación positiva .....	76
IX.-	El Derecho a un nivel de vida adecuado. Concepto y alcances .....	77
i.	Derecho a una Vivienda Adecuada como integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuada. ¿Qué se debe entender como vivienda adecuada?.....	79
ii.	Marco Regulatorio Específico. Artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus Observaciones Generales .....	83
iii.	Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comentarios generales. (Sexto período de sesiones, 1991) .....	88
iv.	Observación General N° 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comentarios generales. (16° Período de sesiones, 1997).....	93
v.	Conclusiones a los análisis. Estructura y alcance del Derecho a una Vivienda Adecuada a la luz de dichos instrumentos analizados .....	96
X.-	El Derecho a una Vivienda Adecuada como Derecho Fundamental .....	99
i.	Constituciones de reconocimiento explícito .....	99
ii.	Constituciones de reconocimiento tácito .....	101
<b>PARTE TERCERA: APLICACIÓN Y EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS</b>		
<b>ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN ESPECIAL DEL DERECHO A LA</b>		
<b>VIVIENDA ADECUADA .....</b>		
	<b>A) Aplicación y exigibilidad de los derechos sociales en general. ....</b>	<b>106</b>
I.-	Orígenes del problema de aplicación y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales .....	106
i.	Ideas Generales .....	106
ii.	Exigibilidad, generaciones de derechos y sus estructuras .....	107
iii.	Otra Clasificación de los Derechos Humanos .....	110
iv.	Obligaciones que nacen de los derechos humanos y su exigibilidad .....	111
v.	El “Condicionante Económico” como excusa en la exigibilidad de los derechos sociales. ....	116
II.-	Exigibilidad y Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ....	119
i.	Antecedentes .....	119
ii.	Distintas Visiones de los Derechos.....	119
iii.	Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales .....	140
iv.	Mecanismo de Protección de Derechos Humanos .....	144
B)	Aplicación y Exigibilidad del derecho a una Vivienda Adecuada en particular. ....	192
I.-	Antecedentes del Tema .....	192
II.-	Obligaciones que genera el Derecho a la Vivienda.....	193
i.	Obligación de Reconocimiento y Promoción del derecho a la Vivienda .....	193
ii.	Obligación de Respetar el derecho a la Vivienda .....	195

iii. Obligación de Protección del derecho a la Vivienda.....	196
iv. Obligación de garantía o de “acceso a la vivienda”.....	198
III.- Aplicación del Derecho a la Vivienda en Chile en sede administrativa. ....	200
i. Subsidios Habitacionales según D.S. 40 de 2004.....	200
ii. Fondos Solidarios de Vivienda.....	203
iii. Comentarios.....	212
IV.- Aplicación del Derecho a una Vivienda Adecuada en Chile. Sede judicial.....	215
<b>PARTE CUARTA: LAS PERSONAS “EN SITUACIÓN DE CALLE” Y SU DERECHO</b>	
<b>A UNA VIVIENDA ADECUADA.....</b>	<b>218</b>
I.- Objeto y fines del presente capítulo.....	219
II.- Características y elementos de una vivienda adecuada en relación a las personas “en situación de calle”.....	220
i. Seguridad en la tenencia de la vivienda y Personas “en situación de Calle”.....	220
ii. Disponibilidad de servicios, facilidades e infraestructuras de la vivienda y Personas “en situación de Calle”.....	221
iii. Gastos soportables de la vivienda y Personas “en situación de Calle”.....	221
iv. Habitabilidad de la vivienda y Personas “en situación de Calle”.....	222
v. Asequibilidad de la vivienda y Personas “en situación de Calle”.....	222
vi. Lugar de la vivienda y Personas “en situación de Calle”.....	223
vii. Adecuación cultural de la vivienda y Personas “en situación de Calle”.....	223
viii. Comentarios.....	223
III. Obligaciones que tiene el Estado respecto de las personas “en situación de calle” y el derecho a la vivienda adecuada. Reconocer, respetar, proteger y realizar.....	224
IV.- Personas “en situación de calle”, mecanismos de protección y exigibilidad del derecho a la Vivienda adecuada.....	227
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>250</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>263</b>

## INTRODUCCIÓN

En julio de 2005 un grupo de voluntarios de distintas instituciones, como el Hogar de Cristo y la ONG Moviliza, junto con funcionarios públicos y miembros de Carabineros de Chile, salieron a las calles de las ciudades más pobladas de nuestro país a realizar el primer catastro nacional de personas en situación de calle. Esta actividad daría origen al único documento de carácter oficial que trata el problema que adolecen estas personas denominado “*Habitando la Calle: Primer Catastro Nacional de Personas en Situación de Calle 2005*”. No podemos decir que se trata del único tratamiento que se hace del tema ya que claramente ha sido abordado por otro tipo de instituciones, manteniendo el Estado una actitud pasiva, que con este instrumento busca iniciar una nueva etapa de trabajo.

Dentro del ámbito jurídico, ya que en otras Ciencias Sociales el tema ya se ha discutido, el problema de estas personas es casi invisible, por no decir tal. Por esta razón, y otras personales, presentamos la problemática social que viven muchos de nuestros compatriotas a lo largo del país en esta Memoria de Prueba como forma de visibilizarla en el estudio del Derecho, aunque de manera muy sencilla como se podrá apreciar mediante su lectura.

Es por ello que en el desarrollo de la presente investigación trataremos dos grandes temas relacionados. En primer lugar estudiaremos lo relativo a las personas “en situación de calle” y en un segundo lugar veremos uno de los derechos humanos vulnerados respecto de estas personas, esto es, el derecho a la vivienda. Adelantamos que no se trata del único derecho que se ve afectado sino que es el que más los aqueja, teniendo la imperiosa necesidad de habitar los lugares públicos.

Buscamos con esta Memoria de Prueba visualizar una situación social que se encuentra alejada del mundo académico sobretodo del jurídico, en cuanto a personas “en situación de calle” se trata. También creemos que es importante discutir y ahondar sobre el tema de la exigibilidad de los derechos sociales. Como se verá en el desarrollo de este

trabajo ocupa gran importancia y analizaremos distintas posiciones sobre el tema para finalmente llegar a una conclusión.

El presente trabajo se dividirá en cuatro partes. La primera de ella se denomina *“Personas en situación de calle, conceptualización y características”* En esta parte abarcaremos los temas de conceptualización y caracterización de ellas, haremos una pequeña referencia a la trayectoria histórica de la situación y de la intervención del Estado en este sentido. Estudiaremos a las distintas instituciones que trabajan con estas personas, sean oficiales sean entes privados o sociales. Finalizaremos este tópico hablando de la promoción de los derechos de los cuales éstas son titulares. Señalamos que la gran mayoría de la información que utilizaremos es la que nos entrega el catastro comentado, ya que se trata de un documento oficial de mucha importancia.

En la segunda etapa intitulada *“El derecho a una vivienda adecuada como derecho fundamental”* haremos un breve análisis o repaso de los derechos humanos en general, los conceptualizaremos, hablaremos de sus características, de la justificación y función de éstos para llegar a las distintas generaciones de derechos, que más abajo entenderemos como simples clasificaciones. Estudiaremos, posteriormente, lo relativo a los derechos sociales o derechos económicos, sociales y culturales, veremos sus características y sus diferencias con los derechos civiles. Finalmente, veremos lo que al nivel de vida adecuado se refiere, dentro del cual nos interesa el derecho a una vivienda adecuada. Para su mejor entendimiento y alcance, analizaremos distintos instrumentos internacionales que nos darán una pauta para lo que seguirá. Por último, dentro de este tema, distinguiremos a la vivienda como derecho fundamental, analizando distintos cuerpos constitucionales. Señalamos que para esta investigación hemos decidido ir de lo general a lo particular, pudiendo aseverar con propiedad que el derecho en comento es un derecho humano y no sólo eso, sino que se trata de un derecho fundamental.

La tercera parte de nuestra investigación tiene relación con la Aplicación y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en particular del derecho a la

vivienda adecuada y se dividirá en dos grandes tópicos: el que se refiere a los derechos sociales en general y el que se refiere a la vivienda adecuada en particular.

En “*Aplicación y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*”, retomaremos el tema de los derechos sociales analizando el problema de su aplicación y exigibilidad atendidas las obligaciones que estos generan. Veremos otro tipo de clasificación de derechos que miran a las obligaciones que de ellos emanan y estudiaremos otros modelos de obligaciones que van más allá de considerarlas positivas o negativas. Más adelante revisaremos distintas visiones sobre derechos subjetivos, llegando a la conclusión que los derechos sociales son tan derechos como los civiles. Partiendo de esta base estudiaremos la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales para continuar con el tema de los mecanismos de protección de derechos humanos y sobretodo la relación de éstos con los derechos sociales, incluyendo en este análisis lo que se relaciona con el recurso de protección chileno. En esta parte también veremos lo que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos entiende por derecho al acceso a la justicia respecto de los derechos sociales, analizando un informe sobre el tema y sobre la jurisprudencia de los organismos que componen dicho sistema.

En “*Aplicación y Exigibilidad del Derecho a una Vivienda Adecuada en particular*” donde analizaremos el tema de la aplicación y exigibilidad de un derecho social en específico, esto es el derecho a la vivienda. Estudiaremos las obligaciones que genera como son las de reconocimiento y promoción, respeto, protección y acceso. Con respecto a este último tema estudiaremos la aplicación y exigibilidad del derecho a la vivienda en nuestro país dividiéndolo en dos: en sede administrativa y en sede judicial. En el primero de éstos hablaremos del acceso a la vivienda en la administración, esto es, haremos un pequeño resumen de los distintos subsidios que ofrece nuestro sistema habitacional, sobre todo lo que dice relación con los Fondos Solidarios de Vivienda. En el segundo veremos el Recurso de Protección y su relación con el derecho a la vivienda como derecho no tutelado por aquél.

Por último, en la cuarta parte llamada *“Las Personas en situación de calle y su Derecho a la Vivienda Adecuada”*, haremos una relación de los grandes temas estudiados, esto es, las personas “en situación de calle” y el derecho a la vivienda adecuada. En un primer lugar relacionaremos las características del derecho a la vivienda adecuada, es decir, las características que debe contemplar una vivienda para ser considerada como adecuada y cómo debe aplicarse dichos elementos respecto a las personas sin hogar. En un segundo punto de conexión veremos el tema de la exigibilidad del derecho a la vivienda y las personas en situación de calle y cómo debería ser un mecanismo de protección y exigibilidad del derecho respecto de estas personas. Para concluir este tema y, en definitiva, el trabajo que venimos en presentar, propondremos un procedimiento de protección del derecho respecto a las personas señaladas, utilizando en lo pertinente todo lo estudiado durante el transcurso del trabajo.

Para el estudio que realizaremos hemos decidido emplear el método deductivo y de esta forma partiremos de temas generales para llegar a los puntos específicos de la Memoria que se presenta. Un ejemplo claro de esto es el tratamiento que daremos respecto del derecho a la vivienda. Comenzará su análisis desde el estudio de los derechos humanos en general brevemente expuestos, pasando por lo que son las distintas clases de derechos hasta llegar al derecho al nivel de vida adecuado donde se encuentra inmerso el derecho en estudio. Lo mismo ocurre en el caso de la aplicación del derecho a las personas “en situación de calle” ya que desde el punto de vista general es aplicable a todos los seres humanos pero en este caso en particular requiere que confluyan ciertas condiciones especiales atendidas las características del escenario social en que dichas personas se encuentran.

En cuanto a las fuentes de información en que hemos fundado nuestra investigación debemos señalar que se trata principalmente de instrumentos nacionales e internacionales y de doctrina tanto nacional como extranjera. Respecto de los instrumentos nacionales debemos recordar que oficialmente existe un único documento que es el Catastro del que ya hemos mencionado algo y que será de gran ayuda para lograr la conceptualización y caracterización de las personas “en situación de calle”. Dentro de los documentos

internacionales o que emanan de organismos internacionales encontramos las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a la vivienda adecuada y el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la exigibilidad de los derechos sociales que nos guiarán en el estudio de los mecanismos de protección de los derechos humanos y de su efectiva tutela por parte de los Tribunales de Justicia.

Otras fuentes de información que sirven de base para nuestro trabajo fueron la entrevista que se hizo a un arquitecto dependiente del Servicio de Vivienda y urbanismo de dónde obtuvimos la guía para encontrar la forma en que se obtiene el acceso a la vivienda en nuestro país por medio de los distintos subsidios que se presentan en la investigación. También podemos mencionar como fuente de conocimiento de las personas “en situación de calle” el trabajo realizado por el autor en una institución menor que auxiliaba a éstas en su vida cotidiana.

Dentro de la doctrina que utilizaremos encontramos tanto autores nacionales como extranjeros. En los primeros veremos las opiniones de profesores como *Humberto Nogueira Alcalá* respecto de los derechos humanos, sus características y en lo que usaremos de fundamento para determinar que el derecho a la vivienda es un derecho fundamental; el profesor *Emilio Pfeffer* en cuanto al tema del Recurso de Protección en Chile; y al profesor *Fernando Atria* respecto de la existencia o no de los derechos sociales como derechos en una visión clásica de éstos.

En los distintos temas de la presente Memoria de Prueba utilizaremos la opinión de varios autores extranjeros principalmente argentinos como lo son los profesores *Víctor Abramovich* y *Christian Courtis* en cuanto analizamos la exigibilidad de los derechos sociales y en especial la Justiciabilidad de éstos. Otros autores extranjeros que nos servirán de base son: *Gregorio Peces-Barba* en el tema de historia de los derechos humanos y su justificación y función, *Robert Alexy* que nos dará un nuevo enfoque y una nueva clasificación de los derechos fundamentales para alejarnos de la clásica distinción de las generaciones, y *Juan Antonio Cruz Parceró* en el mismo tema de dar nuevas perspectivas

de los derechos humanos para lograr una exigibilidad de todos ellos. Cabe señalar que estos no son los únicos autores que trataremos dentro de la investigación y que sólo se trata de una muestra de ellos.

Como fundamentación jurídica o marco teórico jurídico utilizaremos distintos instrumentos legales tanto Convenciones Internacionales como Constituciones Políticas y Leyes Internas. Dentro de las primeras sin dudas que nuestra principal fuente es el “*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*” de 1966 donde se consagra el derecho a la vivienda adecuada como integrante del derecho al nivel de vida adecuado. Otras Convenciones que utilizaremos son el “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*” y la “*Convención Americana de Derechos Humanos*” principalmente en lo que respecta a la exigibilidad de los derechos que se consagran. Y para reforzar la idea de que el derecho a la vivienda es un derecho humanos mencionaremos las distintas Convenciones que lo reconocen como la “*Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer*”, “*Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación Racial*”, *Convención sobre los derechos del Niño* y la *Convención Europea de Derechos Humanos*, entre otras.

Respecto de las Constituciones Políticas que analizaremos en cuanto a derechos humanos y en especial el derecho en estudio, la principal fuente es nuestra propia Carta Magna la cual compararemos con otras Constituciones extranjeras en cuanto al reconocimiento explícito o tácito del derecho a la vivienda. Entre estos textos fundamentales encontramos la *Constitución Española de 1978*, la *Constitución Bolivariana de Venezuela* y la *Constitución Política del Perú*, entre otras.

Por último, en lo que respecta al acceso a la vivienda en Chile analizaremos dos Decretos Supremos que ponen en ejercicio los distintos subsidios que nuestro ordenamiento jurídico tiene contemplado. Estos Decretos son el *D.S. N° 40 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 2009 sobre Subsidios Habitacionales* y el *D.S. N° 174 del mismo Ministerio de 2005 sobre Fondos Solidarios de Vivienda*.

Cabe recalcar que tratar el tema de las personas “en situación de calle” y el derecho a la vivienda que les corresponde es de gran importancia por el hecho de carecer de un tratamiento sistemático en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestra literatura jurídica y esto lo comprobaremos al revisar todos los documentos que señalamos anteriormente.

Advertimos que existen muchos temas que sólo hemos indicado sin un tratamiento mayor puesto que han sido mencionados sólo para ilustrarnos en los puntos esenciales de nuestra investigación y que claramente pueden ser objetos de otras investigaciones en específico. También adelantamos que este tema que venimos en presentar no acaba aquí, ingenuamente podríamos creerlo así, sino que esperamos que se abran nuevas ventanas para un estudio más certero de las personas que se encuentran en esta situación desde una perspectiva jurídica, considerándolos titulares de derechos y no como simples objetos de intervención social.

Invitamos al lector a estudiar la presente Memoria de Prueba con detención y proponer nuevas alternativas de solución a temas como el que presentamos ya que creemos que falta un ámbito de discusión jurídica en nuestro país. Con esto no sólo nos referimos a las personas “en situación de calle” sino que a otras circunstancias sociales que existen en nuestra sociedad y quedan entregadas a la mera liberalidad de los gobiernos de turno y no tienen un tratamiento legal y jurídico adecuado para cumplir con los distintos objetivos que nos imponen los derechos humanos. Creemos firmemente que la solución de muchas de estas situaciones pasan por la disposición de quienes tienen la labor de legislar y que no existen las trabas que se alegan muchas veces para no cumplir con las obligaciones que el Estado contrae al suscribir y ratificar instrumentos internacionales de derechos humanos y en especial aquellos que versan sobre derechos sociales.

**PARTE PRIMERA: PERSONAS EN SITUACION DE CALLE,  
CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERÍSTICAS.**

## ***I.- Breve introducción a la Primera Parte***

Comenzando con el estudio que venimos en presentar, analizaremos en su primera parte las circunstancias fácticas en las que viven muchos chilenos en las distintas ciudades de nuestro país. Iniciamos este análisis con la conceptualización de las personas en situación de calle, tomando en consideración los datos que nos proporcionan tanto documentos oficiales como los que nos pueden brindar las instituciones privadas que trabajan con estas personas, para finalmente señalar cuáles son los elementos del concepto que se quiere dar de éstas.

En un tercer apartado veremos las características que individualizan la situación fáctica en estudio tomadas desde el Catastro que nos sirve como principal fuente de información relacionándolas en base al trabajo de estadísticas que nos brinda dicho documento.

En el cuarto y quinto apartado haremos una pequeña reseña histórica de las personas en situación de calle y en especial de la participación del Estado en la solución o agravamiento de esta circunstancia. Para esto se estudiará el tema desde la perspectiva de algunos países del mundo y veremos lo que sucede en Latinoamérica y particularmente en nuestro país.

En el sexto acápite analizaremos el tema de las instituciones actuales que trabajan en la materia, diferenciándolas entre órganos del Estado y organismos privados. En el primero de éstos se hablará brevemente del trabajo del MIDEPLAN y en el segundo sobre instituciones representativas en el ámbito privado como lo son el Hogar de Cristo y la ONG Moviliza.

Muy relacionado con lo anterior, en el último apartado estudiaremos lo que se refiere a la promoción de los derechos de las personas “en situación de calle”, sobre todo lo que dice relación al Programa Chile Solidario y su variante específica el Programa Calle y su participación en lo que respecta al derecho a la vivienda adecuada.

## ***II.- Conceptualización de Personas en Situación de Calle***

Antes de conceptuar a las personas que habitan en las calles, es preciso señalar según el catastro, que estas personas se relacionan con determinados problemas sociales que se encuentran dentro de sus historias de pobreza crónica, violencia familiar, consumo de drogas y/o alcohol, conflictos interpersonales, cesantía prolongada, discapacidades psíquicas y problemas judiciales. Se podría inferir que estos problemas se complejizan aún más debido a la baja intervención a nivel Estatal en cuanto a temas habitacionales, educativos y/o capacitaciones que logren superar los problemas de estas personas.

En cuanto a la conceptualización de las personas que habitan en las calles o lugares públicos, aún no se ha generado un consenso sobre cómo denominar a estas personas o a la situación en la que viven. Lo que a su vez tiene como repercusión que la problemática en sí sea abordada desde distintos enfoques dependiendo el país en el cual se sitúa:

- *“Homeless, es el concepto norteamericano, para referirse en forma genérica a dicho fenómeno*
- *En Francia, linyeras*
- *En México, , indigente*
- *Argentina, crotos*
- *España, marginados de la calle.*
- *Brasil, personas en situación de calle.”<sup>1</sup>*

Por nuestra parte, denominaremos a este grupo de personas como lo hemos venido haciendo, es decir, como *personas “en situación de calle”* puesto que es el término que se da generalmente en las diversas instituciones que trabajan con ellas y además así lo ha considerado el instrumento oficial que hemos y seguiremos analizando durante este capítulo. Además, creemos que es un término apropiado ya que no da paso a viejos estigmas sociales que tenían ciertas palabras como indigente, vago o vagabundo, ya que como veremos esto no corresponde a la realidad.

---

<sup>1</sup> Rojas. Nicolás, “Reflexiones acerca de las personas en situación de calle”, ed. Márquez Neira. Chile. 2006.

A continuación veremos las conceptualizaciones que nos entregan tanto el Catastro como la Fundación Hogar de Cristo. El primero por tratarse del único documento oficial con el que contamos en nuestro país. El segundo por tratarse de la institución privada con más experiencia en la materia.

#### **i. Conceptualización según el Catastro**

Las personas “en situación de calle”, en el año 2005 alcanzaban a ser 7.250 personas viviendo sin hogar, residencia o infraestructura adecuada para pernoctar. Este dato recién se logró obtener en ese año debido al primer catastro nacional de personas en situación de calle, realizado bajo el mandato del Presidente Ricardo Lagos, anterior a ello se tenían estimaciones vagas, debido a la complejidad del fenómeno en cuanto a su movilidad e inestabilidad en sus recorridos diarios y pernoctaciones en distintos lugares y, por sobre todo, antes del catastro era un fenómeno invisualizado.

Este primer catastro de personas en situación de calle, se realizó en 80 comunas de Chile en el año 2005. Este Catastro estimó que del total de personas en calle, el 85% corresponde a hombres y el 15% a mujeres, éstos duermen en hospederías, vías públicas, caletas y todo lo que no incluya una vivienda permanente.

En este mismo Catastro, lo que se entiende por personas en situación de calle corresponde:

*“A quien se halle pernoctando en lugares públicos o privados, sin contar con una infraestructura tal que pueda ser caracterizada como vivienda aunque la misma sea precaria, y a aquellos que, por carecer de alojamiento fijo, regular y adecuado para pasar la noche, encuentran residencia nocturna, pagando o no por este servicio, en alojamientos dirigidos por entidades públicas, privadas o particulares y que brindan albergue temporal. Asimismo, a aquellas personas que por encontrarse sin hogar o residencia, y sin apoyo de familiares u otros*

*significativos, dependen de programas sociales que ofrecen residencia permanente o por períodos importantes, con apoyo biopsico-social”<sup>2</sup>*

## **ii. Conceptualización del Hogar de Cristo.**

Por otra parte, existe un organismo que tiene una historia de intervención con personas en situación de calle, en donde el paso del Sacerdote Jesuita llamado Alberto Hurtado marca la importancia de considerar a todas las personas dentro de una sociedad, por lo que habría que hacerse cargo de quienes se encuentran más excluidos, víctimas de una sociedad elitista. Gracias a la intervención del Padre Hurtado, se crea el Hogar de Cristo, quienes llevan décadas trabajando con distintos sectores de exclusión, con principal preocupación en las personas en situación de calle. Esta organización por ende entiende a estas personas como *“todo individuo que se encuentre en una situación de exclusión social y extrema indigencia, específicamente se refiere a la carencia de hogar y residencia, y a la vez, la presencia de una ruptura de los vínculos con personas significativas (familia, amigos) y con redes de apoyo”<sup>3</sup>*.

Con respecto a la conceptualización realizada por el Hogar de Cristo, las personas en situación de calle viven en una alta exclusión social. Esto considera por una parte la precariedad material en lo que respecta a las condiciones de vida de estas personas y la vulnerabilidad social en la que viven y, por otra parte, se encuentra la desvinculación social y la marginalidad que produce este fenómeno de invisibilidad hacia las personas en situación de calle, afectando directamente a la identidad de estas personas, siendo esto aún peor que la carencia económica.

---

<sup>2</sup> MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN. GOBIERNO DE CHILE. 2005. Habitando la Calle. Catastro Nacional Personas en Situación de Calle”. Santiago. Gobierno de Chile. p. 11

<sup>3</sup> HOGAR DE CRISTO. 2003. Documento de trabajo. Programa Acogida. Santiago. Hogar de Cristo. p.2.

### iii. Elementos del Concepto de Personas “en situación de calle”.

Según lo que hemos visto, los elementos del concepto aquí presentado son los siguientes:

#### a. Exclusión Social.

La exclusión social puede ser entendida como un fenómeno “*producido por la interacción de una pluralidad de procesos o factores que afectan a los individuos o grupos humanos impidiéndoles acceder a un nivel de calidad de vida decente y/o utilizar plenamente sus capacidades*”<sup>4</sup>

A partir de ello se puede inferir que este concepto incide en la identidad de las personas en situación de calle, ya que en ellas se produce un cierto sentimiento de marginalidad haciendo dificultosa su interacción con la sociedad y, por lo tanto, dificultando su propia integración a la misma.

#### b. Inferiorización de la Situación

Otro tema importante de mencionar de acuerdo a la exclusión social tiene relación con los efectos en los vínculos sociales que las personas van formando en el transcurso de su vida, esto se ve evidenciado en “*la falta de reconocimiento, estas relaciones las desarrollan no desde una postura de simétrica o horizontal, sino que desde la inferiorización de su situación*”<sup>5</sup>

Esto se ve visualizado en las características de las personas en situación de calle, las cuales pueden ser apreciadas desde diferentes componentes de acuerdo a lo expresado por Weason (2006), éstas son la percepción de rechazo de su modo de vida “*cotidianamente,*

---

<sup>4</sup> Márquez E. Rojas N. “Reflexiones acerca de las personas en situación de calle”. Santiago de Chile. 2006. Pág. 1 Extraído desde <http://www.redcalle.cl/descripdecla.asp?ImageID=299>

<sup>5</sup> Weason M. “Personas en Situación de Calle: Reconocimiento e identidad en contexto de Exclusión Social”. Tesis para optar al grado de socióloga. Universidad Alberto Hurtado. Santiago de Chile. 2006. Pág. 105

los entrevistados señalan ser catalogados como mendigos, enfermos, peligrosos, promiscuos, alcohólicos, entre otras cosas, lo que trae como consecuencia hechos concretos de menosprecio como discriminación laboral, malos tratos, y desalojo de los lugares ocupados por ellos”.<sup>6</sup> Otro componente es la desvinculación social y afectiva “los procesos de desvinculación social y afectiva que enfrentan se constituyen también como parte del contenido de la identidad de este grupo”<sup>7</sup>

c. Relación del Sistema Económico y las personas “en situación de calle”

Por último, se encuentra el sistema económico, el cual se vincula con el derecho a trabajar, específicamente con la relación que existe entre las personas en situación de calle y el sistema económico. “Lo interesante radica en que los marginales se constituirían como tal, no desde la posición que ocupan, sino a partir de la relación que el sistema económico establece con ellos”<sup>8</sup>

De acuerdo a lo anterior y como forma de síntesis se puede mencionar que;

*“Las pautas culturales, el rol dentro de la sociedad y la relación con otros va construyendo la identidad del sujeto, por lo cual, si éste ya no forma parte de estos vínculos, su identidad se ve afectada entre otras causas porque su grupo de pertenencia a variado”<sup>9</sup>*

Dado lo anterior, la sociedad chilena actual, inmersa en el nombrado proceso de modernidad, tiende a marginar a todo aquél que no contribuya al “proceso productivo”, buscando la homogeneidad, dictando pautas sociales sobre qué implica “ser moderno”, excluyendo a todo aquél que no cumpla con los requerimientos que la sociedad existista

---

<sup>6</sup> *Ibíd.* Pág. 96

<sup>7</sup> Weason M. “Personas en Situación de Calle: Reconocimiento e identidad en contexto de Exclusión Social”. Tesis para optar al grado de socióloga. Universidad Alberto Hurtado. Santiago de Chile. 2006. Pág. 96.

<sup>8</sup> Márquez E. Rojas N. “Reflexiones acerca de las personas en situación de calle”. Santiago de Chile. 2006. Pág. 1 Extraído desde <http://www.redcalle.cl/descripdecla.asp?ImageID=299>

<sup>9</sup> Valerio J. “Las representaciones sociales de la calidad de vida en personas en situación de calle de la Región Metropolitana. Tesis para optar al título de psicólogo. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 2006. Pág. 59. extraído desde [http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/valerio\\_j/sources/valerio\\_j.pdf](http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/valerio_j/sources/valerio_j.pdf)

actual demanda: *“la diferenciación social se expresa en una creciente distancia entre clases sociales, entre regiones (ricas y pobres), entre culturas, y también desigualdades de género”*.<sup>10</sup> Lo anterior redundará en un aumento de las desigualdades y en una exclusión del distinto. En una mirada suspicaz frente al otro, debilitando los lazos sociales. *“El estar en situación de calle evidencia una circunstancia social, más que una categoría o condición individual”*<sup>11</sup>

En este sentido, el sistema económico predominante, esto es, el sistema de libre mercado o neoliberal, impide que el Estado tenga una mayor intervención en él, y sólo viene a corregir sus falencias y a regular la actividad económica en ciertos ámbitos. Las personas “en situación de calle” no son un elemento atractivo ni útil para el sistema y por tanto quedan relegados a los últimos escalones de la sociedad, ya que ésta se rige por lo que dispone el modelo económico.

Conceptualizando el sistema económico podemos decir que *“el neoliberalismo comprende como características principales el libre mercado, eliminar el gasto público por los servicios sociales, desregulación, privatización, eliminación del concepto de bien público o comunidad. El neoliberalismo económico aprovecha la oportunidad para diagnosticar que la excesiva regulación económica desestimula la libre circulación de bienes y capital, elementos necesarios para dinamizar el libre mercado.”*<sup>12</sup>

Esto se produce, como veremos más adelante, por las características que tienen estas personas como lo es la baja escolaridad y los problemas con el alcohol y las drogas, entre otros. Estas situaciones hacen de ellos que no sean considerados como un factor de producción, es decir, no son considerados por la economía como elementos de la sociedad basada en la libre competencia y en las capacidades para producir.

---

<sup>10</sup> Calderón, F. “La pobreza y las nuevas condiciones de desigualdad, PNUD, 2002, p 2

<sup>11</sup> Márquez E. Rojas N. “Reflexiones acerca de las personas en situación de calle”. Santiago de Chile. 2006.

<sup>12</sup> VARGAS, Hernández José, “Liberalismo, Neoliberalismo, Postneoliberalismo”, Extraído desde [http://www.revistamad.uchile.cl/17/vargas\\_04.pdf](http://www.revistamad.uchile.cl/17/vargas_04.pdf), página visitada con fecha 7 de julio de 2010.

Debemos acotar que en este sistema económico que predomina la intervención del Estado es por decirlo menos, mínima y en muchos casos, como en este, es insuficiente, asemejándose al antiguo Estado Liberal de Derecho respecto de estas personas. Dentro de lo que podemos considerar como el sistema neoliberal se ha acuñado el concepto de “*Estado Subsidiario*” en que la participación del aparato estatal se limita a aquellos ámbitos en que los distintos actores privados no les interesa participar y en los que es necesario que exista una participación en el proceso productivo de un determinado país.

El principio de subsidiariedad en este caso se ve manifestado en el actuar de ciertos grupos organizados que realizan gestiones a favor de las personas en situación de calle, sobretodo en cuanto a alimentación, vestimenta y hospedaje se refiere. En otros ámbitos interviene el Estado a través de sus servicios públicos, como lo es en el caso de la salud.

Para concluir, podemos decir que en sistemas económicos diferentes, basados en otra concepción de la economía, las personas “en situación de calle” pueden ser consideradas ya no como un elemento de producción sino como parte integrante de la sociedad que requiere de la intervención del Estado para progresar y superarse y de esa forma llegar a estándares de vida adecuados. Por tanto, para solucionar esta problemática se requiere de un sistema económico que no se base sólo en la libre actividad de los miembros de la sociedad sino que el Estado participe en ella activamente y que se preocupe de la misma forma de la redistribución del ingreso nacional.

### ***III.- Caracterización de las Personas en Situación de Calle en Chile.***

Veremos las características de las personas “en situación de calle” según los siguientes puntos utilizando como referencia el Catastro como instrumento oficial:

i. Ubicación dentro del Territorio Nacional.

Según el Catastro (2005) en Chile existe alrededor de 7.250 personas en situación de calle distribuido en todo el país. Las regiones que presentan el mayor índice son en primer lugar la Metropolitana (47,7%), en segundo lugar del Bío- Bío (13,2%) y por último Valparaíso (7.7%).

Con esto nos referimos a lo que sucede en las grandes ciudades de nuestro país pero sabemos que en ámbito rural también se produce esta situación pero se da en menor medida por las condiciones de vida en dichas zonas. El Catastro en sí no reúne mayores datos respecto a la ruralidad de las personas “en situación de calle” y entendemos que este fenómeno social se da en mayor medida en zonas urbanas, sobre todo en aquellas ciudades que congregan un mayor número de habitantes, dónde existe mayor fuente de trabajo a realizar para subsistir. Podemos afirmar que la situación de calle en la ruralidad es un dato marginal.

ii. Lugares donde habitan comúnmente

Con respecto a los lugares donde preferentemente pernoctan se encuentran las hospederías con un 48,6%; luego la vía pública 37,6%; posteriormente en una casa o departamento 6,3%; por último en una caleta 3,2%. Sin embargo, en el caso de “*las mujeres declaran dormir habitualmente en hospederías en mayor porcentaje que los hombres (52,2% versus 48,1%), y que en la vía pública o calle la proporción de hombres es mayor (40,6% versus 32,3%)*”<sup>13</sup>

iii. Motivos

En el Catastro de personas en situación de calle se realiza un recuento de razones por las cuales las personas se encuentran en situación de calle y cómo esto le ha afectado

---

<sup>13</sup> Ibíd. 87

dentro de su situación, en temas laborales, relaciones familiares, referente a sus adicciones, entre otros temas, considerando también antecedentes como el nivel educacional, sexo y edad.

A continuación, se presenta un cuadro resumen respecto a las razones percibidas por el Catastro de personas en situación de calle:

**Razones situación de calle por tramo de edad**  
(porcentaje de personas que consigna cada aspecto)

	Menores de 18 años %	18-29 años %	30-44 años %	45-59 años %	60 años y más %
Por problemas de salud	1,2	2,9	5,8	12,2	28,5
Por problemas en la familia	49,9	47,3	41,5	38,1	28,9
Por problemas económicos	11,7	21,0	22,6	25,5	29,9
Por consumo de droga	19,1	18,2	10,6	2,6	0,5
Por consumo de alcohol	7,9	11,1	20,9	21,5	12,0
Por abuso	2,9	1,3	0,9	0,8	0,7
Por maltrato	14,1	6,9	3,8	2,4	1,2
Por problemas con la justicia	7,3	2,9	2,2	2,2	0,9
Por decisión propia	19,9	17,0	14,2	12,5	12,9
No tiene casa / hogar / familia / donde llegar	8,5	9,4	12,9	16,3	27,0
Otro motivo	9,7	4,3	5,8	6,0	4,6

Fuente: MIDEPLAN, División Social

En función a los datos entregados, porcentualmente en varios aspectos, además del cuadro presentado anteriormente, podemos vislumbrar como los problemas familiares son los principales motivos para encontrarse viviendo en las calles de nuestra ciudad e inferir que probablemente eso influya en los problemas de adicción. Cabe mencionar que no es menor el porcentaje que se manifiesta como por decisión propia su situación en calle.

Por otra parte, es necesario tener una visión más amplia de las razones de las personas por estar en situación de calle, por ello se presentará una comparación de los aspectos negativos y positivos, a modo de comprender el fenómeno con mayor amplitud.

**Aspectos positivos y negativos de vivir en situación de calle**  
(porcentaje de personas que consigna cada aspecto)

Aspectos positivos	%	Aspectos negativos	%
Libertad de acción	31,1	Malas condiciones de vida	29,1
Recibir ayuda	25,5	Inseguridad	24,0
Recibir alimentos	20,1	Desesperanza	20,9
Contar con amigos	18,1	Falta de alimentos	16,3
Recibir cariño y apoyo	17,8	Problemas con alcohol/drogas	15,2
Conocer gente	12,6	Desconfianza en la gente	12,4
Superarse	11,2	Problemas de salud	10,4
Acceder a salud	8,7	Sufrir abusos	5,8
Otra	4,0	Otra	4,8
Ninguno	17,2	Ninguno	19,7
No sabe	4,3	No sabe	5,5

Fuente: MIDEPLAN, División Social

Como se pudo apreciar, los aspectos positivos que manifiestan las personas para encontrarse en situación de calle son principalmente la libertad de acción que implica no tener que hacerse cargo de las cuentas de agua, luz, planificar los dineros en función de pagos y necesidades básicas, también el hecho de armar su vida según como ellos lo encuentren significativo y no bajo la lógica neoliberal o estructural, entre otras cosas. Seguido de ello se encuentra el recibir ayuda, alimentos, cariño y apoyo y contar con los amigos. Es necesario mencionar que el 17% de las personas en calle no considera nada positivo en su situación.

En lo que respecta a lo negativo, las personas señalan en primer lugar las malas condiciones de vida asociadas a la calle y necesidades básicas, por otra parte está la inseguridad y el riesgo y la desesperanza. Por otra parte, el 19,7% señala que no hay ningún aspecto negativo al encontrarse en situación de calle.

Finalmente, la razón de no tener lugar donde llegar, haciendo referencia a lugar físico o familia representa el 27% en las personas de 60 años y más (los más significativos dentro de la categoría) lo que significa que la situación de calle se remite a no tener otra

opción de vivienda, ya sea propia o tener acceso a un arriendo mediante el pago de ésta. Con los datos entregados en un principio se señalaba la compleja situación laboral por la que viven, por lo que podemos relacionar la situación económica con la necesidad de vivir en la calle por temas económicos y la falta de alternativas de viviendas provisorias o estables que estén acorde a las facilidades de las personas en situación de calle.

#### iv. Sexo, edad y estado civil

La situación de calle es *mayoritariamente masculina*, representando los hombres el 85% de la población encuestada.

La mayoría de esta población se encuentra en *edad productiva*, estando el promedio en 47 años. El rango de edad con mayor concentración son los de 30 a 44 años (27,5%), 45 a 59 años (25,8%) y 60 años y más (25,6%). “Respecto a la edad promedio para las personas en situación de calle, los datos indican que ésta es de 47 años: 44 años para las mujeres y 47 años para los hombres”<sup>14</sup>

De acuerdo a su estado civil, el 56,8% declaró ser *soltero*, mientras un 19,7% separado o anulado, un 9,5% se proclama casado y por último el 7,0% declara ser viudo.

#### v. Escolaridad, situación laboral e ingresos

En lo que respecta a niveles de *escolaridad* de las personas en situación de calle, éstos son bastante bajos. Un 7,7% no estudió nunca, un 41,4% *no terminó la educación básica*, y un 18,8% tiene enseñanza media incompleta.

Con respecto a lo anterior, el 82,3% *sabe leer y escribir*, en tanto, un 12,8% no sabe, por último el 3,4% señala que sabe pero no puede hacerlo y el 1,4% se le olvidó.

---

<sup>14</sup> MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN. GOBIERNO DE CHILE. 2005. Habitando la Calle. Catastro Nacional Personas en Situación de Calle”. Santiago. Gobierno de Chile. p. 86

Las *fuentes de ingreso* de las personas en situación de calle principalmente son el *trabajo esporádico* (27,2%) y el *macheteo o limosna* (17,0%). Se destaca también que un 24,9%, declara no haber recibido dinero en el último mes, por lo que se presenta una *situación laboral inestable* en donde aumenta la vulnerabilidad de las personas en situación de calle en lo que respecta económicamente.

Un “*el 43,9% de las personas en situación de calle declara tener actualmente alguna actividad o trabajo por el cual reciben dinero u otro beneficio. El 56,1% restante declara que no está realizando actividad o trabajo, y sólo un 8,1% declara estar buscando un trabajo*”<sup>15</sup>. Esto quiere decir que al menos el 60% de la población en calle se encuentra sin una actividad laboral definida, aun que sea esporádicamente. El promedio de quienes se encuentran sin trabajo supera los 5 años.

Con respecto a otras fuentes de ingreso, “*se observa que un 5,1% declaró percibir ingresos por jubilación, un 11,6% por PASIS de vejez, un 9,0% por PASIS de invalidez y un 1,4% por Subsidio Único Familiar (SUF)*”<sup>16</sup>

#### vi. Duración y relación con la familia

En promedio los encuestados han estado en situación de calle 6,6 años, lo que muestra que ésta no suele ser esporádica sino que se mantiene en el tiempo. El 46,7% de los entrevistados *vive solo en la calle*. Junto con esto, el catastro señala que el promedio general en años que ha pasado desde la última vez que una persona en situación de calle se contactó con su familia es de 3,3 años.

---

<sup>15</sup> MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN. GOBIERNO DE CHILE. 2005. *Habitando la Calle. Catastro Nacional Personas en Situación de Calle*”. Santiago. Gobierno de Chile. p. 120.

<sup>16</sup> Óp. Cit. p. 125.

#### ***IV.- Situación en Chile y en otros países respecto a las Personas en Situación de Calle***

Es posible afirmar que a finales del siglo XX y a comienzos del XXI, donde los Estados tomaron conciencia, dado el contexto de modernidad antes anunciado, no se podría alcanzar un desarrollo acabado únicamente, invisibilizando los problemas sociales de fondo. Es por ello que para realizar esto, se han efectuado a nivel mundial distintas estimaciones estadísticas:

- *“100 millones de personas de todo el mundo se encuentra sin hogar o en situación de calle.*
- *Esta estimación aumenta a 1.000 millones si incluimos a aquellos que cuya vivienda es muy insegura, temporal, o constituida con materiales de desecho.”<sup>17</sup>*

Con respecto a los datos estadísticos de cada país las personas en situación de calle son:

- *“Canadá: en los años ochenta oscilaban entre 100 mil y 250 mil.*
- *En Petersburgo, Rusia a fines de los noventa existían entre 30 mil y 50 mil.*
- *En Alemania, no existe ningún dato estadístico gubernamental. Los datos de instituciones independientes indican que existen aproximadamente 591 mil personas sin hogar.*
- *En Tokio, se determino en febrero de 1998, que los habitantes de la calle en la ciudad eran alrededor de 3.700 personas.*
- *En Estados Unidos, se estimaron 760 mil Homeless ”<sup>18</sup>*

---

<sup>17</sup> Rojas. Nicolás, “Reflexiones acerca de las personas en situación de calle”, ed. Márquez Neira. Chile. 2006.

<sup>18</sup> Ídem

## **i. Algunos países desarrollados**

La forma de identificar a las Personas en Situación de Calle varía de acuerdo a cada contexto, es decir, en cada país se les designa de distinto modo. En el caso de Bélgica, Italia, Estados Unidos y Francia son llamados “Sin Hogar”. No obstante en el caso de Bélgica, esta denominación está enfocada en aquellos individuos que duermen en albergues. En Italia y Francia esta designación es más estricta, ya que se hace una distinción entre aquellos que se refugian en la calle y los que se hospedan en algún tipo de institución. En Estados Unidos los “homeless” (sin hogar) son aquellos que carecen de una residencia fija, sus programas consiste en:

*“Dar subsidios a entidades que se encargan de ejecutar proyectos en esta área, los cuales se destinan a la implementación y mantención de Refugios de Emergencia, que otorgan alojamiento básico y servicios de apoyo, que incluye los diversos trámites y gestiones, tratamientos en salud mental y general, programas de abuso de alcohol y drogas, cuidado de niños, etc.”<sup>19</sup>*

Finalmente en Holanda son definidos como los “admisiónados a refugios temporales”. Esta enunciación “*se realiza en base a solicitudes de admisión a albergues o refugios temporales, lo que incluye a personas efectivamente sin hogar, pero también a personas víctimas de crisis psicosociales como es el caso de mujeres que experimentan violencia doméstica*”<sup>20</sup>

Con respecto a la caracterización que se le atribuye a estos sujetos en el caso de Europa según lo desarrollado por el Observatorio de los sin hogar distingue tres dimensiones como por ejemplo la física, en donde “*las personas simplemente no tiene un techo bajo el cual ampararse para dormir*”, en la social “*las personas no tiene un espacio privado para mantener relaciones sociales*” y por último se hace mención a la dimensión

---

<sup>19</sup> Valerio J. “Las representaciones sociales de la calidad de vida en personas en situación de calle de la Región Metropolitana. Tesis para optar al título de psicólogo. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 2206. Pág. 81. extraído desde [http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/valerio\\_j/sources/valerio\\_j.pdf](http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/valerio_j/sources/valerio_j.pdf)

<sup>20</sup> Irarrázabal I. “pobreza y personas en situación de calle: una nota sobre la experiencia internacional y lecciones para Chile”. Revista de Trabajo Social N° 75. Santiago de Chile. 2008. pág. 19

legal en la cual *“las personas no tiene derecho para permanecer en el espacio que habita”*<sup>21</sup>

Sin embargo estas definiciones son dadas en forma global, incluso puede abarcar aquellos sujetos que tengan un espacio físico donde pernoctar, pero que en cualquier momento pueden ser desalojados, por lo mismo que *“si bien pueden definirse algunos parámetros o criterios conceptuales, la mayoría de los países europeos no existen mediciones oficiales de carácter regular respecto a la situación de las personas sin hogar”*<sup>22</sup>

Algunos datos interesantes de revisar dan cuenta de la poca información con respecto a las características físicas de estos sujetos (edad, sexo, etc.) Aún así, *“la información disponible revela que ha existido un aumento de las personas sin hogar en casi toda la Europa mediterránea y Anglo Sajona”*<sup>23</sup>

De acuerdo a las estadísticas Europeas, según lo expuesto por Irarrázaval (2008) las personas sin hogar se le atribuye a un fenómeno masculino. No obstante en países como Bélgica y Portugal, esta tendencia se rompe ya que *“existe un mayor crecimiento del segmento femenino debido probablemente a problemas de violencia domestica, pero se desconocen las tendencia del resto de los países”*<sup>24</sup>

Con respecto a otras características, en cuanto a la edad en Alemania, Francia e Italia el 20% de los “Sin hogar” tiene menos de 25 años. Además en Italia y España el 40% son extranjeros. En el caso norteamericano existe una alta relación entre las personas en situación de calle y las enfermedades mentales crónicas.

---

<sup>21</sup> Ibid. Pág. 18

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Ibid. Pág 19

<sup>24</sup> Ibid. Pág 20

El concepto “Sin Hogar” se remite principalmente a lo material, al lugar físico de residencia, a diferencia de la situación de calle que involucra toda la complejidad del estar en calle, considerando relaciones familiares, necesidades relacionadas con su situación.

Estimaciones de personas en situación sin hogar en Europa.

<b>País</b>	<b>Concepto</b>	<b>Método</b>	<b>Año</b>	<b>Estimación de personas</b>	<b>Tasa 10.000 hab.</b>
Bélgica	Sin hogar	Conteo	2001	17.000	17.3
Francia	Sin hogar (sentido estricto)	Conteo	2003	46.000	7.7
Holanda	Admisiones a refugios temporales	Conteo	2001	8.644	5.3
Italia	Sin hogar	Conteo. Expansión	2000	17.000	3.0

Fuente: Review statistics of Homeless in Europe – EOH2003

Otro dato interesante es que este fenómeno no está directamente relacionado con países desarrollados o en desarrollo, ni tampoco a problemas de grandes ciudades, ya que *“en el caso de Portugal y España, en las cuales la mayor tasa de crecimiento de los últimos años se ha observado en ciudades intermedias”*<sup>25</sup> e incluso *“la tasa de incidencia en Chile, medida como el número de personas en situación de calle cada 10.000 habitantes nos coloca en una magnitud relativa algo inferior a la de Francia, pero sobre lo que se obtiene para Holanda”*.<sup>26</sup> Inclusive en el caso de Japón, considerado una potencia económica mundial, no se encuentra exento de esta problemática que además se ha visto en aumento en los últimos años, esto se debe a *“las falencias de los sistemas de protección en las*

<sup>25</sup> Ibid pág 19

<sup>26</sup> Idem.

*sociedades liberales, donde la previsión y la salud, entre otros, se encuentran mercantilizadas.*”<sup>27</sup>

A partir de lo anterior se hace mención especial al caso de Reino Unido “*cuyas cifras de personas que duermen en la calle (sleeping Rough), han variado de 1.850 personas que se encontraban en esta situación el año 1998 a 500, en el año 2004*”.<sup>28</sup> Se puede inferir que una de las razones de esta baja se debe a las estrategias de intervención que se están implementando en aquel país que consisten básicamente en “*cuantificar constantemente a la población en situación de calle que se encuentra dentro de su territorio, como además, diseñar e implementar estrategias para prevenir este problema y proporcionar alojamiento a estas personas*”.<sup>29</sup>

## **ii. Latinoamérica y Chile**

Por otro lado, Latinoamérica no se ha visto exento de esta situación. Sin embargo, uno de los países que se destaca por sus estudios en éstas temáticas se encuentra Brasil, que a pesar de llevar años investigando sobre las personas sin hogar, recién desde el año 1971 se ve un auge en torno a éstas, dentro de las estrategias que han podido llevar a cabo, se llegó a considerar “*como un elemento fundamental las redes sociales que puedan establecer las personas en situación de calle y la ampliación de estas redes, tanto como la búsqueda de fuentes sostenibles de trabajo*”<sup>30</sup>. Pero aun así,

*Dentro de la realidad de los países de América Latina, caracterizado por la falta de políticas sociales integrales y universalistas, destaca el caso de Brasil, que nos lleva década de ventaja en el estudio de la población que se encuentra en situación de calle*”.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Valerio J. “Las representaciones sociales de la calidad de vida en personas en situación de calle de la Región Metropolitana. Tesis para optar al título de psicólogo. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 2206. Pág 82. extraído desde [http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/valerio\\_j/sources/valerio\\_j.pdf](http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/valerio_j/sources/valerio_j.pdf)

<sup>28</sup> *Ibíd.* Pág. 80.

<sup>29</sup> *Ídem.*

<sup>30</sup> *Ibíd.* Pág. 83

<sup>31</sup> *Ibíd.* Pág. 82

Estos son algunos ejemplos de lo que ocurre en el resto del mundo. Con respecto a Chile, recién en el año 2005 se consideró a las personas en situación de calle. Antes de este hecho se referían a estos individuos como un grupo de personas que se encontraban en extrema pobreza que eran denominados “mendigos”, “vagabundos”, “indigentes”, individuos que no pernoctaban en lugares fijos, si no que más bien en la calle, albergues u hospederías.

Sin embargo en el año 2003 a través de una carta realizada por instituciones dedicadas a temáticas “de calle” como la Corporación Acógeme, Chasqui, Gente de la Vega, Hogar de Cristo, Una Noche en la Calle (UNELC), actualmente Moviliza, entre otras, la que fue entregada al que en ese entonces era Ministro de Interior don José Miguel Insulza. Éste se compromete a realizar “*el primer catastro para las personas en situación de calle con el fin de incorporarlos al Sistema Chile Solidario*”<sup>32</sup>

El primer catastro lo realizó la ex ministra del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN) Yasna Provoste bajo el Gobierno del presidente Ricardo Lagos en conjunto con el Hogar de Cristo y el INE, entre otras instituciones en donde su principal objetivo fue “*la inclusión de las personas en situación de calle al Sistema de Protección Chile Solidario era indispensable conocer previamente: magnitud de la población, ubicación, caracterización de la población, etc.*”<sup>33</sup>

A partir de ello se puede afirmar entonces que:

*“El Catastro se llevó a cabo la noche del 28 y la madrugada del 29 de Julio en las 80 comunas más pobladas del país, vale decir con más de 40.000 habitantes. Esa noche más de 5.000 voluntarios recorrieron calles, caletas, puentes, hospederías”*.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Jouannet A. “Personas en situación de calle: Una oportunidad para nuestro país”. Revista de Trabajo Social N° 75. Santiago de Chile. 2008. pág. 10

<sup>33</sup> *Ibíd.* Pág. 10-11

<sup>34</sup> *Ibíd.* Pág. 14

## ***V.- Resumen de la trayectoria histórica de las Personas en Situación de Calle.***

### **i. Historia de las Personas “en situación de calle” en el Mundo**

En la edad media, sociedad teocéntrica, las personas sin hogar, que deambulaban por las calles, eran consideradas en un principio como personas “necesarias” para salvar los pecados cometidos por la elite de la burocracia, es decir, existía una necesidad divina de la permanencia en su situación de mendigos, ya que la limosna purgaba de cierta forma la culpabilidad frente a la convivencia de grandes riquezas en contraposición con miserias contundentes. Para los ricos, la ayuda hacia el más pobre significaba establecer un lazo religioso con quien era considerado la imagen de Cristo, y al mismo tiempo significaba asegurarse un lugar en el cielo.<sup>35</sup>

Esta situación se mantuvo relativamente estable durante gran parte de este período histórico, salvo a fines de la Edad Media en dónde, dadas las grandes muertes y enfermedades (especialmente causadas por la peste negra), este número antes controlable de “mendigos” se torna incontrolable. Son desplazados y despreciados por los otros segmentos de la sociedad, quiénes consideraban que la existencia de estas personas “*era injusta para quienes, más o menos forzosamente, se veían obligados a soportar los sufrimientos de pobres y no podían colmar sus necesidades. Y además llegaba a ser peligroso para la sociedad que aguantaba esa lacra*”.<sup>36</sup>

### **ii. Historia de las Personas “en situación de calle” en Chile**

En lo que respecta a Chile, a fines del siglo XIX, el país se encuentra en situaciones que perpetúan la pobreza, esto es “la precaria situación de la vivienda, la dureza de las condiciones de trabajo, la frecuencia de las pestes y enfermedades que mantuvieron altas

---

<sup>35</sup> Maravall J. La literatura picaresca desde la historia social. Ed. Taurus, 1997

<sup>36</sup> Maravall, OP. CIT, p 22

las tasas de mortalidad, especialmente en la población infantil”<sup>37</sup>, lo que se considera que constituye una realidad de exclusión social.

Las primeras intervenciones del Estado en temas sociales, se realizaron en las primeras décadas del siglo XX, principalmente en el ámbito legislativo, con leyes como la Ley de Habitaciones Obreras, la creación de la Oficina del Trabajo, entre otras leyes que favorecía a los trabajadores obreros de ese período.

La crítica situación del país en ese período agudizaba la pobreza, “los efectos de la Primera Guerra Mundial impactaron principalmente a los obreros industriales de la minería del salitre, quienes perdieron sus puestos de trabajo y acudieron a las ciudades, a lo largo del país, para sobrevivir gracias a la caridad pública y privada.”<sup>38</sup> Con estos cambios e intensificación de la precariedad de la calidad de vida de los obreros y sus familias, se presentaron mayores manifestaciones en la tenacidad de fenómenos como la vagancia y la mendicidad de esta población.

*“En 1930, se calculaba que el número de niños y niñas en condición de vagancia en Santiago bordeaba los 7.000, llegando a unos 40.000 en todo el país”*<sup>39</sup>

ante estas cifras que se acrecentaban debido a las contingencias del período, el Estado y las instituciones de beneficencia comenzaron a realizar diversas acciones con el fin de solucionar la problemática que significaba tener estas cifras de personas habitando en las calles, una de estas acciones incluyeron la reclusión forzada de quienes vivían en estas condiciones.

En ese periodo, las personas que eran comprendidas como vagas y mendigas eran penalizadas según el código penal de ese entonces, entendiendo como delito “aquellos individuos que –sin importar su edad, su género o sus condiciones físicas- no

---

<sup>37</sup> MIDEPLAN. Catastro nacional de personas en situación de calle, Pág. 17

<sup>38</sup> MIDEPLAN, Catastro nacional de personas en situación de calle, pp21

<sup>39</sup> Núñez Rodrigo “Personas en situación de calle” Universidad de Chile, Departamento de Sociología. Programa de estudios y sociedad. 2008

desempeñarán oficios lícitos y viviesen de la caridad pública sin un hogar fijo, podían ser detenidos en tanto “vagos”.”<sup>40</sup>

### **iii. Participación histórica del Estado en intervenciones frente a extrema pobreza**

Hasta la década de los años 20, el Estado no lograba una participación protagónica en temas sociales, si no que otorgaba cierto financiamiento para que la sociedad civil, como instituciones de beneficencia e iglesia católica tomaran ese rol dentro de la sociedad. Una vez que los efectos de las crisis, agregados por la caída del salitre y el aumento de la población se instalaran como problemáticas preocupantes para el país, el Estado comienza trabajar, comenzando por elaborar e implementar programas sociales destinados a estas problemáticas, sumándose la organización de una institucionalidad que dedique su trabajo con especial énfasis en los grupos más vulnerables. Este cambio fue logrado debido a la “convicción de que las condiciones de vida de los sectores pobres no podían depender de la caridad privada o de las intervenciones de emergencia.”<sup>41</sup>

Es así como las intervenciones sociales tomaban un sentido desde el Estado, redefiniendo la asistencia social como “toda iniciativa y acción organizada, dirigida y controlada por el Estado para captar, clasificar, atender y reintegrar al medio social a las personas o grupos de ellas que por insuficiencia física, mental o económica, o por malos hábitos, necesitan de la colectividad.”<sup>42</sup>

Los temas más fuertes a trabajar dentro de las políticas sociales estatales durante el período de 1940 y 1970 son principalmente tres que se interrelacionan en función del bienestar y calidad de vida de las personas. Una de las áreas a trabajar es la educación, entendiendo que los niños y niñas de ese tiempo son caracterizados por vagos, por lo que era necesario educarlos y protegerlos del entorno en cual se insertaban, promulgando así la Ley de Instrucción Primaria Obligatoria. Otro tema a tratar era la salud, en donde se planteaban disminuir los índices de mortalidad infantil.

---

<sup>40</sup> MIDEPLAN, Óp. Cit. Pp19

<sup>41</sup> MIDEPLAN, Catastro nacional de personas en situación de calle. Pág. 22

<sup>42</sup> Dirección General de Auxilio Social (1942) en Catastro nacional de personas en situación de calle, pp22

Finalmente, el tercer tema es de vivienda, debido a que “la magnitud del problema de los sin casa no hizo sino multiplicar la aparición de formas de vivienda precarias e insalubres, en la representación de “poblaciones callampas”, tomas de terrenos y habitaciones irregulares que cubrían las riberas de los ríos, los basurales y los sitios eriazos.”<sup>43</sup>

Por ende, la función del Estado estuvo marcada por las políticas fiscales y acciones privadas que apoyaron a sectores populares en la adquisición de viviendas, estas acciones estaban protagonizadas por el Hogar de Cristo y el INVICA<sup>44</sup>, “la operación Sitio” impulsada por el Gobierno para la búsqueda de entrega de terreno con fines de autoconstrucción a poblaciones desprovistas de habitación.

Entre los años 1959 y 1964 se construyeron en promedio anual más de “30 mil viviendas, cifra que entre 1965 y 1970 subió a más de 40.000 y que en los años comprometidos entre 1970 y 1973 superó las 54.000”<sup>45</sup> viviendas.

A pesar de los avances en la cobertura de viviendas realizadas en los periodos desde 1940 hasta 1973, junto a un avance en las políticas de viviendas, para el año 1970 las cifras de conventillos llegaban a “39.000, 60.000 ranchos precarios y casi 130.000 “mejoras” en todo el país”.<sup>46</sup>

Con la instalación del régimen militar, las políticas sociales tienen un giro drástico frente a la búsqueda de soluciones frente a los problemas sociales. En este periodo se instala la subsidiariedad, focalizándose en las prestaciones estatales, “esto significó una brusca disminución de la función estatal de protección social, lo que se reflejó en una

---

<sup>43</sup> MIDEPLAN, Óp. Cit. Pág. 23

<sup>44</sup> Instituto de Viviendas Populares.

<sup>45</sup> MIDEPLAN. Catastro nacional de personas en situación de calle. Pág. 24

<sup>46</sup> Ídem.

persistente caída del gasto social a partir del año 1974, especialmente en las áreas de educación, salud y vivienda.”<sup>47</sup>

En lo que respecta a educación, las escuelas públicas son traspasadas a los municipios para la gestión administrativa, en lo que respecta a salud, se descentraliza el Servicio Nacional de Salud y se municipaliza el nivel primario de salud.

En lo que respecta a vivienda, fue el ítem del gasto social que disminuyó de forma más evidente en aquel periodo. “La población designada como los “sin casa” aumentó considerablemente. En 1985 se calculaba en un 36% el total de familias que carecían de una vivienda adecuada, con un déficit de un millón de habitaciones. Tomando como totalidad, en el periodo comprometido entre 1973 y 1989 se calcula que un 43,9% de las familias constituidas no accedieron a una vivienda propia”<sup>48</sup>

Debido a esta nueva forma de ejercer las políticas sociales, se incorpora otro fenómeno conocido como los “allegados” y en 1980 se reactiva el proceso de “tomas” de terreno. En lo que respecta a la población en situación de calle, ésta aumenta tanto por el efecto de la crisis económica de los años 70, como por la focalización de las políticas sociales de este periodo de tiempo.

Llegada la democracia a nuestro país, los gobiernos de la Concertación se hacen cargo del déficit social heredado, revalorando las políticas sociales que implica un crecimiento importante en el gasto social, siendo prioridad nuevamente la educación, salud, vivienda y previsión.

En cuanto a las personas en situación de calle, poca, o incluso nula información se tiene respecto a esta población debido a lo movible del fenómeno, por lo que las intervenciones se realizaban de manera indirecta, debido a la creación de consejos como CONACE<sup>49</sup>, asegurando a las personas en sus previsiones de salud, entre otras cosas. Es

---

<sup>47</sup> Ibíd. Pág. 29.

<sup>48</sup> Ibíd. Pág. 30

<sup>49</sup> Consejo Nacional para el Control de Estupeficientes.

necesario resaltar que hasta la actualidad, las organizaciones de beneficencia siguen trabajando por el bienestar directo de las personas en situación de calle, en temas de techo, como hospederías, refugios ante las heladas de invierno, entre otras cosas.

Lo que en la actualidad se traduce a que en Chile *“Los sujetos entre 30 a 44 años, son las que se encuentran mayoritariamente en situación de calle (27.5%), seguido por las personas que tienen una edad que va entre los 45 a 49 años de vida (25.8%) y finalmente nos encontramos con la edad que va desde 60 años en adelante que ocupa una cifra no menor (25.6%). El resto que no se menciona, queda en un espacio de personas que tienen menos de 30 años”*<sup>50</sup>

Gracias a la realización del catastro nacional de personas en situación de calle se pudo manejar datos más duros para comprender el fenómeno en distintas dimensiones, formando con ello un programa social destinado para esta población, llamado Programa Calle que pertenece a la Red de Protección Social; Chile Solidario.

#### ***VI.- Instituciones actuales en Chile que intervienen con Personas en Situación de Calle.***

En este apartado, se presentarán tres tipos de instituciones que trabajan con las personas en situación de calle actualmente, ante ello es necesario mencionar que no son las únicas instituciones, ya que de éstas hay muchas y muy variadas según sus ideologías, objetivos entre otros factores, por ejemplo desde organizaciones de iglesia hasta organismos estatales.

A continuación se presentará las intervenciones que se realiza a nivel de Estado y a nivel de instituciones y/o corporaciones, considerando en ello el Hogar de Cristo y Moviliza, esta última es una organización sin fines de lucro que trabaja con esta temática sin ser reconocida masivamente como las dos anteriores, otorgando una forma distinta de trabajar con las personas en situación de calle. Entonces, el objetivo de presentar estas tres

---

<sup>50</sup> Catastro Nacional de Personas en Situación de Calle, MIDEPLAN, 2005, p. 39

formas de trabajar este fenómeno es comprender cómo se está haciendo cargo la sociedad de este tema, cómo se interviene desde tres enfoques con distintos financiamientos y distintas ideologías.

### **i. A nivel del Estado**

De acuerdo a los datos recabados por el primer Catastro a nivel nacional, el Gobierno de ese entonces decidió implementar medidas, el cual concluye crear el Programa Calle formado desde Chile Solidario. Además se puede visualizar también que a partir de ello, otras instituciones que ya venían trabajando en la temática logran conformarse como un complemento a la política social imperante para éstos sujetos.

Antes de interiorizarse en las intervenciones estatales, es necesario comprender que el país tiene un Sistema de Protección Social que nace desde MIDEPLAN<sup>51</sup>, quien atiende a familias, personas y territorios que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Este sistema nace en el año 2002 como una estrategia gubernamental orientada a trabajar con la pobreza extrema. En los últimos años, con el gobierno de Michelle Bachelet, este sistema busca la plena realización de los derechos de las personas. Las políticas sociales en este sentido se están enfocando principalmente a educación, salud, seguridad social y previsional, cabe mencionar que la vivienda en este sentido ya no es prioridad.

En lo que respecta a la implementación como tal, Chile Solidario trabaja a través de programas propios para la “vinculación y habilitación de personas”<sup>52</sup>, funcionando como intermediación, consejería y acompañamiento. Principalmente este sistema cuenta con cuatro programas, estos son el Programa Puente, Programa vínculos, Programa Caminos y el Programa Calle el cual está orientado a trabajar con adultos que se encuentren en situación de calle. Este programa es ejecutado por las municipalidades, Gobiernos Provinciales y Organismos no Gubernamentales u ONG.

---

<sup>51</sup> Ministerio de Planificación de Chile

<sup>52</sup> Chile Solidario. Descripción del Sistema. Visitado día 28 de marzo 2010. sitio web: [www.chilesolidario.gov.cl](http://www.chilesolidario.gov.cl)

El Programa Calle parte de la expectativa mínima de resultado el generar alguna conexión a la red institucional de servicio, con el objetivo de que las personas puedan recibir prestaciones y servicios que aporten a la satisfacción de sus necesidades. En definitiva, el Programa Calle se enfoca a los primeros vínculos con las personas en calle, esto puede ser desde Cédula de Identidad. Cabe mencionar que el tema de vivienda no es trabajado ni siquiera en el propio Ministerio de Vivienda, ya que los objetivos son muy a corto plazo y las intervenciones muy complejas, lo que no se contempla este tipo de solución dentro de las ofertas gubernamentales.

Por otra parte, hay que tomar en cuenta que las personas en calle son sujetos que viven un proceso de desmembramiento social, de exclusión y de pobreza extrema, lo cual los ha dejado fuera del apoyo social *“Las Personas en situación de Calle se encuentran en un proceso de desvinculación social, exclusión y pobreza extrema. Además, están al margen de los servicios de apoyo social y de salud”*<sup>53</sup> Esto debe ser considerado al momento de intervenir con las Personas en situación de Calle, ya que estos sujetos al vivir en calle tienen una fuerte carencia de sus derechos básicos como personas, haciendo que se vean en situaciones de desigualdad frente al común de la sociedad.

*“Ausencia de derechos en Personas de situación de Calle traducida en exclusiones sociales persistentes de sistemas funcionales tales como, familiar habitacional, salud, económico, y garantías estatales para resolverlas, configuran el complejo entorno en que se ubican las organizaciones que conforman parte del sistema de cooperación cuya función es transformar la exclusión en inclusión”*<sup>54</sup>

De acuerdo a lo anterior se puede decir entonces que una de las intervenciones a nivel de políticas sociales referentes a las Personas en Situación de Calle realizada en Chile a nivel estatal, hace referencia a la incorporación de estos sujetos al Sistema de Protección

---

<sup>53</sup> Valerio J. “Las representaciones sociales de la calidad de vida en personas en situación de calle de la Región Metropolitana. Tesis para optar al título de psicólogo. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 2206. Pág. 82. extraído desde [http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/valerio\\_j/sources/valerio\\_j.pdf](http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/valerio_j/sources/valerio_j.pdf)

<sup>54</sup> Fuentes L. “Diferenciando la Complejidad: Tipologías de personas en situación de calle e intervención social de calidad”. Revista de Trabajo Social N° 75. Santiago de Chile. 2008. Pág. 68

Social Chile Solidario, específicamente en el Programa Calle, el cual da su inicio luego del Catastro Nacional a Personas en Situación de Calle en el año 2005, lo que hizo notar la importancia de este tema a nivel nacional.

El Programa Calle aborda no sólo temáticas referentes al ámbito monetario de estas personas sino también brinda un apoyo psicosocial a los mismos, siendo realizado por otros tipos de instituciones sin fines de lucro interesados en la materia. *“Chile Solidario, una intervención multidimensional, incluye no sólo transferencias monetarias a las personas en situación de calle, sino también el apoyo psicosocial y atención garantizada en los servicios públicos, particularmente en salud”*<sup>55</sup>. Aún así este tipo de intervención en el último tiempo ha tenido diversas dificultades para llevarse a cabo y así poder tener como resultado la integración de las Personas en Situación de Calle.

*“El Sistema de Protección Social Chile solidario no ha podido integrar a las Personas en Situación de Calle debido principalmente a dificultades en la concepción de las problemáticas y objetivos y porque los instrumentos con los que cuentan no permitirían acercarse a este problema social”*<sup>56</sup>

A partir de lo anterior se puede decir entonces que el Estado debe comprometerse de aún más con estas personas, en cuanto a contabilizar a esta población que cada día se tiene más características y variables necesarias de estudiar, así como también las políticas sociales deben tener como propósito principal la inclusión de estas personas a las redes sociales en las cuales puedan acceder de acuerdo a su situación.

*“El Estado tiene el compromiso de identificar a este grupo de personas. Aún consciente de la dificultad que significa la tarea de catastrar a esta población, la política social no debe dejar de considerar el generar*

---

<sup>55</sup> Irarrázabal I. “pobreza y personas en situación de calle: una nota sobre la experiencia internacional y lecciones para Chile”. Revista de Trabajo Social N° 75. Santiago de Chile. 2008. pág. 21

<sup>56</sup> Valerio J. “Las representaciones sociales de la calidad de vida en personas en situación de calle de la Región Metropolitana. Tesis para optar al título de psicólogo. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 2206. Pág. 76. extraído desde [http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/valerio\\_j/sources/valerio\\_j.pdf](http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/valerio_j/sources/valerio_j.pdf)

*condiciones que faciliten la inclusión de las Personas en Situación de Calle a las redes de protección social”.*<sup>57</sup>

## **ii. A nivel de Instituciones y/o Corporaciones**

A continuación se presentará el Hogar de Cristo, debido a su rol histórico en el trabajo con las personas en calle, aunque sea a través de la caridad, han visualizado la existencia de estas personas en la sociedad y de las carencias tanto económicas como afectivas por las que viven.

Por otra parte, se presenta la Corporación Moviliza, quien no pertenece a la iglesia católica ni tampoco al Estado, su trabajo está ligado a las líneas de acción del Programa Calle y fomentan principalmente el trabajo grupal, a través de talleres se logra un acercamiento desde quien interviene y la persona en calle, con el objetivo de lograr los primeros vínculos necesarios para obtener los beneficios sociales, entre ellos la cédula de identidad.

### **a) Hogar de Cristo**

La Fundación ha trabajado por más de 65 años en crearles un hogar para aquellos que no tienen, como ellos mismo dicen, con su lema *“El Hogar de Cristo acoge con dignidad y amor a los más pobres entre los pobres, para ampliar sus oportunidades a una vida mejor”*<sup>58</sup>

El Hogar de Cristo trabaja en varias áreas entre ellas se encuentran trabajo con adulto mayores, educación inicial, infanto-juvenil, mujer, situación de calle, consumo problemático de drogas y/o alcohol, educación y capacitación, microcréditos, discapacidad,

---

<sup>57</sup> MIDEPLAN en Valerio J. 2006. Pág. 76

<sup>58</sup> Fundación Hogar de Cristo *“Ayudar hace bien”*. Santiago de Chile. 2009. pág. 3 Extraído desde <http://www.sap.com/chile/company/events>

entre otros, pero de acuerdo a la investigación realizada se hará referencia solo al trabajo que realizan con Personas en situación de calle.

Recordar que el Hogar de Cristo define a las personas en situación de calle como aquellos que,

*“Se encuentran en una situación de exclusión social y extrema indigencia, específicamente: carencia de hogar y residencia, y a la vez, la presencia de deterioro o ruptura de los vínculos con personas significativas (familia, amigos) y con redes de apoyo”*<sup>59</sup>

Aunque esta situación como ellos mismo la comprenden de forma temporal, permanente o crónica. Sin embargo, la Fundación comenta que no existen datos concretos con respecto a la cantidad de personas que viven en esta situación.

Con respecto a su objetivo de trabajo en esta temática, se destaca principalmente *“disminuir la vulnerabilidad y el daño de las personas en situación de calle reconociendo y potenciando sus capacidades y fomentando la vinculación social (familia, grupos, comunidad, instituciones públicas).”*<sup>60</sup> De igual forma el Hogar de Cristo cuenta con programas propios, tales como, Acogida para adultos y niños, a través de una atención psicosocial individual; hospederías y albergues; por último los comedores.

Dentro de las intervenciones del Hogar de Cristo se encuentra el Programa de Acogida hacia un camino de inclusión social. *“En este programa se busca Acoger y brindar apoyo a personas mayores de 18 años en situación de calle, o en riesgo de estarlo, favoreciendo la inserción en redes sociales.”*<sup>61</sup> Éste busca básicamente incluir a las personas en situación de calle para que logren disminuir riesgos y mejorar la calidad de vida otorgando básicamente los siguientes beneficios: *“Acompañamiento diario a personas que viven en la calle, Orientación e información sobre servicios sociales, Apoyo en*

---

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup> Ibid. Pág. 18

<sup>61</sup> Ibid. Pág 1

*servicios básicos (alimentación, vestuario, alojamiento, etc.), Atención psicosocial (entrevistas, intervenciones en crisis, etc.), Gestión para la derivación en redes sociales”.*<sup>62</sup>

Entre los derechos que el Hogar busca intervenir derechos como la integridad síquica y física de las personas “en situación de calle”, su derecho a la salud y en gran medida, con las Hospederías, busca solucionar el problema de la vivienda y todo lo que lleva consigo. También busca que dichas personas lleguen a un status social mayor, llegando a la plena igualdad con sus pares. Tiene en su trabajo un marcado sentido cristiano, inspirado en el trabajo de su fundador y esto lo diferencia del trabajo de otras instituciones como la que pasaremos a ver a continuación.

#### b) ONG Moviliza

Esta institución tiene su inicio en año 1999 con el nombre de Una Noche en las Calles (UNELC) con el correr del tiempo, específicamente en el año 2005 tomaron el nombre de Corporación Moviliza, la cual trabaja con personas en situación de calle de una manera integral apuntando básicamente a la inclusión social, esto lo hace en conjunto con el MIDEPLAN, específicamente brindado apoyo psicosocial a los usuarios del Programa Calle de Chile Solidario apuntando a: *“conceder especial importancia al acompañamiento singular y personalizado de cada usuario, a partir del trabajo de revinculación y mediación que realizarán los profesionales y técnicos encargados de proveerles apoyo psicosocial”.*<sup>63</sup>

De acuerdo a esto, las personas en situación de calle serán entendidas a partir de la definición que posee MIDEPLAN de estas mismas, la cual hace mención *“a quien carece de una residencia fija y pernocta en lugares públicos o privados, que no tienen las características básicas de una vivienda aunque cumplan con esa función”*<sup>64</sup> A partir de ello no se quiere encasillar con esta definición a los sujetos con lo que trabaja esta institución,

---

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN. GOBIERNO DE CHILE. 2005. Habitando la Calle. Catastro Nacional Personas en Situación de Calle”. Santiago. Gobierno de Chile. Pág. 4

<sup>64</sup> Ibíd. Pág. 6

ya que esta misma no tiene una definición a ciencia cierta de lo que para ellos significa Personas en Situación de Calle, es por esto que la conceptualización mencionada anteriormente servirá sólo de referencia a la temática a estudiar.

A partir de lo anterior se puede decir que la Corporación pretende darle énfasis a la mejora de la calidad de vida de las Personas en Situación de Calle haciendo hincapié en sus capacidades y en sus derechos, es por esto que la institución se ha planteado como misión: *“promover la inclusión social y el mejoramiento de la calidad de vida de personas en situación de calle y su contexto, de manera integral, efectiva y colaborativa, para contribuir a la construcción de una sociedad justa y solidaria.”*<sup>65</sup>

Esto es llevado a cabo a partir de tres ejes importantes en la línea de trabajo de la Corporación, específicamente promoción, prevención secundaria y emprendimiento. El primero de ellos apunta a que las Personas en situación de calle tomen conciencia de su situación para que así no vuelvan a caer en ella. *“Por promoción se ha entendido aquellas estrategias y acciones destinadas a posibilitar que personas definidas en situación de riesgo logren tomar conciencia de sus circunstancias para evitar que sigan en ella o, en su defecto, conozcan los riesgos que les puede implicar permanecer así”*<sup>66</sup>

En cuanto a la prevención secundaria se puede decir que la Corporación realiza su acción en torno a la detección del problema y su intervención en el momento adecuado. *“La prevención secundaria corresponde a las acciones destinadas a la detección precoz de la situación problema y su intervención oportuna”*<sup>67</sup>

Por último se hace mención al emprendimiento, en donde la persona toma un rol activo de acuerdo a su situación para resolverla. *“El emprendimiento, por su parte, implica el rol activo que ejerce la persona en relación a la solución de ciertos problemas”*.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Memoria Moviliza Chile. “Memoria Corporación Moviliza 2008”. Santiago de Chile. 2008. pág. 6

<sup>66</sup> *Ibíd.* Pág. 9

<sup>67</sup> *Ídem.*

<sup>68</sup> *Ídem*

De acuerdo a lo anteriormente mencionado Moviliza con el pasar del tiempo ha desarrollado variados talleres que tiene como objetivo lograr el trabajo en equipo y la toma de decisiones en conjunto y asimismo potenciar las habilidades y capacidades de éstas personas, para ello los talleres que imparte Moviliza son: de Mosaico, de Música, Socio - Laboral, Desarrollo Personal, de Salud entre otros.

Podemos decir que, a diferencia de la institución anterior, lo que se busca por la Corporación es lograr que las personas “en situación de calle” por sus propios medios logren acceder a los beneficios que les otorga el Estado, haciendo valer sus derechos por sí mismos, ya que en eso consiste la dignidad de la persona humana, en la capacidad de ésta de lograr metas y ejercer sus derechos.

Podemos también señalar que se trata de un trabajo laico y que queda fuera de toda connotación religiosa, a diferencia de lo que pasa en el trabajo del Hogar de Cristo. Este trabajo por tanto se encuentra basado en otras consideraciones que van más allá de los valores cristianos y se encuentra fundamentado en la igualdad y en la verdadera aplicación de los derechos humanos.

## ***VII.- Promoción de los Derechos de las Personas en Situación de Calle***

Nos encontramos entonces, en una sociedad altamente polarizada, lo cual se tensiona con uno de los principios fundamentales de nuestra nación, la “Constitución de la República Democrática de Chile”, la cuál, en su artículo primero señala que “*las personas nacen libres e iguales en derechos y oportunidades*”<sup>69</sup>. Esta noción, establece que, ante la ley, todos los chilenos están en igualdad de condiciones, sin importar raza, clase social, procedencia o género.

---

<sup>69</sup> Biblioteca del Congreso nacional. “Constitución de la República Democrática de Chile”.

Para Pablo Salvat por ejemplo, la noción de ciudadanía se funda en la afirmación de que todos los individuos son libres e iguales por nacimiento, relacionando el concepto a un status legal que establece los derechos del individuo frente al Estado.<sup>70</sup>

Son portadores de estos derechos “*quienes habitan un Estado, y como tales se incorporan en las respectivas cartas constitucionales.*”<sup>71</sup> Se entiende desde esta perspectiva, a la ciudadanía como un “contrato” entre el Estado y sus habitantes. Complementando esta visión, Tom Bottomore<sup>72</sup> establece dos tipos de ciudadanía: Ciudadanía formal y ciudadanía sustantiva. La ciudadanía formal se entiende como “*la membresía de un Estado Nación y ciudadanía sustantiva implica tener derechos y las capacidades para ejercerlos, con cierto grado de participación en los ámbitos público y privado*”<sup>73</sup>. El autor señala así, que la ciudadanía formal no es requisito para la ciudadanía sustantiva.

Por último, O’ Donnell<sup>74</sup>, habla de ciudadanía de baja intensidad para referirse a lo que se da en muchos países Latinoamericanos y la define como “*una situación de carencia de ciudadanía en condiciones de pobreza y alto grado de desigualdad, y la existencia de numerosos grupos para quienes la ciudadanía no está defendida ni definida*”.<sup>75</sup> Esta noción de ciudadanía de baja intensidad que nos habla también de una ciudadanía debilitada supone que para que se pueda hablar de ejercicio ciudadano pleno, deben cumplirse ciertas condiciones sociales y culturales mínimas.

Con respecto a lo que está haciendo el Estado referente a garantizar la integración| social y |dignidad de estas personas, ha comenzado por conformar un Programa Calle que

---

<sup>70</sup> Salvat, P. El Porvenir de la equidad: una contribución desde el debate Filosófico Contemporáneo”, Mideplan 2000, p 175.

<sup>71</sup> Aquín N, “En torno a la ciudadanía” en Aquín N. (Comp.), Ensayos sobre ciudadanía, reflexiones desde el Trabajo Social, Ed. Espacio, Buenos Aires, 2003, p15

<sup>72</sup> Bottomore, T. Citizenship and social class, forty years on. En TH Marshall y T Bottomore, Pluto Press, Londres, 1992

<sup>73</sup> Citado por Sojo. C. en “La noción de ciudadanía en el debate Latinoamericano”, Revista de la CEPAL N° 76, Santiago, 2002, p 29

<sup>74</sup> O’Donnell, G. Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismos y democratización. Paidós, Buenos Aires, 1997

<sup>75</sup> Citado por Aquín, N. OP. CIT p 22

se dedique especialmente a el trabajo con estas personas, para ello, este programa define las condiciones mínimas referente a la calidad de vida de una persona, con la finalidad de comprender cuáles de estos carece la personas y dónde es necesario comenzar a trabajar, esto debido a la diversidad de problemas en las personas en situación de calle, entendiendo que estas personas no deben ser homogenizadas en su preconcepción.

Ante ello, el Programa Calle define:

*“Las condiciones Mínimas de calidad de vida son estándares básicos de bienestar que deben ser garantizados a toda persona en situación de vulnerabilidad, ya que constituyen el piso elemental que permite a las personas satisfacer sus necesidades básicas y, contar con un soporte que habilita otros procesos de integración social”<sup>76</sup>*

Con respecto a lo anterior, se puede comprender que este programa no sólo se refiere a las condiciones mínimas en cuanto a los recursos monetarios para la subsistencia humana, sino que también factores sociales como oportunidades para desarrollarse.

*“Hablar de Condiciones Mínimas hace referencia tanto a los recursos básicos que deben estar disponibles para la reproducción y funcionamiento vital de las personas, como los procesos que se deben desatar para que las personas adquieran las competencias necesarias para gozar efectivamente de las oportunidades disponibles.”<sup>77</sup>*

Es preciso comprender entonces cómo este Programa visualiza las dimensiones de la situación de vulnerabilidad, ante ello se puede decir que el programa vela por la salud física, salud psicológica, considera el nivel educacional alcanzado, tipos de trabajos

---

<sup>76</sup> Manual de Orientaciones para la Gestión de Condiciones Mínimas. PROGRAMA CALLE CHILE SOLIDARIO. Pág. 2

<sup>77</sup> Ídem.

realizados, lugar en que pernocta y su habitabilidad, vinculación y relación con su familia, capital financiero disponible y expectativas vitales de la persona en situación de calle.

Ante los aspectos en que se dimensiona la vulnerabilidad de la situación de calle, nos enfocaremos a analizar la dimensión de habitabilidad que señala el Programa Calle, debido a que es el foco de trabajo está orientado en las condiciones de vivienda de las personas en situación de calle.

Ante ello, el Programa Calle tiene tres grandes objetivos en cuanto al tema de habitabilidad. El primero señala *“que la persona tenga acceso a instalaciones o recursos adecuados donde sea posible realizar actividades de higiene, alimentación, descanso y custodia de pertenencias.”*<sup>78</sup> El segundo objetivo apunta a *“que la persona cuente con información y orientaciones sobre la gestión de riesgos en el espacio en que habita o pernocta.”*<sup>79</sup> Y por último, el tercer objetivo apunta a *“que la persona conozca alternativas residenciales a su alcance y de calidad.”*<sup>80</sup>

Es preciso señalar que la forma en que se da por cumplido estos objetivos es de manera superficial y simplista, quedando satisfechos de entregar información por ejemplo de la gestión de riesgos, sin asegurarse más allá de la efectividad de la recepción de la información. En este caso, el Programa señala que se cumple ciertos objetivos una vez que la persona realice tal acción o logra tener las redes necesarias.

De lo anterior, cabe analizar si acaso las acciones de integración que realice el Estado para garantizar el bienestar de todos sus ciudadanos logran ser efectivos o son un mero esfuerzo para lograr la garantización de los derechos fundamentales a toda su población sin considerar la magnitud de su complejidad.

---

<sup>78</sup> Dimensión HABITABILIDAD. Manual de Orientaciones a la Gestión de Condiciones Mínimas. Programa Calle Chile Solidario. Pág. 39

<sup>79</sup> Ídem

<sup>80</sup> OP CIT pág. 40

**PARTE SEGUNDA: EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA COMO  
DERECHO FUNDAMENTAL.**

## ***I.- Introducción a la Segunda Parte.***

En esta segunda parte del trabajo que presentamos estudiaremos, sucintamente, el tema de los derechos humanos, desde su concepto hasta las distintas clasificaciones que se hacen de ellos, pasando por su concepto, características y su justificación y función. Adelantamos que se trata de un estudio simple ya que no es el fin de la presente investigación el abarcar ampliamente el tema de los derechos humanos, sino que lo usaremos como base para otros fines.

Es así como también dentro de esta parte estudiaremos lo que son los derecho económicos, sociales y culturales, especialmente el que se refiere al derecho a un nivel de vida adecuado, donde encontramos nuestro objeto último de estudio, esto es, el derecho a una vivienda adecuada.

Para el estudio de este derecho analizaremos las distintas normas internacionales que lo consagran, como lo es principalmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al igual que instrumentos de organismos ligados a los derechos humanos como lo son las Observaciones Generales que ha hecho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la materia.

Para concluir esta segunda parte trataremos el derecho a una vivienda adecuada como un derecho fundamental, analizando distintas constituciones políticas que lo reconocen de una u otra forma.

En resumidas cuentas, haremos un trabajo desde lo general hasta lo particular, siendo lo primero los derechos humanos y lo segundo el derecho a una vivienda adecuada, concluyendo cómo distintos ordenamientos internos consagran tal derecho dentro de sus normativas constitucionales.

## ***II.- Breve exposición y conceptualización de los Derechos Humanos y de los Derechos Fundamentales para efectos del presente estudio.***

Ya expuesta la situación fáctica que nos convoca en el presente trabajo, debemos entrar al estudio de los *derechos humanos* y de los *derechos fundamentales*, comenzando por tratar de dar una definición de éstos.

Comenzando con lo que el estudio de los *derechos humanos*, éstos han sido denominados de formas muy diversas según la época y la ideología predominante, lo cual veremos brevemente puesto que no es el fin de esta Memoria.

En un primer momento histórico se les denominó “*derechos naturales*” basado en el iusnaturalismo racionalista que predominaba en los siglos XVII y XVIII. Esta doctrina explicaba la existencia de ciertos derechos que estaban más allá de la formación de la sociedad como pacto social, es decir, que existían ya en el estado de naturaleza anterior y que se manifestaban como prerrogativas de los “contratantes” contra otros o contra el mismo Estado en caso de infracción.

Otro término es el de “*derechos del hombre*” aparejado al concepto de “*derechos del ciudadano*” que dio origen a la declaración nacida al alero de la Revolución de 1789 (Déclaration des droits de l’homme et du citoyen).

Estos conceptos confluyen con el de “*naturales*” en dicha declaración que es sin dudas el principio cierto de los derechos fundamentales sin desmerecer aquellos documentos como las distintas declaraciones de los nuevos estados nacidos de las colonias inglesas después de su separación con la monarquía.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano es rica en contenido y en su estudio podemos encontrar fundamentos ideológicos que nos ayudarán a entender primeramente los derechos civiles y políticos o también conocidas como “*libertades*” y en un segundo lugar, los derechos económicos, sociales y culturales como una evolución de los primeros.

Para Gregorio Peces-Barba Martínez estos fundamentos ideológicos inmediatos de la declaración son el iusnaturalismo racionalista (que ya mencionamos), el pensamiento de John Locke, el humanismo laico y la enciclopedia, las ideas políticas y de organización del Estado de Montesquieu, el pensamiento fisiócrata y la ideología de Rousseau, en cierta medida.<sup>81</sup>

El pensamiento del iusnaturalismo racionalista que tiene como gran exponente a John Locke se expresa en las siguientes ideas según Peces- Barba<sup>82</sup>:

- a) El conocimiento de los derechos naturales es posible a través de la razón, a partir de la experiencia sensible;
- b) Tratamiento antropocéntrico y secularizado del tema de los derechos, esto diferencia la declaración francesa de la inglesa y de los nuevos Estados que nacieron en Norteamérica que invocaban un poder divino, aludiendo directamente a Dios y a la religión;
- c) Fundamentación contractualista de los derechos, esto es, que el pacto social que viene a reemplazar el estado de naturaleza tiene como meta la conservación de los derechos del hombre y que se ve manifestada en el artículo 2 de la Declaración.

Posteriormente se generalizó el uso del término “*derechos humanos*”, el que nació después de la segunda guerra mundial bajo el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas y con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este término aparece, como consecuencia de la creación de la Organización de la Naciones Unidas y del repudio de la comunidad internacional ante el flagelo de la guerra y de la muerte producido por ésta.

---

<sup>81</sup> PECES-BARBA Martínez Gregorio y OTROS, “Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII.” Editorial Dykinson, S.L., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2001, pp. 137- 176

<sup>82</sup> PECES-BARBA, G., Ref. 1, pp 145-151.

Por otro lado, existe el concepto de “*derechos fundamentales*” muy utilizado por autores contemporáneos y que llega a confundirse con el concepto de derechos humanos. Debemos señalar, para evitar posibles confusiones, que los derechos fundamentales son una especie de derechos humanos. Aclarando la idea, el derecho humano es aquel que corresponde o de que es titular toda persona humana, en cambio los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos que se encuentran reconocidos y amparados en el ordenamiento jurídico constitucional del Estado. Su carácter fundamental proviene, por tanto, de su origen en la Constitución o Carta Fundamental. Todo derecho fundamental es un derecho humano pero no todo derecho humano es un derecho fundamental.

En nuestro Ordenamiento Jurídico Constitucional se les denomina “derechos esenciales” y en su artículo 5° inciso 2° prescribe “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”.

Para Humberto Nogueira Alcalá los derechos considerados esenciales por la Constitución sólo son asegurados y protegidos pero no son esenciales por el hecho de estar incluidos en la Carta Magna: “*(...) los derechos no están en las normas (internas o internacionales), “no se constituyen” en la norma positiva sino que ella sólo los asegura, los respeta, los garantiza y los promueve, los derechos emanan de la dignidad humana. Los derechos tampoco se realizan en las normas sino que ellos se concretan en la vigencia sociológica, la que demuestra efectividad de los derechos.*”<sup>83</sup>

Vale aclarar que los derechos esenciales no son un límite a la soberanía misma del Estado ya que esta no tiene límites siendo un poder absoluto dentro del territorio y de la comunidad política que en él se establece, sino que se trata de un límite al ejercicio de la soberanía. Esto quiere decir que los límites se aplican a la funcionalidad de los poderes constituidos o potestades públicas.

---

<sup>83</sup> NOGUEIRA Alcalá Humberto: “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales” Tomo I, Editorial Librotecnia y Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Santiago, 2008, Página 22

La diferenciación que aquí hacemos, entre derechos humanos y derechos fundamentales, nos servirá más adelante cuando analicemos el problema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y a su protección en el ordenamiento jurídico constitucional, puesto que no todos los derechos humanos son reconocidos como fundamentales y mucho menos todos los fundamentales son protegidos de igual forma, esto por las consideraciones de derechos civiles y derechos sociales veremos más adelante.

### ***III.- Características de los Derechos Humanos y de los derechos fundamentales***

Para un estudio más acabado de los derechos humanos es menester conocer, al menos de una forma breve, las características que los informan, basándonos especialmente en el trabajo del Profesor Humberto Nogueira Alcalá y su obra *“Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales”*

La primera característica, quizás la más importante se refiere a la *Universalidad*<sup>84</sup> de los derechos humanos, esto quiere decir, que todas las personas, todos los seres humanos, son titulares de los derechos, sin distinción de su raza, sexo, religión, ideología política ni nacionalidad.

La Declaración de Viena de 1993<sup>85</sup> adoptada por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos establece que la Universalidad de los derechos no admite dudas y que en definitiva los Estados sin distinción deben promoverlos y protegerlos.

Señala también dicha Declaración en su párrafo 1 que *“Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos, su promoción y protección es responsabilidad de los gobiernos”*

---

<sup>84</sup> NOGUEIRA Alcalá, Humberto: “Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales”, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2003, Pág. 69.

<sup>85</sup> Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena del 14 al 25 de junio de 1993.

Muy relacionada con la característica anterior encontramos la *Supra y Transnacionalidad*<sup>86</sup>. Ésta se refiere a que no depende de la nacionalidad de la persona para atribuirle derechos sino que esto es una consecuencia de la dignidad humana. Tampoco obedece al territorio o lugar donde dicha persona se encuentre.

Tanto la nacionalidad como el territorio de los Estados son límites de aplicación de la soberanía de cada uno de ellos y por tanto esta distinción no puede servir de base para una posible vulneración de los derechos. En el mismo sentido la protección de los derechos por mecanismos creados por la comunidad internacional no tiene como límite ni la nacionalidad ni el territorio donde se vulneren dichos derechos.

En cuanto a la aplicación y reconocimiento de los derechos encontramos la característica de la *Irreversibilidad*<sup>87</sup> de los derechos humanos, consistiendo en la imposibilidad de desconocer la condición de inherente a la dignidad de la persona humana una vez que el Estado lo ha reconocido como tal por medio de un Tratado Internacional, el cual se incorpora al Ordenamiento Jurídico por medio de la Constitución que se remite a ellos en lo que se denomina “Bloque Constitucional de los Derechos Humanos”. En resumidas cuentas, una vez reconocidos como derechos humanos éstos no pierden su condición de tales por una norma posterior.

Otra característica importante de los derechos humanos es la de la *Progresividad*<sup>88</sup>. Ésta presupone que los derechos están en una constante evolución y progresión.

La progresividad se expresa por medio de los distintos Tratados y Declaraciones que los Estados celebran cada cierto tiempo o con ocasión de algún evento o hecho importante que haga ampliar el sentido y alcance de los derechos. También se expresa por medio de los informes y recomendaciones que hacen los distintos organismos de las Naciones Unidas y otras organizaciones de Estados de ámbito continental y regional.

---

<sup>86</sup> *Ibíd.* Pág. 69

<sup>87</sup> *Ibíd.* Pág. 70

<sup>88</sup> *Ídem.*

Existe también una retro alimentación en cuanto a la aplicación y extensión de los derechos ya que como dijimos la comunidad internacional da nuevos sentidos y alcances pero también los Estados en su aplicación interna informan a los demás sobre la ampliación que hacen dentro de su territorio.

En este sentido la Convención Americana de Derechos Humanos también conocido como Pacto de San José de Costa Rica dispone en su artículo 29 que ninguna de las disposiciones puede ser interpretada en el sentido de *“limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra Convención en que se parte uno de dicho Estados.”* El hecho de limitar el goce y ejercicio de los derechos humanos se contraponen al principio de Progresividad en que se basan.

La Progresividad lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas no distinguiendo entre normas internas o internacionales incorporadas al ordenamiento jurídico de cada Estado, llevando a una *interpretación pro-cives o favor libertatis o sea a la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos.*<sup>89</sup>

En resumidas cuentas para Nogueira *“el sistema nacional de protección de los derechos fundamentales se completa con integración del derecho internacional de derechos humanos, logrando la plenitud del sistema de derechos.”*<sup>90</sup>, implicando esta progresividad que *“el juez debe conocer y aplicar las normas de derecho internacional de derechos humanos que se ha incorporado al derecho interno, cuando el derecho nacional no garantice tal derecho.”*<sup>91</sup>

Siguiendo al mismo autor encontramos como característica de los derechos humanos la *posición preferencial de los derechos*, señalando que al ser estos derechos

---

<sup>89</sup> *Ibíd.* Pág. 71

<sup>90</sup> *Ídem.*

<sup>91</sup> *Ibíd.* Pág. 72

inherentes a la dignidad de la persona humana tienen por lo tanto una posición preferente ante otros derechos que se encuentran en un estadio posterior.

Basándose en el artículo primero de nuestra Constitución, el profesor Nogueira señala que *“La persona es el objetivo y finalidad de toda la actuación estatal, estando el poder público al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana, aspectos esenciales que integran el bien común como fin y tarea de los órganos estatales”* y en ese sentido el juez al ser el representante de un poder del Estado, el judicial, *“debe resolver el caso escogiendo favorablemente la norma protectora de los derechos humanos.”* Y concluye diciendo que *“todo lo dicho es más que suficiente para sostener que el poder público está al servicio de la persona y sus derechos”*<sup>92</sup>

En una siguiente característica según el mismo autor, encontramos que los derechos humanos poseen una eficacia *erga omnes*. Ésta se traduce como la aplicación directa entre personas y no sólo entre particulares y el Estado al cual pertenecen.

Nogueira señala que *“el sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante erga omnes, siendo plenamente aplicables no sólo a las relaciones particulares-Estado, sino también entre particulares, concepción que se institucionaliza claramente en nuestra Constitución a través de la acción constitucional de protección (acción de amparo en el derecho comparado) la que en algunos países se encuentra restringida sólo a las relaciones entre particulares y Estado”*<sup>93</sup>

Esta situación se traduce en una eficacia de carácter vertical (entre particulares y Estado) y una eficacia horizontal (entre particulares) otorgando una completa seguridad jurídica de los derechos.

Termina aseverando el autor que *“La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales.”*<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> Ibid. Pág. 74

<sup>93</sup> Ibid. Pág. 75

<sup>94</sup> Ídem.

Por último, Nogueira señala como característica de los derechos humanos la fuerza expansiva de los derechos y en cuanto a la interpretación de los mismos debe aplicarse el principio favor *libertatis*. En caso de cualquier duda en la aplicación de un derecho o en su misma interpretación “*debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja asegurando y garantizando los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente y jerarquizada a la luz de los valores que los informan.*”<sup>95</sup>

#### ***IV.- Justificación de los Derechos Humanos. El ¿Por qué de los Derechos Humanos? Función de los Derechos Humanos. El ¿Para qué de los Derechos Humanos?***

Basaremos el estudio del presente apartado en la obra del profesor Gregorio Peces-Barba por parecernos muy clara en sus definiciones y explicaciones sobre la justificación y la función de los derechos humanos y de los derechos fundamentales.

Peces-Barba nos señala, citando a Ruiz Miguel, que los derechos humanos son: “*a) Exigencias éticas justificadas; b) especialmente importantes; y c) que deben ser protegidas eficazmente, en particular a través del aparato jurídico*”.<sup>96</sup>

Se refieren, por tanto, los derechos humanos a una “*pretensión moral justificada sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del hombre, y a su recepción en el derecho positivo, para que pueda realizar eficazmente su finalidad.*”<sup>97</sup>

Siguiendo al mismo autor, éste señala que existen dos grandes puntos a tener en cuenta. El primero se refiere al fundamento que responde a la pregunta del ¿por qué? de los derechos humanos, situándose en el primer rasgo señalado, esto es, como pretensión moral justificada. El segundo punto se sitúa en el segundo rasgo que es la recepción de dicha

---

<sup>95</sup> *Ibíd.* Pág. 76

<sup>96</sup> PECES-BARBA, Gregorio, “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1999, pág. 102.

<sup>97</sup> *Ibíd.* Pág. 102.

pretensión en el derecho positivo. El concepto de los derechos humanos se encontraría en el segundo rasgo mientras que el fundamento en el primero.

Peces-Barba señala que *“la comprensión se produce con una respuesta adecuada al ¿por qué? y al ¿para qué? de los derechos y este reduccionismo de la extensión aparece cuando se intenta comprender sólo desde el por qué o sólo desde el para qué.”*<sup>98</sup>

Lo anteriormente señalado lo ejemplifica diciendo que *“desde algunas de las ramas del derecho estatal o del derecho internacional (...) sólo describen la función de los derechos, el para qué pero no el porqué”*<sup>99</sup> Lo que contrasta con lo que debería comprenderse por derechos fundamentales. *“En posiciones extremas ese desinterés por la fundamentación se puede convertir en confusión de la función con la fundamentación, cuando se vacía de contenido a los derechos y se les reduce a una técnica de control social (...) que transforma a los derechos humanos en una técnica operativa, imprescindible para la dinámica del sistema y desprovisto de cualquier connotación ética.”*<sup>100</sup>

Por otra parte existen otras aproximaciones que delimitan el análisis de los derechos fundamentales solamente al por qué, basándose en la filosofía moral o en la teoría de la justicia, considerando poco relevante la función de los derechos.

El autor citado resume ambas aproximaciones de la siguiente forma: Cuando sólo se preocupan de la función de los derechos se trata de “una fuerza sin conciencia”; cuando sólo se ocupan de la fundamentación “los derechos son un espíritu sin fuerza.”

Tanto la fundamentación como la función de los derechos fundamentales deben ser consideradas para una completa y debida comprensión de éstos.

---

<sup>98</sup> *Ibíd.* Pág. 103.

<sup>99</sup> *Ídem.*

<sup>100</sup> *Ídem.*

Citando a Pascal, el autor señala que *“la justicia sin la fuerza es impotente, la fuerza sin la justicia es tiránica”*<sup>101</sup>

*“Los derechos humanos son una forma de integrar justicia y fuerza desde la perspectiva del individuo propio de la cultura antropocéntrica del mundo moderno”*<sup>102</sup>

El Estado, como ordenamiento jurídico, tiene el papel preponderante de ser él por donde los derechos que se originan y se fundan en la moralidad que desemboca en el Derecho.

A su vez, los derechos humanos y fundamentales son valores jurídicos a los cuales las demás normas deben estar sometidas y conforme a aquellos, sin que dichos derechos queden desvinculados de los valores morales y políticos que los justifican. En este sentido los derechos humanos *“son moralidad legalizada.”*

Resumiendo, Peces-Barba señala que los derechos humanos y fundamentales son:

*“a) Una pretensión moral justificada tendiente a facilitar la autonomía e independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica y construida por la reflexión racional en la custodia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista. (...)*

*b) Un subsistema dentro del sistema jurídico, el derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporada a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial, y, por supuesto, que se pueda*

---

<sup>101</sup> Ibid. Pág. 104

<sup>102</sup> Ibid. Pág. 105

*atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos.”*<sup>103</sup>

*c) Los derechos fundamentales son una realidad social, es decir, actuante en la vida social, y por tanto, condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad.”*<sup>104</sup>

***V.- Generaciones de Derechos Humanos. Derechos Civiles y Políticos, Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos de la Solidaridad.***

Con generaciones de derechos nos referimos a las clases derechos humanos en atención a características comunes que reúnen y también al período histórico e ideológico en que son reconocidos por los Estados. La idea del presente párrafo es exponer sucintamente dichas generaciones con el fin de diferenciar los derechos civiles de los derechos sociales para un mejor estudio de éstos y de sus características, sobretodo de las implicancias que tienen en cuanto a su cumplimiento y exigibilidad.

Con la evolución de la historia de la humanidad y sobre todo por los acontecimientos que se desenvuelven constantemente, junto a la extensión de los derechos fundamentales se pueden distinguir ciertas generaciones de derechos, comenzando con las llamadas libertades para terminar con los derechos sociales.

Las distintas generaciones de derechos dan cuenta de la historicidad, modernidad y positividad de éstos, de manera que cada momento histórico se ve reflejado en una determinada categoría de derechos.

---

<sup>103</sup> *Ibíd.* Pág. 110

<sup>104</sup> *Ibíd.* Pág. 112

## **i. Primera Generación: Derechos Civiles y Políticos**

La primera generación de derechos se encuentra basada en el liberalismo político y económico que predomina a fines del siglo XVII y comienzos del XVIII. Autores como Locke y Rousseau serán sus más grandes exponentes.

En un primer momento histórico y que corresponde a la primera generación de derechos, encontramos las llamadas libertades y los derechos de participación en el poder político. En este período observamos cómo se quiebra la historia de las grandes potencias europeas, vale decir, Inglaterra y Francia, al independizarse las colonias que la primera tiene en América del Norte y al convertirse la segunda de una Monarquía Absolutista a una República.

La historia del estado liberal de derecho comienza en la Inglaterra del siglo XVII gracias al pensamiento de John Locke que derivó en la “revolución” de 1688 con el *Bill of Rights*, convirtiendo a dicha potencia de una monarquía absoluta a una de carácter constitucional, con participación de los integrantes de la comunidad política sin olvidar de forma completa la autoridad del Rey. Se trata de un hecho histórico poco traumático comparado con los que se desencadenarían un siglo más tarde. En este Estado de Derecho existen dos grandes poderes de carácter político: el monarca, con un poder más débil del que ostentaba antes y el parlamento.

Efectivamente, hacia el año 1776 las colonias inglesas de América del Norte declaran su independencia de la Metrópolis, formando un estado de tipo federal organizado como república, teniendo a la cabeza la figura del presidente de los Estados Unidos de Norteamérica. Aquí el cambio es mucho más fuerte, ya no existe un monarca como cabeza del poder del Estado sino que se trata de un Presidente que se elige cada cierto tiempo, eliminando la herencia como forma de sucesión del poder y agregando el principio de temporalidad y responsabilidad en el poder.

Sin dudas el cambio más potente se produce en Francia, prescindiendo totalmente de la Monarquía y llevando directamente la forma de Estado a una República. A diferencia de los casos anteriores, existe un quiebre también en cuanto a la moralidad religiosa, esto es, tanto en Inglaterra como en sus ex colonias de ultramar existe una conciencia cristiana del poder político, en cambio en la Francia de fines del siglo XVIII predomina la visión laica, sin consideraciones de carácter religioso alguno.

A la luz de estos hechos históricos, relatados aquí sucintamente ya que no es la finalidad de este trabajo y que son de conocimiento general, vislumbramos lo que se conoce como Estado Liberal de Derecho. Se trata de un aparato estatal mínimo o abstencionista, denominado también Estado Gendarme, en que por general no interviene de manera alguna en la economía y en la sociedad, limitándose a la defensa nacional, la hacienda y asuntos de carácter interno como lo es la administración de justicia. En este Estado las obligaciones y las prestaciones se regulan por el libre mercado, por las leyes de la oferta y la demanda.

Al amparo de esta forma jurídico-política de la organización de la comunidad nacen los que se conocen como *derechos civiles o libertades* y también en forma limitadas, ciertos *derechos políticos o de participación*.

En cuanto a los derechos civiles o también llamados libertades, se trata de derechos de corte individual, teniendo como titulares a las personas naturales y dependiendo de las características de cada una, también tiene como titular a las personas jurídicas, sobretodo en el ámbito patrimonial. Su estructura lógica son ser derechos de negación, imponiendo al Estado y a las personas en general un no hacer o, mejor dicho, una abstención. Así el Estado y los demás particulares deben abstenerse de realizar ciertos actos como por ejemplo desconocer el dominio que tiene cierta persona a un determinado bien ya que si no estaría vulnerando su derecho de propiedad.

Se les denomina también libertades ya que otorgan a sus titulares la facultad de realizar ciertos actos o también para no ser turbados en sus derechos. Así se conocen dos clases de libertades: las positivas y las negativas. Las primeras se refieren a que la persona

puede realizar ciertos actos y entre ellas encontramos por ejemplo la libertad de expresión. Las libertades negativas se refieren al deber de abstención que debe tener el Estado y los demás particulares en el ejercicio de un derecho por parte de uno de los integrantes de la comunidad.

Como decíamos más arriba, dentro de la primera generación de derecho encontramos los derechos políticos o de participación, principalmente referido al derecho a sufragio y a la participación en la administración del Estado. A diferencia de lo que se entiende hoy por derechos políticos, esto eran de carácter restringido, es decir, sólo para ciertas clases sociales, en especial para la burguesía, gran ganadora de las revoluciones que se gestaron a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX.

Sin dudas esta generación es reduccionista en cuanto a sus titulares ya que sólo considera ciertas clases sociales que reúnen determinados requisitos. Se trata de una etapa que se enmarca en el progreso económico de ciertas capas de la sociedad que se imponen sobre otras menos favorecidas. Esta situación prontamente cambiará con las distintas reivindicaciones que dichas clases sociales irán levantando contra el Estado, el cual paulatinamente ira reconociendo nuevos derechos.

## **ii. Segunda Generación: Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Es así como a mediados y a fines del siglo XIX va naciendo una nueva generación de derechos impulsada por la ideología política del socialismo, siendo su gran mentor Karl Marx, entre otros. Al contrario de la generación anterior, ésta se basa en la igualdad y no tanto en la libertad. Se trata de lograr la igualdad material y no tan sólo la formal que postulaba el liberalismo. Van naciendo nuevos derechos acorde a las nuevas exigencias de la evolución de la Historia y de los movimientos sociales.

Derecho a la educación, derecho a la salud y sobretodo derecho al trabajo y a la sindicalización son las principales banderas de lucha de las clases menos favorecidas.

Al igual que en la generación anterior existe un hecho importante que gatilla el nacimiento de estos derechos, se trata de la revolución industrial. Con un progreso económico de gran magnitud no visto antes en la historia de la humanidad, grandes cambios se produjeron, sobretodo en el ámbito laboral y en lo que respecta a la seguridad social de las personas.

La segunda generación de derechos tiene como estructura lógica ser derechos de prestación, es decir, el Estado se encuentra en la necesidad de prestar ciertos servicios a la comunidad social, especialmente a aquellos que no pueden proveérselos por sí mismos. En definitiva, suponen una obligación de hacer por parte del Estado que trasunta en el otorgamiento de un conjunto de bienes y servicios públicos que den cobertura a necesidades colectivas esenciales.

Se trata de derechos de carácter colectivo en que la titularidad de los derechos sociales corresponde a aquellas categorías sociales carenciadas o vulneradas, como lo son los trabajadores, los ancianos, los discapacitados y, en el caso de la presente Memoria, las personas en situación de calle.

La segunda generación de derechos, también conocidos como derechos sociales, se enmarca en la existencia de un Estado Social de Derecho. Tiene como origen los grandes cambios sociales de fines del siglo XIX y principalmente en el siglo XX. Se trata de un Estado benefactor o de providencia, interviniendo en la economía y en la sociedad como regulador, gestor, y productor de bienes y servicios conducidos al bienestar general.

Pero en la segunda generación de derechos no sólo se encuentran los de carácter social sino también aquellos de tipo político pero con una ampliación de sus titulares y es así como el derecho a sufragio pasa de ser censitario a universal, sin las distinciones odiosas que en el Estado Liberal de Derecho se hacían con respecto a las clases sociales. Y es más, no sólo traspasa las clases sino también el género.

Dejaremos este tema abierto para su mejor estudio en los siguientes apartados puesto que el derecho que estamos analizando se inserta dentro de esta generación de derechos y por tanto merece una explicación mucho más acabada.

### **iii. Tercera Generación: Derechos de la Solidaridad o Derechos de los Pueblos**

Sin dudas se trata de una nueva generación derechos humanos basados en la solidaridad, así como los derechos civiles se basaron en la libertad y los derechos sociales en la igualdad.

*“Los Derechos de Tercera Generación también conocidos como Derechos de Solidaridad o de los Pueblos contemplan cuestiones de carácter supranacional como el derecho a la paz y a un medio ambiente sano. El contenido de estos derechos no está totalmente determinado. Los Derechos de los Pueblos se encuentran en proceso de definición y están consagrados en diversas disposiciones de algunas convenciones internacionales.”<sup>105</sup>*

Como vemos se trata de una generación muy nueva y algunos de sus derechos que contemplan son : el derecho a la paz, el derecho a un medioambiente sano, el derecho a la identidad nacional y cultural, el derecho a la independencia económica y política, la justicia internacional, la cooperación internacional y regional, entre otros.

Esta generación es muy similar a los derechos sociales y culturales, se trata de una ampliación de los fines de éstos y de los titulares. Si en los derechos sociales era ambiguo encontrar un titular, en los derechos de esta generación el titular es la comunidad toda lo que los hace mucho más ambigua.

Se trata, por último, de una generación de derechos que se encuentra naciendo en sus fuentes y en sus paradigmas teóricos y por tanto no señalaremos más sobre el tema

---

<sup>105</sup> <http://www.cubaencuentro.com> , página visitada con fecha 24 de abril de 2010.

puesto que tampoco es el fin del trabajo, aunque muchas de las cosas que se digan sobre los derechos sociales le son plenamente aplicables.

## ***VI.- Diferencias entre las distintas generaciones de Derechos***

Algo ya hemos anunciado con respecto a las generaciones de derechos que analizamos más arriba. Existen cuatro puntos distintivos que nos ayudaran a estudiar las diferencias.

### **i. Contexto Jurídico-Político. Estado liberal y Estado Social de Derecho**

En primer lugar debemos mencionar el contexto jurídico-político en que se enmarca cada generación. Y dijimos que podemos distinguir dos grandes Estados de Derecho. Según las características de cada uno de éstos podemos definir las de cada una de las generaciones.

En un Estado Liberal de Derecho la participación del aparato estatal es mínima y todo se regula por medio del mercado sin intervención alguna. Los derechos de primera generación también llamados individuales sólo miran al interés del titular del derecho. Éstos se contraponen a los derechos sociales que derivan de un Estado donde la intervención es más fuerte y dónde los titulares de los derechos son la comunidad misma.

En un Estado Liberal cada persona se preocupa de sus propios intereses que se reflejan en derechos civiles. En un Estado Social existe la conciencia que se protegen los derechos de los más desfavorecidos por el sistema económico y por tanto requieren de una ayuda efectiva por parte de la Organización de la comunidad política.

## **ii. Nivel de Intervención del Estado**

Es así como encontramos una segunda diferencia en cuanto al nivel de intervención que tiene el Estado y qué clase de obligaciones correlativas adquiere al derecho que tiene cada persona que conforma la comunidad.

Mayoritariamente los derechos civiles y políticos presuponen del Estado una abstención, pero como veremos más adelante, también requieren de ciertas prestaciones implícitas para el cumplimiento del objetivo de dichos derechos, como por ejemplo el derecho a un juicio justo o al debido proceso requiere del Estado que administre un sistema judicial proveyendo para tal efecto fondos para la mantención de los tribunales, tanto en infraestructura como en remuneración a los jueces y funcionarios judiciales. En cuanto a los derechos políticos, el más característico es el de sufragio para el cual el Estado debe disponer de recursos para su implementación y ejercicio, como lo son los lugares de votación, la confección de los votos, entre otros gastos.

## **iii. Titularidad de los Derechos**

Una tercera diferencia entre las generaciones corresponde a la titularidad de éstos. En los derechos civiles y los políticos restringidos de primera generación los titulares son las personas individualmente consideradas por eso también se les denomina derechos individuales. En un primer momento histórico estos derechos son reconocidos a todos pero con una aplicación restringida a las clases sociales dominantes económicamente hablando. Con el transcurso de los hechos históricos relatados en el acápite anterior, aparecen los derechos sociales cuya titularidad reside en las clases sociales carenciadas o vulneradas, claramente los titulares concurren como personas naturales pero en este caso se mira a su condición económica y a la vulneración a la que se ven propensos por no poder proveerse por sí mismos de los bienes y servicios necesarios para su supervivencia.

#### **iv. Exigibilidad Judicial**

Por último, una aparente diferencia entre dichas generaciones de derechos consiste en la mayor o menor exigibilidad judicial que puedan tener ante el Estado. Los de primera generación parecieran tener una exigibilidad mayor en cuanto a ser mayormente protegidos por el sistema judicial ya que el ordenamiento jurídico otorga a sus titulares mecanismos de exigibilidad como es el caso del recurso de protección y de amparo en nuestro Derecho. Los de segunda parecen tener una exigibilidad restringida o casi nula en el sistema judicial, no considerando otros medios administrativos con los cuales puedan contar sus titulares para lograr su cumplimiento por parte del aparato estatal.

De este tema hablaremos más adelante cuando abarquemos el tema de la exigibilidad de los derechos sociales y por esta razón decimos que existe una aparente diferencia entre las generaciones que en su oportunidad demostraremos.

#### ***VII.- Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Concepto y características***

No es fácil conceptualizar lo que son los derechos sociales de una forma jurídica clásica como si lo pueden ser los derechos civiles y políticos por lo que no existe un concepto único de derechos económicos, sociales y culturales. Para el presente trabajo los denominaremos indistintamente “derechos sociales” puesto que así también son conocidos. A continuación veremos varios ejemplos de definición de estos derechos.

Robert Alexy señala que los derechos sociales son aquellos que tienen como núcleo la prestación de algún bien o servicio. En palabras del autor “*los derechos prestacionales en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtener también de los particulares.*”<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> ALEXY, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 443.

Para la ONG Amnistía Internacional los derechos económicos, sociales y culturales son los que *hablan de cuestiones tan básicas para la dignidad humana como la alimentación, la salud, la vivienda, el trabajo, la educación y el agua.*”<sup>107</sup>

El portal de internet [www.Choike.org](http://www.Choike.org), destinado a difundir el trabajo que hacen las distintas ONG sobre la materia señala que “*Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) son aquellos que posibilitan un nivel de vida adecuado para las personas. Cubren las siguientes áreas: a) la igualdad entre hombres y mujeres; b) la accesibilidad y las condiciones de empleo; c) la sindicalización; d) la seguridad social; e) la prioridad a la familia y a la protección especial a los niños; f) el disfrute de la cultura; g) la alimentación; h) la vivienda; i) la educación; j) la salud física y mental; k) el medio ambiente sano.*”<sup>108</sup>

Los derechos sociales comparten con los demás derechos humanos las mismas características que estudiamos previamente y que ahora sólo recordaremos a modo de ilustración: Universalidad, Supra y Transnacionalidad, Irreversibilidad, Progresividad; posición preferencial de los derechos y Eficacia “*erga omnes*”.

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen también características específicas ya que son considerados una clase distintas por lo que intentaremos señalarlas a continuación.

- Los derechos sociales se caracterizan por que en su cumplimiento existe una *mayor intervención del Estado*.

Como dijimos anteriormente, los derechos económicos, sociales y culturales, también denominados simplemente como sociales, corresponden a aquellos que nacen con

---

<sup>107</sup> <http://www.es.amnesty.org/temas/derechos-economicos-sociales-y-culturales/> Página en español de la Organización Internacional Amnistía Internacional, visitada con fecha 28 de mayo de 2010.

<sup>108</sup> [www.choike.org](http://www.choike.org), página visitada con fecha 24 de abril de 2010.

el Estado Social de Derecho en una segunda generación de derechos humanos, respondiendo a las crisis sociales que conllevó la revolución industrial.

Es así como el Estado comienza a intervenir en la sociedad y sobretodo en la economía para distribuir de manera más equitativa el ingreso, dando a los que tienen menos posibilidades de acceder a un determinado servicio, la ayuda necesaria para obtenerlo.

- Los derechos sociales presentan un *carácter social notoriamente mayor* al que tienen otros derechos humanos.

Estos derechos como dijimos más arriba son de carácter universal y no individuales como los derechos de primera generación, con esto no referimos a que los derechos sociales corresponden a aquellas clases de la comunidad de un Estado que se encuentra en una “desventaja” económica respecto de otras y que busca reparar esta situación por medio de una intervención y en su caso de una prestación definida.

Los derechos sociales han ido evolucionando desde el nacimiento de los Estados como los conocemos hoy, es decir, desde la abolición del antiguo régimen, sobre todo con lo que fueron las revoluciones en Inglaterra, Estados Unidos y Francia. Nacieron primeramente los derechos civiles que acompañaban a la clase burguesa, impulsora de dichas revoluciones.

Posteriormente, las demás clases fueron insistiendo en obtener sus propios derechos, los cuales comenzaron a aparecer con la Revolución Industrial y el gran problema social que trajo para las clases trabajadoras, conociéndose todo esto como la “cuestión social”. Esta constante lucha de las clases más desposeídas tuvo como fruto el reconocimiento por parte de distintos Estados de los que más tarde se denominarían “sociales”.

- Los derechos sociales son *derechos de prestación*, obligan positivamente al Estado.

En cuanto a la estructura lógica de los derechos sociales, éstos corresponden a derechos que importan una prestación a favor de sus titulares, no bastando la simple abstención que irrogan los derechos liberales o civiles por parte del Estado. De este tema hablaremos más adelante cuando hablemos de la prestación positiva en los derechos sociales.

Uno de los derechos sociales más importantes y con mayor tratamiento es el derecho al trabajo, el cual nace producto de las reivindicaciones que promueven los trabajadores atendida a las grandes injusticias que se verificaban en el ámbito laboral, producto de la revolución. Cabe señalar que antes de que existiera un derecho especial del trabajo, éste se regía por las normas del derecho privado y por tanto carecía del contenido social que ahora se le atribuye.

Posteriormente aparecerían los derechos a la salud y a la educación, los cuales sólo correspondían a las clases de mayores ingresos económicos y que se encontraban en manos de los particulares.

En cuanto a la salud, ésta se desarrollaba por vía privada y por vía caridad. Nos referimos a vía privada cuando el profesional de la salud era contratado directamente por el paciente, el cual pagaba por el servicio prestado. Por vía caridad, nos referimos a la salud que prestaban las iglesias, sin distinguir culto alguno. Esta era la única forma en que los desaventajados económicamente obtenían algún tipo de prestación en este ámbito.

Respecto a la educación ocurría algo muy parecido y las clases más altas en la escala social accedían a una educación de carácter privado a través del sistema de tutores o preceptores o en colegios establecidos por la Iglesia Católica. Para los que se encontraban abajo en dicha escala prácticamente no existía educación y es así como que la población tenía grandes porcentajes de analfabetismo.

Con el reconocimiento de dichos derechos se crearían una serie de servicios y órganos públicos destinados a proveer a la población de dichos bienes. Obviamente, el ámbito de aplicación en cuanto a los habitantes ha ido aumentando con el transcurrir del tiempo. Si nos referimos a la calidad del servicio prestado éste, sin dudas, sigue siendo menor con respecto a la salud y educación de carácter privado.

Siguiendo con este pequeño repaso de la historia de los derechos sociales, aparecerían más adelante derechos tales como el derecho a la vivienda adecuada, al medio ambiente, a la sindicalización (muy relacionada con el derecho al trabajo), entre otros.

Hacia el año 1966 la comunidad internacional al alero de la Organización de las Naciones Unidas fijaron dos grandes pactos internacionales, uno que va enfocado a los derechos civiles y políticos conocido como Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se establecen derechos fundamentales como la vida, la integridad física y síquica de las personas, el derecho a la libertad personal, el derecho de propiedad, el derecho a sufragio, entre otros. El segundo pacto contenía lo que se denominaban derechos sociales y que se denominó Pacto Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se consagran derechos como los ya señalados en los párrafos anteriores.

Ambos pactos fueron firmados y ratificados por el Estado de Chile el año 1989 y por tanto, aplicando el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República, se entienden incorporados al Ordenamiento Jurídico nacional con jerarquía de fundamentales. Muchos de ellos se consagran nuevamente en el artículo 19 de la Carta Fundamental. Esto es lo que se conoce como Bloque Constitucional de los Derechos Fundamentales.

Sin dudas, los derechos económicos, sociales y culturales seguirán evolucionando, fortaleciendo los que ya se han consagrado y naciendo derechos nuevos. Nos referimos al fortalecimiento de los derechos sociales al hecho de que éstos logren una adecuada exigibilidad ante el Estado al que pertenecen sus titulares y para esto es necesario un mecanismo de protección jurídica de tales preceptos.

### ***VIII.- Obligación emanada de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su prestación positiva***

Como dijimos anteriormente, la estructura lógica de los derechos económicos, sociales y culturales consiste básicamente en un derecho que conlleva necesariamente una prestación por parte del órgano estatal, brindándole algún bien o servicio determinado.

En este sentido Christian Courtis señala que al contrario de los derechos civiles o individuales *“la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a Hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad.”*<sup>109</sup>, criticando a los demás autores que fundamentan la inexigibilidad de los derechos sociales en dicha situación, atendido que la prestación está condicionada al poder económico de cada de Estado.

Como veremos más adelante, el problema de la exigibilidad de los derechos sociales tiene como gran escollo el condicionante económico, el cual restringe el ámbito de aplicación de estos derechos a la posibilidad fáctica y económica de poder cumplir con dichas obligaciones positivas. Con esto, el Estado necesariamente debe erogar recursos públicos para responder con las obligaciones que le exigen.

La prestación positiva del Estado en estos derechos conlleva la concesión de algún determinado bien como es el caso de la vivienda, que tiene que ser adecuada, o en la prestación de alguna clase de servicio como en el caso del derecho a la salud o a la educación. Pero como señala Courtis, lo cual profundizaremos en la tercera parte, los derechos civiles y políticos también contienen una prestación de carácter positivo para cumplir con su obligación de abstención, como sucede en el caso de la administración de justicia y la igualdad ante la ley ya que para poder aplicar dicho derecho es necesario la mantención de un sistema judicial conforme a las necesidades de la comunidad que

---

<sup>109</sup> COURTIS, Christian; Ensayo “Los derechos sociales como derechos”, extraído de <http://islandia.law.yale.edu/sela/scourtis.pdf>, página visitada por última vez el 28 de mayo de 2010.

conforma el Estado; o en el mismo caso del derecho de propiedad, derecho eminentemente civil, debe asegurarse un sistema de inscripción de propiedades y de sus respectivos dueños.

### ***IX.- El Derecho a un nivel de vida adecuado. Concepto y alcances***

Dentro de los distintos derechos sociales que se han consagrado tanto en el sistema internacional de derechos humanos como en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados, encontramos el derecho a un nivel de vida adecuado, el que se refiere, a grandes rasgos, a la calidad de vida que debe tener una persona y su grupo familiar.

El derecho a un nivel de vida adecuado surge con la **Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948** que dispone en su artículo 25. que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por causas independientes de su voluntad.”*

Se consolida este derecho con el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966**, el cual, retomando la Declaración, establece en su artículo 11 que *“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. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”*

Y no sólo estos dos instrumentos internacionales de carácter general reconocen este derecho sino también convenciones destinadas a un grupo de personas determinadas como ocurre en el caso de los derechos del niño. Esta Convención dispone en su artículo 27 lo

siguiente: “1) *Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.*”

A pesar de no existir una definición formal del derecho, tomando en consideración los principios que infunden el derecho internacional de los derechos humanos tales como universalidad, interdependencia e indivisibilidad, hace alusión a las condiciones necesarias para vivir dignamente, es decir, corresponde al cumplimiento de los derechos humanos que lleven a las personas a vivir con una calidad adecuada en todos los aspectos, cubriendo satisfactoriamente sus necesidades básicas.

Dentro de dichos derechos que componen el derecho a un nivel de vida adecuado encontramos los ya incluidos en el artículo citado del Pacto Internacional, esto es, alimentación adecuada, vestido adecuado, y, el que nos convoca al presente trabajo, vivienda adecuada. Pero esta numeración que se hace en el Pacto no debe considerarse de forma taxativa, si no incluir otros derechos fundamentales que complementan el nivel de vida adecuado. Así podemos señalar los derechos a la salud, a la educación, al trabajo y a la seguridad social, los cuales propenden, en la medida de lo posible y siempre que sean cumplidos en su cabalidad, a mantener en las personas un nivel de vida acorde a la dignidad humana.

Gran importancia tienen los derechos que comprende el nivel de vida adecuado que han llegado a realizarse convenciones y otros instrumentos internacionales con tal de extender la aplicación de éste en virtud del principio de progresividad.

Es así como el derecho a la alimentación adecuada tiene un tratamiento especial a través de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, también conocida con la sigla FAO, la cual desarrolla el trabajo de realizar cumbres internacionales y nuevos instrumentos para cumplir con el derecho de forma completa y oportuna, además de vigilar dicho cumplimiento en los respectivos Estados Partes y dando instrucciones a aquellos que no protegen en forma correcta este derecho. Al alero de esta Organización en 1996 dirigentes de 185 países reafirmaron, en la “Declaración de Roma

sobre la Seguridad Alimentaria Mundial”, “el derecho de toda persona a tener acceso a alimentos sanos y nutritivos, en consonancia con el derecho a una alimentación apropiada y con el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre.” Además se comprometieron a reducir a la mitad el número de personas que pasan hambre para el año 2015.

En cuanto al derecho a una vivienda adecuada lo estudiaremos en el apartado siguiente por ser el tema central de nuestra presentación.

Como dijimos anteriormente, el derecho a un nivel de vida adecuado es un conjunto de derechos, ya sean civiles ya sean sociales, que propenden a las personas un estándar de vida conforme a lo que exige la dignidad de la persona humana. Esto se traduce en que las personas no sufran de hambre, falta de vestimenta, falta de un lugar donde vivir junto con su familia, que no carezcan de protección social ante las circunstancias de la vida, que gocen de salud, que obtengan una educación de calidad, que se ocupen en un buen empleo que les de los ingresos necesarios para una vida digna, entre otros. Para todo esto el Estado debe promover y garantizar que dichos derechos se cumplan simultáneamente y no falte nada para que ese nivel de vida se cumpla.

**i. Derecho a una Vivienda Adecuada como integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado. ¿Qué se debe entender como vivienda adecuada?**

El derecho a una vivienda adecuada se encuentra inmerso, como vimos en el apartado anterior, dentro del derecho genérico a un nivel de vida adecuado. Es parte esencial de dicho derecho ya que otorga a la persona y a su grupo familiar el lugar donde desarrollarse como tal, tanto física, síquica como intelectualmente, en todo ámbito de la vida. Ofrece la privacidad para desempeñar y realizar su vida personal, ejercer derechos como la libertad de expresión, libertad de enseñanza, entre otros. Ayuda a la conformación de la familia como grupo o, como lo establece nuestra Carta Fundamental, el núcleo fundamental de la Sociedad.

*“Este derecho no debe entenderse solamente como el derecho al refugio, sino también como un derecho que abarca todos los elementos de la residencia que son esenciales para una vida digna: protección contra amenazas externas, un medio ambiente sano y la libertad de elegir el lugar de residencia. El gobierno debe desarrollar políticas nacionales que garanticen este derecho para todos sus ciudadanos. Se debe prestar especial atención a los grupos vulnerables, tales como las minorías y los ancianos. Nadie debe ser privado de algún tipo de vivienda, incluso en tiempos de crisis económica.”<sup>110</sup>*

Este derecho se encuentra consagrado en distintos instrumentos internacionales. Ya hemos visto los principales como son la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, los cuales lo establecen de la siguiente forma respectivamente:

*“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por causas independientes de su voluntad.”*

*“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. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”*

---

<sup>110</sup> [http://www.escr-net.org/resources/resources\\_show.htm?doc\\_id=427014&attribLang\\_id=13441](http://www.escr-net.org/resources/resources_show.htm?doc_id=427014&attribLang_id=13441) Página de la Red de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, visitada con fecha 25 de octubre de 2009.

Por otro lado, la “Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer” en su artículo 14.2 letra H dispone:

*“ Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la **vivienda**, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.”*

También se consagra en la “Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial” que dispone en su artículo 2.2 que:

*“Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron. Y en su artículo 5 letra e) número iii): En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: iii) “El derecho a la vivienda”*

El artículo 16 de la *Carta Europea* dispone:

*“The right of the family to social, legal and economic protection. With a view to ensuring the necessary conditions for the full development of the family, which is a fundamental unit of society, the Contracting Parties undertake to promote the economic, legal and social protection of family life by such means as social and family benefits, fiscal arrangements, **provision of family housing**, benefits for the newly married, and other appropriate means.”*

Los Estados europeos se comprometen a reconocer y proteger el derecho de la persona y de la familia a tener un lugar donde residir, proveyendo para ello un hogar donde el grupo familiar pueda desarrollarse íntegramente.

A nivel interamericano el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador” de 1988 no reconoce explícitamente el derecho a una vivienda adecuada como lo hacen los textos de otros instrumentos internacionales, pero sí reconoce el “derecho a la constitución y protección de la familia” lo que se puede interpretar extensivamente, vía principio de progresividad, que para que la familia pueda desarrollarse plenamente requiere de un lugar donde hacerlo y que ese lugar debe ser adecuado, teniendo en cuenta que la sola omisión del derecho en este sistema de derechos humanos no deroga los ya consagrados en otros instrumentos de carácter mundial.

Podríamos definir el derecho a una vivienda adecuada como aquel que tiene toda persona y su grupo familiar a residir en un lugar conforme a su dignidad humana, reuniendo los requisitos necesarios para su pleno desarrollo material, espiritual y moral.

Ahora el punto a tratar es determinar qué es lo que se entiende por vivienda adecuada. Tomando el derecho genérico que vimos en el apartado anterior que incluye el derecho que analizamos, debemos señalar que conforma lo que se denomina como derecho a un nivel de vida adecuado, entendiendo que la vivienda es el lugar donde la persona y su familia se va a desarrollar, y que ese lugar requiere que esté conforme a la dignidad de la persona humana, la que es fundamento de todo derecho humano.

La vivienda adecuada debe reunir las condiciones materiales y culturales para el desenvolvimiento de las personas que en ella habitan. Con condiciones materiales nos referimos a que ésta debe estar construida del material que proteja a sus moradores del frío, del calor y de otras condiciones climáticas y también que dichos materiales otorguen la privacidad necesaria para desarrollarse dentro de ella. En cuanto a las condiciones culturales, nos referimos a aquellas que debe reunir la vivienda con tal de que adecue a la realidad cultural de un determinado Estado, o mejor dicho, de una determinada cultura, con todos los elementos y espacios que la conforman. Sobre este punto volveremos más adelante cuando tratemos las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos.

**ii. Marco Regulatorio Específico. Artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus Observaciones Generales**

Para conocer los alcances del derecho a una vivienda adecuada debemos entrar al estudio de las disposiciones jurídicas que lo contemplan de manera específica. Para esto analizaremos tres documentos internacionales, interpretándolos a la luz de los principios ya expuestos anteriormente. Estos instrumentos son: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en especial su artículo 11.1 referido al nivel de vida adecuado, la Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Observación General N° 7 del mismo organismo.

1. Artículo 11. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales forma parte de la Carta Internacional de Derechos Humanos junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976. El Pacto tiene un preámbulo y 31 artículos. En él se

reconocen los derechos al trabajo, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado y a la mejora continua de las condiciones de existencia, protección a la familia y menores, entre otros.

El artículo en comento dispone:

*“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. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”*

En primer lugar, el artículo transcrito reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado. Dijimos anteriormente que se trata de un derecho que reúne o congrega otros derechos sociales, tales como la alimentación, el vestido, la vivienda y extensivamente, los derechos al trabajo, a la salud y a la educación como elemento integrante de un nivel de vida conforme a la dignidad humana.

Dentro de las condiciones señaladas, el artículo 11.1 del Pacto reconoce el derecho de toda persona a que esas condiciones de existencia tengan una mejora continua, tomando los Estados Partes las medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, esto es, que ciertamente se cumpla dentro de cada uno de los territorios de éstos.

Particularmente, este artículo reconoce el derecho a una vivienda adecuada que, como dijimos anteriormente, es parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y que tiene gran importancia entendiendo que se trata del espacio físico donde las personas desarrollarán su vida.

Esta corresponde a una interpretación más bien simple e incompleta del artículo citado ya que debemos integrarlo con otras disposiciones del mismo instrumento. Así es como en el artículo 2 se establece que:

*“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a 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, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*

*2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

*3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.”*

Una vez leído este artículo podemos decir que cada Estado Parte se compromete a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, pudiendo realizar dichas medidas por su cuenta o con apoyo de la Comunidad Internacional si fuere necesario.

Se impone a cada Estado un límite de acción, esto es, “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, dependiendo, por lo tanto, del desarrollo económico de cada País. Las medidas pueden ser de diversos orígenes sobretodo económicas y técnicas e incluso de carácter legislativas si cada ordenamiento lo exigiere.

El ejercicio de los derechos aquí reconocidos no puede verse restringido por motivos de raza, color, sexo, idioma o religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición social.

Por último, el artículo en comento dispone que los Estados en desarrollo podrán, según sus economías particulares, determinar hasta qué punto garantizan los derechos a nacionales distintos al de origen.

El artículo 4 del Pacto dispone:

*“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.”*

El artículo transcrito establece que las únicas limitaciones a los derechos reconocidos en el Pacto se pueden imponer mediante ley y que ésta tenga como fin el bienestar general en una sociedad democrática.

La quinta disposición del Pacto señala que:

*“1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.*

*2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”*

Resumiendo, esta disposición establece que en cuanto a la interpretación de las disposiciones, ninguna de ellas puede ser interpretada en sentido de reconocer derechos orientados a vulnerar otros derechos humanos. Tampoco puede interpretarse restrictivamente el presente pacto en el sentido de desconocer derechos no reconocidos expresamente en el Pacto o que son reconocidos en menor medida y ninguna interpretación del Pacto sería completa si no tomamos en consideración los principios enunciados en el Preámbulo del mismo, el cual propugna lo que sigue:

- a) Establece como principios primordiales la libertad, la justicia y la paz en el mundo fundados en el “reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.” Sin dudas los derechos reconocidos en el Pacto están basados en principios como la libertad, la justicia, la paz en el mundo y en la igualdad entre las personas.
- b) Los derechos que se reconocen en la convención se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, reafirmando lo que ya se había expresado en el acápite anterior.
- c) Se establece también que “con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.” Se reconoce la importancia de los derechos sociales para alcanzar los estándares de vida adecuados a la persona humana.
- d) Por último, establece como deber de todo individuo de procurar o proteger respecto de los demás integrantes de la comunidad nacional e internacional.

Así, el derecho a una vivienda adecuada se interpreta extensiva y complementariamente con los demás derechos económicos, sociales y culturales y con los principios establecidos en los primeros artículos y, en especial, en el preámbulo recientemente analizado.

**iii. Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comentarios generales. (Sexto período de sesiones, 1991)**

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su sexto período de sesiones realizadas en el año 1991, aprobada con fecha 13 de diciembre del mismo año, confeccionó una observación de carácter general en relación al derecho a una vivienda adecuada donde se informan sobre las condiciones básicas y necesarias para que el derecho sea completamente cumplido por los Estados Partes.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto.<sup>111</sup>

Como dijimos, la Observación General N° 4 de este Comité está enfocada al derecho económico, social y cultural de la vivienda adecuada y de los requisitos de ésta para que sea tal. Se trata de un análisis que hace el Comité del artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, destinado al derecho a una vivienda adecuada, contextualizado al derecho de tener un nivel de vida adecuado.

---

<sup>111</sup> <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/> Página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, visitada por última vez con fecha 28 de mayo de 2010.

Comienza la Observación señalando que el problema de la vivienda adecuada corresponde en gran medida a los países bajo la línea o en vías de desarrollo y en ciertos países desarrollados. Así lo señala el texto comentado: “Aunque esos problemas suelen ser especialmente graves en algunos países en desarrollo, el Comité observa que existen también considerables problemas de falta de vivienda y de viviendas inadecuadas en algunas de las sociedades más desarrolladas económicamente.”

En el párrafo siguiente señala la importancia del derecho referido relacionándolo con los demás derechos y principios que emanan del Pacto analizado, disponiendo que “El derecho a la vivienda, vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto, debe considerarse como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.” La interpretación que le da el comité, por tanto, corresponde al derecho de tener un lugar donde cada persona pueda vivir en seguridad, paz y dignidad, donde, en definitiva, desarrollarse íntegramente como tal, en todo ámbito, sea físico, intelectual o moral. Se relacionan con el derecho a la vivienda el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la intimidad y privacidad, se puede considerar también el derecho a la salud y a la educación y enseñanza de los hijos, entre otros que se encuentran entrelazados. El derecho de propiedad podría considerarse como integrante en la medida de que la vivienda sea propia.

Siguiendo con la Observación, ésta señala los elementos que debe tener la vivienda para que se considere adecuada a la persona. Elementos tales como “espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

Continúa el texto de la Observación señalando que en gran medida la determinación de la adecuación de la vivienda corresponde a elemento de carácter cultural, social, económico, climatológico y de otra índole, pero que pueden reconocerse otros elementos como los que siguen:

1) Seguridad jurídica de la tenencia:

No se refiere a la seguridad del derecho de propiedad ni de otro derecho real sobre algún inmueble, sino que a la sola tenencia bajo cualquier título, impidiendo cualquier tipo de medidas de fuerza que busquen perturbar el derecho a una vivienda adecuada. Con respecto a este punto la Observación establece: “sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas.” Dispone también que cada Estado Parte debe adoptar las medidas necesarias a otorgar la seguridad respectiva. “Es obligación de los Estados Partes adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección.”

2) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras:

Este aspecto se refiere fundamentalmente a los servicios básicos para una existencia digna. “todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición.”

3) Gastos soportables:

Un punto muy importante es el que toca este aspecto. De nada sirve tener una vivienda que no pueda ser mantenida de manera correcta, no afectando otras necesidades básicas ni tampoco el desarrollo de actividades que desarrollen las personas que habitan la vivienda. “Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Es obligación de los Estados Partes adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean conmensurados con los niveles de ingreso; crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda; proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres.”

4) Habitabilidad:

Se refiere fundamentalmente al lugar físico, al espacio y a la infraestructura, considerando los materiales necesarios para afrontar los problemas de carácter climatológicos y también podríamos decir culturales en cuanto a que los materiales con los que se está construida la vivienda sean los adecuados para una debida intimidad. La Habitabilidad de una vivienda adecuada, dice la Observación en este punto, debe “poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad.”

5) Asequibilidad:

Trata este aspecto de aquellas personas que no pueden acceder por sí solas a una vivienda que reúna las características para considerarse adecuada. Señala ciertos grupos que se encuentran más desfavorecidos ante otros “como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales.”

6) Lugar:

“La vivienda adecuada que debe permitir el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales.”

7) Adecuación cultural:

Por último, la vivienda para que se considere como adecuada debe permitir la expresión de la identidad cultural. “la manera en que se construye la vivienda, los materiales de

construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda.

No todas las medidas que se recomiendan en la Observación generan para el Estado Parte una obligación prestacional sino basta que el aparato estatal se abstenga de realizar ciertas prácticas y un compromiso de autoayuda de los grupos afectados.

A continuación el documento establece las obligaciones de los Estados Partes de forma genérica ya que considera que cada Estado tiene sus propias características e idiosincrasias y que debe atender a ellas para poder cumplir totalmente. Señala, además, que el Pacto obliga a cada Estado a tomar todas las medidas necesarias para cumplir con la obligación, entre ellas, las siguientes:

1) Adoptar una Estrategia Nacional de Vivienda, definiendo las metas a lograr en materia de vivienda y en sus condiciones básicas. “determina, además, los recursos disponibles para lograr dichos objetivos y busca la forma más efectiva de utilizar dichos recursos y que debe reflejar una consulta extensa con todas las personas afectadas.”

2) “La vigilancia eficaz de la situación con respecto a la vivienda es otra obligación de efecto inmediato. Cada Estado Parte debe demostrar que ha tomado todas las medidas que son necesarias para evaluar la importancia de la falta de hogares y la vivienda inadecuada en su jurisdicción.” La Observación dispone que cada Estado Parte debe vigilar y supervigilar que el derecho a la Vivienda se cumpla respecto de sus integrantes, ya sea por medio de él o por medio de privados y que en ningún caso debe ser desconocido o vulnerado.

“En general, las medidas destinadas a satisfacer las obligaciones del Estado Parte pueden consistir en una mezcla de medidas del sector público y privado que consideren apropiadas. En esencia, la obligación consiste en demostrar que las medidas que se están tomando son suficientes para realizar el derecho de cada individuo en el tiempo más breve posible de conformidad con el máximo de los recursos disponibles.”

Se trata de que cada Estado que, siendo parte en el Pacto, utilice todos los medios posibles para lograr el derecho referido, congeniando instituciones públicas y privadas, articulando intereses en dichos ámbitos de la vida nacional.

En cuanto a la regulación normativa del derecho y las seguridades de este tipo en cada Estado, éstos se comprometen a evitar ciertas prácticas como los desahucios y las demoliciones que no estén amparadas por el ordenamiento jurídico respectivo. Así, el Comité considera que “las instancias de desahucios forzados son prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto.”

Por último, la Observación del Comité establece como requisito esencial para lograr el cometido del derecho a una vivienda adecuada lo que se denomina como cooperación internacional, la que debe estar fundada en el libre consentimiento. “Por un lado los Países, tanto receptores como suministradores, deberían asegurar que una proporción sustancial de la financiación se consagre a crear condiciones que conduzcan a un número mayor de personas que adquieren vivienda adecuada, por otro lado las instituciones financieras internacionales que promueven medidas de ajuste estructural deberían asegurar que tales medidas no comprometen el disfrute del derecho a la vivienda adecuada.” La cooperación internacional trasunta, por lo tanto, en la ayuda monetaria que un Estado pueda proporcionar a otro o lo que instituciones internacionales puedan prestar pero creemos que también esta cooperación podría ser de carácter técnico, es decir, en cuanto al mejoramiento de las viviendas y a su construcción, proporcionando conocimientos que un Estado pueda tener y otro carezca de él.

**iv. Observación General N° 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comentarios generales. (16° Período de sesiones, 1997)**

La Observación General N° 7 adoptada en el decimosexto período de sesiones del año 1997 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se refiere al Derecho a una Vivienda adecuada se enfoca especialmente al tema de los desalojos forzosos.

Comienza la Observación N° 7 definiendo los desalojos forzosos como “el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos.”

Se trata de mecanismos de fuerza aplicados a personas o grupos determinados de éstas para que dejen de habitar un determinado lugar sin darles uno nuevo donde asentarse ni tampoco los medios necesarios para una debida protección de sus derechos.

Considera el Comité, por medio de esta Observación, que dichos desalojos son prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto y nosotros podríamos agregar que son incompatibles con los derechos fundamentales en sí y más aún con la misma dignidad humana de donde todos ellos emanan. Así lo establece el instrumento analizado: “La comunidad internacional reconoce desde hace mucho tiempo que la cuestión de los desalojos forzosos es grave y el Comité, en su Observación general N° 4, llegó a la conclusión de que los desalojos forzosos son **prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto.**”

En cuanto al lugar donde comúnmente se producen estas prácticas es en lugares altamente poblados como en ciudades grandes, densamente pobladas, también se verifican en casos de problemas entre Estados como son los conflictos armados, donde existe desplazamiento de grandes comunidades de un lugar a otro sin proteger sus derechos y en especial el derecho a una vivienda adecuada que, por lo general, se ve afectada atendida la calidad del nuevo lugar donde llegan los desplazados.

“En todos estos casos puede haber una violación del derecho a una vivienda adecuada y a la protección contra el desalojo forzoso a causa de una serie de actos u omisiones atribuibles a los Estados Partes. Incluso en las situaciones en que pudiera ser necesario imponer limitaciones a ese derecho, se exige que estas limitaciones sean determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general.”

Las limitaciones, como vimos en la Observación anterior, sólo pueden ser impuestas por Ley atendiendo al bienestar general de la comunidad y sin vulnerar completamente el derecho a una vivienda adecuada, otorgando una solución a dicha vulneración.

Se refiere también a la legislación que cada Estado Parte debe tener o proveer dentro de su territorio para evitar los desalojos forzosos o para que en su comisión no se vean vulnerados derechos fundamentales de ningún tipo, en especial el derecho a que nos referimos en este trabajo. La Observación señala “Esa legislación debería comprender medidas que brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras, se ajusten al Pacto y regulen estrictamente las circunstancias en que se puedan llevar a cabo los desalojos. Por tanto, los Estados Partes deberían revisar la legislación y las políticas vigentes para que sean compatibles con las exigencias del derecho a una vivienda adecuada y derogar o enmendar toda ley o política que no sea conforme a las disposiciones del Pacto.”

Si de alguna forma llegasen a producirse los desalojos estos deben estar conforme a la legislación que proteja los derechos fundamentales y sobre todo el derecho analizado. Dicha legislación debe estar conforme al Pacto y a los demás instrumentos sobre derechos humanos que traten sobre el tema. “Aunque algunos desalojos pueden ser justificables, las autoridades competentes deberán garantizar que se lleven a cabo de manera permitida por legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas, en particular individuos o grupos vulnerables, dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados y tengan derecho a la debida indemnización por los bienes personales o raíces de que pudieran ser privadas.”

Señala la Observación que deben cumplirse con algunas garantías de orden procesal para que el derecho no se vea vulnerado o desprotegido. Éstas deberían resguardar lo siguiente: a) Auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) Un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) Facilitar a todos los interesados información relativa a los desalojos previstos; d) La presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo; e) Identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) Ofrecer recursos jurídicos; g) No efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche; h)

Ofrecer asistencia jurídica; e i) Cuando los afectados no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias para que se proporcione otra vivienda.

Termina la Observación señalando que estas prácticas no deberían dar lugar a que hayan personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos.

**v. Conclusiones a los análisis. Estructura y alcance del Derecho a una Vivienda Adecuada a la luz de dichos instrumentos analizados**

Ya analizados los instrumentos internacionales mencionados, a saber Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Observación General N° 4 y N° 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, podemos señalar las siguientes conclusiones.

En Primer Lugar, el derecho a la vivienda adecuada es un derecho humano reconocido en distintos instrumentos internacionales y se encuentra dentro de los derechos que conforman el de un nivel de vida adecuado. Se trata de un derecho económico, social y cultural, consagrado primeramente en la Declaración Universal de Derechos Humanos y posteriormente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se reconoce también este derecho en otras convenciones de carácter temáticas como aquellas relativas a los derechos del niño, de la mujer o de los grupos raciales.

Como dijimos el derecho a una vivienda adecuada se encuentra enmarcado dentro del derecho a un nivel de vida adecuado que también contiene el derecho a una alimentación y al vestido adecuado.

En segundo lugar, los instrumento analizados, en especial la Observación General N° 4, definen el derecho a una vivienda adecuada como el que tiene toda persona para *“disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad*

*adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable.*” Esta definición se encuentra acorde a lo que se plantea en la Estrategia Mundial para la Vivienda hasta el año 2000.

En tercer lugar, abordan los documentos la importancia del derecho a la vivienda adecuada en relación a otros derechos fundamentales. En virtud de los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad los derechos humanos se relacionan entre sí, siendo la vivienda adecuada el lugar donde se conjugan todos ellos para un mejor desarrollo de la persona y de su familia.

Por otro lado, el derecho a la vivienda adecuada comprende una serie de elementos que se analizaron en los respectivos documentos y que ahora sólo enumeraremos:

- a) Seguridad jurídica de la tenencia;
- b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras;
- c) Gastos soportables;
- d) Habitabilidad;
- e) Asequibilidad;
- f) Lugar ; y
- g) Adecuación cultural.

Estos elementos deben encontrarse en cada vivienda que se tilde de ser adecuada conforme a la dignidad de la persona humana.

En cuanto a las obligaciones que contraen los Estados Partes del Pacto y en las demás convenciones que tratan de la materia se pueden diferenciar obligaciones negativas y positivas. Las negativas se refieren al deber de abstención que tiene cada Estado para no vulnerar el derecho y son la de proteger y respetar. Las obligaciones positivas son aquellas que requieren del Estado una intervención, actuando activamente en el cumplimiento del

derecho, esta obligación es la de realizar el derecho, proveyendo a los particulares de los mecanismos necesarios para la obtención de la vivienda.

Se entiende que la obligación de reconocimiento es de carácter negativo pero a nuestro parecer contiene matices de obligación positiva puesto que compele al Estado a reconocer el derecho a través de distintas medidas como las legislativas y administrativas.

También existen obligaciones de carácter genérico que emanan de los postulados iniciales del Pacto los cuales buscan una mejora progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, no siendo permitido un retroceso salvo que éste sea necesario para lograr el bien general de la comunidad y que sea impuesto por ley.

Los Estados se ven obligados a utilizar los recursos de que dispongan para lograr la efectividad de los derechos sociales, considerando dentro de dichos ingresos aquellos que se obtienen por medio de la cooperación de la comunidad internacional, la cual también se ve obligada a apoyar a aquellos países que se encuentren en un estado económico menos favorecido.

El derecho a la vivienda adecuada, como también otros derechos sociales y en general todos los derechos humanos, requiere un vigilancia sistemática en su cumplimiento y para esto las organizaciones internacionales como Hábitat y el Comité deben estar atentos a todos los problemas que nacen del ejercicio de este derecho.

Por último, el alto comisionado considera que en un futuro debe implementarse un sistema de queja o reclamo por parte de los particulares que se vean afectados por los Estados o por otros particulares en el legítimo ejercicio de sus derechos, aunque reconoce que en forma extraoficial las organizaciones no gubernamentales conjuntamente con el Comité reciben las peticiones de los afectados y proponen algunas soluciones. Lo que busca el Alto Comisionado es que los derechos sociales sean totalmente exigibles ante los respectivos Estados por medio de acciones judiciales y/o administrativas, así como son exigibles otras clases de derechos como los derechos civiles. Se busca, en fin, una

equiparación entre las distintas clases de derechos humanos para que los derechos sociales dejen de ser una mera expectativa de buena voluntad y se conviertan en derechos propiamente tales.

## ***X.- El Derecho a una Vivienda Adecuada como Derecho Fundamental***

En los apartados anteriores hemos visto como la vivienda adecuada es un derecho humano y cuáles son las características de éste y sus alcances. Ahora debemos estudiar el derecho a una vivienda adecuada como un derecho fundamental.

Adelantábamos que entre derechos humanos y derechos fundamentales existe una relación de género-especie, en que la gran diferencia que se presenta en cada uno de ellos es la consagración en el texto fundamental o Constitución de cada Estado. Un derecho es fundamental, por tanto, cuando se encuentra reconocido como tal en una Carta Magna.

Sin dudas el derecho a una vivienda adecuada es un derecho humano, pero ¿nos encontramos frente a un derecho fundamental? Para poder responder la cuestión planteada es menester analizar algunos ejemplos de Constituciones de diversos países para finalmente revisar nuestra Carta Fundamental.

Debemos señalar que el reconocimiento que se hace en los siguientes textos fundamentales puede ser expreso o tácito. En el primer grupo encontramos, entre otras, las constituciones de España de 1978 y la de la República Bolivariana de Venezuela. En el segundo grupo encontramos las de Perú y Chile.

### **i. Constituciones de reconocimiento explícito.**

En este grupo de textos fundamentales podemos ver que existe una enunciación expresa de los derechos fundamentales que se reconocen por parte de los Estados

respectivos. La mayor o menor amplitud del reconocimiento depende claramente de la línea ideológica imperante en cada uno de ellos.

La Constitución española de 1978 en el capítulo III sobre los “Principios Rectores de la Política Social y Económica”, que es como se denomina en dicho instrumento a los derechos sociales, dispone lo que sigue:

*“Artículo 47: Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.*

*La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.”*

Claramente aquí podemos observar que dicha constitución reconoce el derecho de forma explícita entregando la determinación de la calidad de la vivienda a los poderes públicos, los que deben establecer cuando es adecuada y cuáles son sus requisitos para tales efectos.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su amplia gama de derechos fundamentales reconocidos expresamente, dispone lo siguiente:

*“Artículo 82. Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénicas, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y el Estado en todos sus ámbitos.*

*El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas.”*

Apreciamos que la Carta venezolana es mucho más clara en su planteamiento, señala las características que debe tener una vivienda para ser adecuada (segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos, etc.) Señala, además, los grupos sociales que tienen prioridad para que el Estado provea del bien a las familias y grupos sociales más desvalidos.

La Constitución Nacional de la República de Argentina reconoce expresamente el derecho a una vivienda adecuada dentro de lo que es el derecho a la seguridad social. El artículo 14 bis inciso segundo dispone:

*“Artículo 14 bis. Inciso 2º El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”*

Este reconocimiento es mucho más escueto sólo se refiere en una simple enumeración al derecho a la vivienda.

## **ii. Constituciones de reconocimiento tácito.**

En este grupo encontramos constituciones más pragmáticas en sus planteamientos sobre derechos fundamentales y que se remiten a los que los tratados sobre derechos humanos se refieren. En este grupo encontramos, ciertamente, la Constitución Chilena.

La Constitución Política del Perú reconoce el derecho a una vivienda adecuada de forma tácita al señalar:

*“Artículo 3°. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”*

A grandes rasgos, la Constitución del Perú nos dice que no se excluyen los derechos que tengan una naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, es decir, sean derechos humanos. Como ya vimos el derecho estudiado es un derecho que emana precisamente de dicha dignidad y es considerado un derecho humano, por tanto, por vía de interpretación extensiva debemos establecer que la Constitución peruana reconoce este derecho.

Algo similar ocurre con la Constitución chilena que en su artículo 19 señala los derechos constitucionales dentro de los cuales no se contempla el derecho a una vivienda adecuada. En una simple lectura podríamos decir que el Estado chileno no reconoce el derecho y que por tanto las necesidades de las personas a un lugar donde pernoctar y desarrollarse no pueden ser cumplidas por aquél ni exigidas por éstos.

Para decir con propiedad que el derecho a la vivienda es un derecho fundamental dentro del ordenamiento jurídico chileno debemos analizar el artículo 5 de la Carta Fundamental, el cual reza de la siguiente manera:

*“La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.*

*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así*

*como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

Analizando esta disposición podemos concluir que el ejercicio de la soberanía tiene como limitación los derechos esenciales y que el Estado a través de sus organismos debe respetarlos y promoverlos. Los derechos esenciales a los que se refiere son aquellos garantizados por el mismo texto constitucional, esto es, el artículo 19 y sus distintos numerales pero también señala *“así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”* Con el término “tratados internacionales” no se refiere a cualquier derecho reconocido o amparados por éstos sino a derechos de la misma naturaleza, es decir, derechos esenciales.

Sobre este punto es pertinente conocer lo que se entiende por *“Bloque Constitucional de Derechos”* y como se encuentra conformado para sostener con mayor fuerza de que el Derecho a la Vivienda es un derecho fundamental.

*Por bloque constitucional de derechos fundamentales entendemos el conjunto de derechos de la persona (atributos y garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuente del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de ius cogens), sin perjuicio de los derechos implícitos, expresamente incorporados ya sea por el propio texto constitucional por vía del artículo 29 literal c) de la CADH.<sup>112</sup>*

De esta forma los componentes de este *“Bloque”* son los derechos que explícitamente se reconocen en el texto constitucional de que se trate y también aquellos que son considerados por el derecho internacional en sus distintas fuentes.

---

<sup>112</sup> NOGUEIRA, Alcalá Humberto, *“El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina.”* Extraído desde <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf>, página visitada por última vez con fecha 1 de junio de 2010, pág. 14.

*El bloque de derechos fundamentales queda configurado así por: a) Los que la Carta Fundamental explicita sin taxatividad; b) Los que asegura el derecho internacional a través de los principios de ius cogens; c) los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario y d) los que asegura el derecho internacional consuetudinario.<sup>113</sup>*

Desde esta perspectiva podemos interpretar extensivamente el artículo 5 inciso segundo de nuestra Carta Fundamental en el sentido de que los derechos humanos no se limitan a los que en ella se expresan literalmente, sino también a aquellos que no son reconocidos de tal forma y que tienen la misma jerarquía que los primeros. En el caso particular, el derecho a la vivienda adecuada es un derecho fundamental ya que convencionalmente ha sido reconocido por distintos instrumentos internacionales, como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976 y ha sido ratificado hasta ahora por 152 Estados, entre ellos, Chile, suscrito por esta nación el 16 de septiembre de 1969 y ratificado el 10 de febrero de 1972 previa aprobación legislativa.

Con estos antecedentes podemos concluir que los derechos que se reconocen en dicho Pacto, entre ellos el derecho a una vivienda adecuada como parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, son parte integrante de los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico constitucional chileno y mantienen la misma jerarquía de aquellos que son enumerados expresamente por el texto constitucional.

Por lo tanto, podemos decir abiertamente que el derecho a una vivienda adecuada es un derecho fundamental dentro del ordenamiento jurídico chileno y que merece todas las consecuencias que dicha clase de derechos conllevan.

---

<sup>113</sup> Ibid. Pág. 15.

**PARTE TERCERA: APLICACIÓN Y EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS  
ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN ESPECIAL DEL DERECHO A  
LA VIVIENDA ADECUADA.**

Para el estudio de la Tercera Parte de esta Memoria la dividiremos en dos grandes temas relacionados entre sí: La aplicación y exigibilidad de los derechos sociales en general y, en segundo lugar, la aplicación y exigibilidad del derecho a la vivienda adecuada en particular.

#### ***A) Aplicación y exigibilidad de los derechos sociales en general.***

##### ***I.- Orígenes del problema de aplicación y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales***

###### **i. Ideas Generales**

El problema de la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales es un tema de amplia discusión en la doctrina de los derechos humanos atendida la complejidad que conllevan las características de los derechos de esta clase.

Sin dudas que la aplicación de los derechos sociales conlleva un problema de carácter fáctico, esto es, la condición económica que tenga el Estado obligado para poder cumplir con los requerimientos de estos derechos. Se trata, en definitiva, de si el Estado tiene o no los medios económicos suficientes para poder solventar las obligaciones que emanan de los derechos.

Esta mirada del problema es muy simplista considerando las distintas obligaciones que nacen de todo derecho humano son diversas clases, no sólo de carácter positivo, como lo es la prestación de algún determinado bien o servicio, sino también obligaciones de carácter negativo que imponen un no hacer o una abstención al Estado.

Partiendo de lo anterior, los derechos sociales contienen un complejo de obligaciones tanto positivas como negativas, sean derechos sociales como derechos civiles o políticos.

## ii. Exigibilidad, generaciones de derechos y sus estructuras

En los derechos civiles y políticos resaltan más las obligaciones de carácter negativo, esto es, aquellas que imponen un deber de abstención al Estado como no detener arbitrariamente a una persona, no vulnerar el derecho de propiedad, no atentar contra la vida de las personas, entre otros.

A este respecto es importante, por lo tanto, estudiar la estructura de los derechos fundamentales, sobre todo a lo que obligaciones para el Estado se refiere.

En los derechos civiles y políticos existe, como dijimos, un complejo de obligaciones positivas y negativas, donde éstas últimas resaltan por sobre las primeras, siendo este el principal argumento para otorgar exigibilidad a dichos derechos. Se trata de derechos en que la obligación por parte del Estado consiste en la abstención y en la protección del derecho, en el sentido que éste no sea vulnerado ni restringido sin una causa justa.

*“En síntesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a “naturalizar” esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación.”<sup>114</sup>*

En este sentido los derechos civiles y políticos contienen obligaciones positivas para el Estado, las cuales se ven opacadas por aquellas de carácter negativo. Existen obligaciones como en el derecho de propiedad, el cual requiere toda una organización para su real ejercicio. Señala Courtis lo siguiente respecto a este derecho: *“Vale la pena repasar mentalmente la gran cantidad de recursos destinados a hacer efectivo, por ejemplo, el*

---

<sup>114</sup> COURTIS, Christian, Ensayo “Los derechos Sociales como Derechos” página IV-7, publicado en <http://islandia.law.yale.edu/sela/scourtis.pdf>

*derecho de propiedad, a través de la organización de distintos servicios públicos: a ello se destina gran parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de la propiedad inmueble, automotor y otros registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de zonificación y uso del suelo, etcétera.*”<sup>115</sup>

Lo resaltante en los derechos civiles son aquellas obligaciones negativas que por su naturaleza son más fáciles de cumplir, puesto que no conllevan una acción por parte del Estado, sino que solamente un dejar hacer, lo que, como dice el autor citado, se equipara a las características del Estado liberal, las cuales ya vimos en el capítulo anterior.

Por su parte, los derechos sociales también son un complejo de obligaciones positivas y negativas, lo que sobresale aquí es la faceta positiva de los derechos, sobre todo en lo que se refiere a la prestación de un bien o servicio determinado requerido para la satisfacción de una necesidad.

Existen, por tanto, obligaciones de carácter negativo en los derechos sociales y Courtis da los siguientes ejemplos: *“el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente.*”<sup>116</sup>

Como dijimos anteriormente, la estructura lógica de los derechos económicos, sociales y culturales consiste básicamente en un derecho que conlleva necesariamente una prestación por parte del órgano estatal, brindándole algún bien o servicio determinado, lo que *“representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho.*”<sup>117</sup>

En este sentido Courtis señala que al contrario de los derechos civiles o individuales *“la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por*

---

<sup>115</sup> Ibid. Pág. IV-6.

<sup>116</sup> Ibid. Pág. IV-8.

<sup>117</sup> Ídem.

*obligar al Estado a Hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad.”*<sup>118</sup>, criticando a los demás autores que fundamentan la inexigibilidad de los derechos sociales en dicha situación, atendido que la prestación está condicionada al poder económico de cada de Estado.

Como veremos más adelante, el problema de la exigibilidad de los derechos sociales tiene como gran escollo el condicionante económico, el cual restringe el ámbito de aplicación de estos derechos a la posibilidad fáctica y económica de poder cumplir con dichas obligaciones positivas. Con esto, el Estado necesariamente debe erogar recursos públicos para responder con las obligaciones que le exigen.

La prestación positiva del Estado en estos derechos conlleva la concesión de algún determinado bien como es el caso de la vivienda, que tiene que ser adecuada, o en la prestación de alguna clase de servicio como en el caso del derecho a la salud o a la educación. Pero como señala Courtis, lo cual profundizaremos en esta tercera parte, los derechos civiles y políticos también contienen una prestación de carácter positivo para cumplir con su obligación de abstención.

*Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales*<sup>119</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos decir que las diferencias entre las distintas clases de derechos humanos no son gravitantes a la hora de determinar su aplicación. Claramente, los derechos civiles en su faceta negativa son mayormente factibles de ser logrados por parte del Estado pero esto no impide perentoriamente que los derechos sociales no sean cumplidos.

---

<sup>118</sup> Ídem.

<sup>119</sup> *Ibíd.* Pág. IV-7.

Siguiendo a Courtis, la determinación de si un derecho es civil o social sólo tiene un fin clasificatorio, donde se encontrarían cada uno de los derechos con características similares, pero no implica que esa clasificación esté basada en la posibilidad de su cumplimiento o aplicación. *“...una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. En tal esquema, habrá algunos derechos que, dado que sus rasgos más característicos remiten a obligaciones negativas del Estado, pueden ser enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia, o la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda. En el espacio intermedio entre estos dos polos, se ubica un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas. En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional, más o menos arbitraria.”*<sup>120</sup>

### **iii. Otra Clasificación de los Derechos Humanos**

Para el presente apartado tomaremos el modelo de los derechos fundamentales que hace Robert Alexy en su obra *“Teoría de los derechos fundamentales”*.

Alexy no se basa en la tradicional distinción entre derechos civiles y derechos sociales sino más bien entre derechos prestacionales y derechos de defensa. Los primeros son aquellos a los cuales el Estado está en la necesidad jurídica de realizar una determinada prestación; los segundos, aquellos en que el aparato estatal se ve en la obligación de

---

<sup>120</sup> Ibid. Pág. IV-10-11.

abstenerse de realizar una determinada acción, por tanto son derechos que buscan proteger al particular del actuar del mismo Estado.

Para el autor citado los derechos sociales son, en un sentido amplio, *“todo derecho a una acción positiva, es decir, a una acción del Estado, es un derecho prestacional. De esta manera, el derecho prestacional es la contrapartida exacta del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a una acción negativa, es decir, a una omisión por parte del Estado.”*<sup>121</sup>

Siguiendo al mismo autor, se subclasifican los derechos prestacionales en tres clases: derechos de protección, derechos de organización y procedimiento y derechos prestacionales en sentido estricto, que son aquellos derechos sociales fundamentales, como él los denomina. Los derechos de protección, a grandes rasgos, son aquellos que tienen los particulares para exigir del Estado que se encargue de las intervenciones y vulneraciones que puedan producir terceros. Los derechos de organización y procedimiento se refieren a la organización, valga la redundancia, del Estado para cumplir con las obligaciones y el procedimiento con el cual deben ser cumplidas.

Los derechos prestacionales en sentido estricto o también denominados derechos sociales fundamentales son los derechos sociales que Alexy define de la siguiente manera: *“son derechos del individuo frente al Estado a algo que- si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtener también de los particulares.”*<sup>122</sup>

#### **iv. Obligaciones que nacen de los derechos humanos y su exigibilidad**

Para entender mejor las distintas obligaciones que nacen de los derechos humanos, analizaremos el modelo de Fried van Hoof utilizado por Christian Courtis en su ensayo

---

<sup>121</sup> ALEXY, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2º Edición, Madrid, 2008, pág. 391.

<sup>122</sup> Ibid Pág. 443.

sobre los derechos sociales citado más arriba. De acuerdo con esta propuesta pueden diferenciarse cuatro niveles de obligaciones estatales. Estas serían: Obligación de Respetar, Obligación de Proteger, Obligación de Garantizar y Obligación de Promover.

a) Obligación de Respetar.

*“Las obligaciones de respetar se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho.”<sup>123</sup>*

La obligación de Respetar puede considerarse una de aquellas de carácter negativo, puesto que demanda del Estado no interferir en el ejercicio legítimo de un derecho determinado. Se trata de la contrapartida del “derecho de defensa” que expone Robert Alexy en su “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Es una obligación básica, puesto que nace con el Estado liberal moderno, con la doctrina del Estado mínimo o garante de las libertades, sin intervención alguna en la economía.

b) Obligación de Proteger.

*“Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes”<sup>124</sup>*

Aquí el Estado se encuentra en la necesidad de realizar un tipo de acción que consista en evitar que otros (terceros), esto es, todo aquel que no sea un agente del Estado, todo particular, que por acto u omisión vulnere o restrinja el derecho de otro. Se cumple con esta obligación, prohibiéndole al primero una determinada acción o mandándole a

---

<sup>123</sup> COURTIS, Op. Cit. Pág. IV-13

<sup>124</sup> Idem

realizar otra, con el fin de que al afectado o posible afectado no se vea privado de un derecho fundamental.

Se trata, por tanto, de una obligación positiva, concordante con el derecho de protección que propugna Alexy, en el sentido que el Estado no sólo debe respetar y no vulnerar sino propender a que otros no vulneren los derechos de los demás.

c) Obligación de Garantizar.

*“Las obligaciones de garantizar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo”<sup>125</sup>*

Sin dudas esta obligación es la que caracteriza a los derechos sociales, es aquella que se encuentra en el núcleo de todo derecho de esta clase. Se trata de la obligación que contrae cada Estado desde el momento en que, por un medio u otro (ya sea internacional o interno) reconoce a sus particulares la titularidad de un derecho social determinado. Es una obligación positiva propiamente tal, el Estado garantiza el acceso a un bien o servicio determinado a sus nacionales y a los que residen dentro de su territorio.

Para que el Estado se encuentre en la necesidad de asegurar este acceso, debe cumplirse con algunos requisitos:

En primer lugar, el particular debe encontrarse en el menester de algún bien o servicio determinado.

En segundo lugar, dicha necesidad debe encontrarse amparada y reconocida por un derecho social que obligue al Estado a la prestación indicada.

Y, en tercer lugar, el particular debe encontrarse en la imposibilidad de proveerse a sí mismo del bien o servicio requerido.

---

<sup>125</sup> Ídem.

En este sentido nos servirá recordar la definición que hace Alexy del derecho prestacional en sentido estricto o derecho social fundamental: *“son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo tuviera los medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtener también de los particulares”*.<sup>126</sup>

Es necesario, por lo tanto, que el particular carezca de los medios suficientes para adquirir y/u obtener el bien o servicio.

Existe un principio de subsidiariedad en la obligación de garantizar, es decir, el Estado sólo intervendrá o se verá en la necesidad jurídica de hacerlo cuando el particular o los particulares no puedan proveerse por sí mismos.

d) Obligación de Promover.

Por último, *“Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.”*<sup>127</sup>

Esta obligación pone al Estado en la situación de crear, mediante instrumentos legislativos, administrativos o de otra índole, las condiciones suficientes y necesarias para que los titulares del derecho puedan ejercerlo con propiedad y sin restricciones arbitrarias que impidan su legítimo ejercicio.

Estos cuatro niveles de obligaciones se encuentran presentes en todo derecho fundamental, ya sea civil, político o social. Está claro, como ya adelantamos, que hay obligaciones que caracterizan más a una determinada clase. Así es como en los derechos civiles y políticos, la obligación de respetar es la que los caracteriza, pero no es la única. En

---

<sup>126</sup> ALEXY, Op. Cit. Pág. 443

<sup>127</sup> COURTIS, Op. Cit. Pág. IV-13

el derecho a la libertad ambulatoria, la principal obligación del Estado es respetarla, no interfiriendo en las infinitas posibilidades de desplazamiento de la persona. Pero también el Estado se encontraría en la obligación de proteger dicha libertad, evitando que particulares impidiendo el libre desplazamiento.

Otro ejemplo de derecho civil es el de propiedad. Sin dudas la principal obligación estatal en este derecho es no vulnerar las atribuciones que otorga dicho derecho a su titular. Sólo en justificadas situaciones puede verse alterado, como ocurre en el caso de la expropiación por causa de utilidad pública. También el Estado tiene la obligación de proteger al titular de posibles vulneraciones provenientes de terceros particulares. Vulneraciones como robos, hurtos y usurpaciones, son consideradas en todos los ordenamientos jurídicos como delitos para los cuales existen penas asignadas según su gravedad y conllevan en la medida de lo posible, la restitución del bien y la correspondiente indemnización. En algunos bienes determinados, el Estado se ve en la necesidad jurídica de proveer o ayudar a proveer a una persona de dicho bien, sobre todo cuando son de aquellos de primera necesidad como ocurre con las viviendas. Esta es la muestra clara que las distinciones entre derechos civiles y sociales sólo tienen un fin clasificatorio que nada dice sobre su exigibilidad y que cada derecho se relaciona íntimamente con los demás. Terminando con el ejemplo, el Estado debe promover el derecho a la propiedad, organizando y creando las condiciones necesarias para su buen ejercicio.

Por su parte, los derechos sociales se caracterizan por que la obligación de garantizar se encuentra más acentuada que en los derechos civiles. Es una obligación estatal garantizar el acceso a toda persona a los bienes y servicios necesarios para una existencia conforme con la dignidad humana. Pero también se encuentra el Estado obligado a respetar los derechos sociales, como ocurre por ejemplo en el derecho a la salud, se encuentra en la posición de proveer a su población de un sistema de salud, pero también es obligado a no dañar la salud y a protegerla en los casos que correspondan. También debe promoverla por todos los medios posibles.

Podemos decir que de los cuatro niveles expuestos, el primero, esto es, el de respetar, es una obligación negativa, propia del sistema liberal moderno donde el Estado se limita a no afectar los derechos de los particulares. Los demás niveles, es decir, proteger, garantizar y promover, son obligaciones positivas, requieren del Estado una acción determinada, aunque no siempre comprendan la prestación de un bien, sino sólo un reconocimiento o impedir que particulares afecten a otros en sus derechos.

Desde este punto de vista, las clasificaciones entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, no tiene mayor relevancia en cuanto a su exigibilidad y aplicación, es más, considerando el principio de complementariedad de los derechos humanos, que señala que las distintas generaciones de derechos son complementarias, esto es, los distintos derechos están vinculados para una mejora sustantiva de la calidad de vida de las personas. Así es como el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona, derecho civil básico, se complementa con el derecho social a la salud, al medioambiente e incluso al derecho a una vivienda adecuada.

Por último, podemos aseverar que no existe impedimento alguno, en cuanto a estructura de los derechos sociales, para que éstos se encuentren amparados por algún instrumento procesal u otro medio para exigir al Estado su cumplimiento. Las antiguas objeciones que se hacían a los derechos sociales, en cuanto a que si eran o no derechos propiamente tales, quedan atrás y se reconocen como tales y por tanto tienen la misma validez frente al Estado en un eventual incumplimiento.

**v. El “Condicionante Económico” como excusa en la exigibilidad de los derechos sociales.**

Sin dudas la gran excusa en la aplicación y exigibilidad de los derechos sociales se refiere a lo que denominamos condicionante económico. Este “problema” que se nos presenta se produce o se genera por la naturaleza prestacional de los derechos sociales, mejor dicho, a la faceta positiva de estos derechos.

Se traduce este condicionante en el límite económico que tiene cada Estado para cumplir con las obligaciones contraídas por medio de los tratados internacionales y de las declaraciones hechas en cada una de las Cartas Magnas de los miembros. Todo Estado debe cumplir con sus obligaciones hasta dónde alcancen sus recursos económicos, sobre todo si se trata de prestar un servicio u otorgar un bien determinado.

Decimos que se trata de una excusa ya que, como veremos más adelante, los derechos sociales son plenamente exigibles más allá de los límites económicos de cada Estado. Lamentablemente, la disposición transcrita a continuación ha sido interpretada en un mal sentido por los gobiernos que ven ella el motivo para no cumplir con lo que se han obligado expresamente.

La excusa del condicionante económico viene dado o tiene su origen en el mismo pacto de derechos sociales que en un artículo segundo expone:

1. *“Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adaptar medidas tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”*

Podemos analizar e interpretar el artículo transcrito dividiéndolo en dos partes. La primera, la que se refiere a la adopción de medidas económicas, la segunda a adoptar medidas legislativas.

Las medidas legislativas no están consideradas dentro de condicionante económico por lo menos desde un punto de vista primario, en el sentido de que el Estado siempre podrá promover la creación de una legislación que cumpla con los objetivos del pacto. Nos referimos con esto al trámite legislativo puesto que si esa norma conlleva algún tipo de gasto, quedaría enmarcado en lo que es el condicionante económico.

En cuanto a las medidas técnicas y especialmente a las medidas económicas, están dentro de lo que se entiende por condicionante económico, al señalar la norma del Tratado, que esas medidas se deben adoptar *“hasta el máximo de los recursos de que disponga”*.

Por lo tanto, el condicionante se refiere a los medios económicos de que dispone cada Estado, ya sea en forma particular ya sea en forma de asistencia o cooperación internacional.

Como veremos más adelante, y algo ya se ha dicho, las obligaciones que nacen de los derechos sociales no siempre o no exclusivamente, tienen un valor pecuniario, sino que pueden ser cumplidas por medio de otro tipo de medidas no económicas.

Las únicas obligaciones que se verían afectadas por este condicionante serían aquellas que requieren de una prestación de carácter económico, ya sea un bien o un servicio. Esto quiere decir que derechos como la educación, la salud y la vivienda se ven condicionados a la capacidad económica del Estado respectivo, pero sólo en cuanto a la prestación misma del bien o servicio y no así a la adopción de medidas de otra índole.

Por tanto, la capacidad económica de un Estado no debería ser un obstáculo para el cumplimiento de sus obligaciones en forma total, sino en la medida en que sean requeridos recursos económicos.

Ahora bien, el Estado puede defenderse arguyendo o argumentando que no posee los medios suficientes para cumplir pero siempre podrá recurrir a la ayuda de países más aventajados en materia económica y sólo así, sin obtener dicha cooperación, podrá excusarse ante sus particulares.

Por último, podemos afirmar que el condicionante económico es sólo un escollo para la prestación positiva que se originan en los derechos sociales y que no es invalidante para todo el conjunto de obligaciones que nacen de ellos.

## **II.- Exigibilidad y Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

### **i. Antecedentes**

El problema de la exigibilidad de los derechos sociales es un tema de amplia discusión en el ámbito académico y profesores de Derecho de distintas partes del mundo han defendido diversas tesis sobre el tema. En el presente apartado revisaremos algunas de las posiciones más importantes sobre el tema, algunas explicando por qué no son exigibles estos derechos y otros la posición contraria.

En cuanto a la justiciabilidad, podemos decir brevemente que se trata de una clase de exigibilidad y que corresponde a la posibilidad de los titulares del derecho en cuestión para recurrir ante el Estado, específicamente ante uno de sus poderes, para que se les satisfaga la pretensión que dicho derecho lleva incorporada. Se trata por tanto de la acción que va envuelta en los derechos, que autoriza al titular a solicitar un cumplimiento forzado.

Nos será útil recordar todo lo que hemos dicho sobre las distintas obligaciones que nacen de los derechos sociales y que analizamos con el texto de Christian Courtis, en cuanto a la exigibilidad de los derechos sociales en sus diversas facetas.

### **ii. Distintas Visiones de los Derechos**

Para entender de mejor manera el tema de la exigibilidad de los derechos sociales debemos comenzar con una breve discusión sobre los derechos subjetivos y las distintas concepciones o visiones que se tienen de ellos.

En un primer estudio del tema analizaremos la concepción clásica de los derechos que estará representada por el trabajo del Profesor Fernando Atria en su ensayo *¿Existen derechos sociales?*, ya que se trata de un estudio actual de tal concepción.

Para contrarrestar la opinión anterior, otorgando nuevas visiones de los derechos, utilizaremos la respuesta hecha por el profesor Juan Antonio Cruz Parceró, donde podemos apreciar una nueva concepción de los derechos que nos ayudaran a entender de mejor manera la exigibilidad de los derechos sociales.

#### ii.1) Visión Clásica de los Derechos.

Comenzando con el análisis veremos el ensayo del Profesor Fernando Atria intitulado *¿Existen derechos sociales?* dónde sostiene que “*si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos.*”<sup>128</sup> Para sostener dicha respuesta a la pregunta nos señala distintos argumentos, algunos basados en la historia, otros en la política y los más importantes en el Derecho. Para no reproducir íntegramente el texto citado, analizaremos los argumentos más importantes del ensayo.

Señala el Profesor Atria que los derechos sociales o quienes los defienden se entienden interpretados en la frase “*Si un león pudiera hablar, no lo entenderíamos*”<sup>129</sup> ya que para él derechos sociales son una contradicción en los términos, donde los ideales de la comunidad basada en la solidaridad, de donde nacen estos derechos, se tergiversan y se traicionan al tratar de hablar a través del lenguaje jurídico propio de los derechos subjetivos.

Para Atria, históricamente, los derechos humanos o, cómo él señala, derechos naturales son aquellos que existían antes de la conformación de la sociedad o comunidad política, es decir en aquel estado de naturaleza previo al Estado. Señala el autor que “*Los derechos eran aquellos que los individuos constituyentes de lo político detentaban antes de*

---

<sup>128</sup> ATRIA, Fernando, *¿Existen Derechos Sociales?* trabajo comprendido en “Discusiones: Derechos Sociales” Número 4, Editorial Doxa, 2004, pág. 15

<sup>129</sup> WITTGENSTEIN, L. “Investigaciones Filosóficas”, 1953.

*esa constitución, y que en definitiva justificaba la idea misma de constituir la comunidad política.*"<sup>130</sup>

*"Los derechos invocados por los revolucionarios eran, en consecuencia, naturales en el sentido de que ellos eran normativamente previos a la existencia de la comunidad política."*<sup>131</sup>

Se refiere con esto a los derechos de primera generación, que son aquellos que los hombres tenían antes de la conformación de la comunidad política. Estos derechos son los que tiene el individuo en contra de la comunidad política.

Los derechos sociales, en razón de este argumento, nacen cuando la comunidad ya se encuentra creada y establecida, como decisiones políticas tomadas por el Estado y no inherentes como lo son los derechos individuales, civiles o naturales.

Otro argumento que utiliza Atria se refiere a las concepciones liberales y socialistas que infunden la conformación de la comunidad política. Mientras en la primera *"son los derechos individuales los que constituyen el núcleo duro de legitimidad. El Estado es utilizado para hacer cumplir las obligaciones que los individuos tenían, respecto de los otros, incluso en el estado de naturaleza, y que correspondían a esos derechos naturales."*<sup>132</sup>

La visión liberal moderna es, por decirlo de algún modo, individualista, mira al interés del individuo como parte de la comunidad pero en contra de ella cuando ejercita sus derechos.

En cuanto a la visión socialista de la comunidad ésta se basa en el principio de solidaridad y en el interés colectivo. Así lo explica el autor *"En esta visión socialista o*

---

<sup>130</sup> Ibid. Pág. 16.

<sup>131</sup> Ibid. Pág. 17.

<sup>132</sup> Ibid. Pág. 18.

*republicana la comunidad es valiosa por que permite a sus miembros relacionarse respondiendo a la razón y no a sus inclinaciones; en otras palabras, por que dentro de ella pueden actuar no ya mirando exclusivamente su auto interés, sino sobre la base de la solidaridad. La idea de solidaridad, expresada comunitariamente en el lema de cada cual de acuerdo a sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades (...) En la correlación derecho-deber la prioridad justificatoria se invierte cuando se trata de la idea de solidaridad: la solidaridad no puede ser expresada primariamente en términos de derechos (subjetivos), porque ella implica la idea de “tenderle la mano” a la otra persona, un elemento de supresión del yo y sacrificio hacia el otro, y el derecho por su mismo naturaleza como un medio de adjudicar pretensiones en conflicto y el principio de “ganar o perder” viola el momento de autonegación que subyace al encuentro de la solidaridad.”<sup>133</sup>*

*“En la tradición liberal los derechos se fundan en el auto interés (porque ellos no dependen sino anteceden a la comunidad) o, para expresarlo de una manera más elegante, en lo que Rawls llama el “mutuo desinterés”<sup>134</sup>*

*“En la tradición socialista, los derechos sociales son una manifestación de una forma superior de comunidad, una en que (e.g.) cada uno contribuye de acuerdo a sus capacidades, y recibe de acuerdo a sus necesidades (...) La diferencia entre la ciudadanía liberal (i.e. derechos civiles y políticos, en términos de Marshall<sup>135</sup>) y la socialista es que mientras la primera es una forma de comunidad que se caracteriza porque sus miembros “no tienen interés en los intereses de otros”, la segunda es una forma de comunidad en que cada uno de sus miembros tienen un interés en el bienestar del otro, un interés que se extiende, como lo expresara el slogan del National Health Service británico, “from cradle to grave” (desde la cuna hasta la tumba)”<sup>136</sup>*

---

<sup>133</sup> Ibid. Págs. 18 y 19.

<sup>134</sup> Ibid. Pág. 31.

<sup>135</sup> Aquí el autor se refiere a T.H. Marshall y a su obra “*Citizenship and Social Class*”.

<sup>136</sup> Ibid. Pág. 32.

Los derechos sociales son el resultado de la visión socialista o republicana, según el autor en estudio, por lo que parece inconsecuente que al ejercer un derecho por uno de los integrantes, es decir, buscar la satisfacción de una pretensión individual, ya que se contradice el interés individual con el colectivo que postula la misma idea de solidaridad.

Continúa Atria defendiendo su posición señalando una crítica a la estructura de los derechos sociales o más bien a la concepción jurídica que se tiene de ellos y para esto los compara con los derechos de primera generación formulando lo siguiente: *“Los derechos que hoy llamamos de “primera” generación tienen una peculiaridad: la especificación completa del contenido del aspecto activo de esos derechos es al mismo tiempo una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Al determinar quién tiene derecho a qué queda también determinado, tratándose de estos derechos, quién tiene qué deber. Esto tiene una consecuencia de extraordinaria importancia. Los derechos de primera generación pueden ser concebidos como naturales, porque para especificar su contenido tanto activo como pasivo es suficiente atender a la posición del individuo aislado. Pero los derechos sociales son radicalmente diversos en este sentido. La especificación del contenido de su aspecto pasivo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Ella no incluye información sobre quién es el sujeto obligado ni sobre cuál es el contenido de su obligación. La respuesta a esta pregunta sólo es posible una vez que los individuos viven en comunidad, de modo que es posible, por ejemplo, cargar a todos de acuerdo a sus capacidades con la obligación de satisfacer las necesidades cubiertas por los derechos sociales.”*<sup>137</sup>

Atria también analiza la estructura de los derechos subjetivos y como en ellos no se puede expresar la idea de derechos sociales, lo que él denomina contradicción en los términos. Señala que para que estemos frente a un derecho subjetivo en su sentido jurídico *“es necesario que una persona,*

*i) Tenga una obligación;*

*ii) Cuya exigibilidad está jurídicamente mediada por la declaración de voluntad de otra; y*

---

<sup>137</sup> Ibid. Págs. 19 y 20.

iii) *Que sea reconocida o creada por el derecho en atención al interés de esa otra.*<sup>138</sup>

El problema de los derechos sociales radica, por lo tanto, en la exigibilidad de los mismos y en la determinación del sujeto obligado a cumplir, aunque sabemos que se trata del Estado, queda en el aire el aspecto pasivo del derecho y de la obligación que genera.

Para Atria los derechos sociales no se encuentran dentro del lenguaje clásico de los derechos subjetivos y que no se pueden expresar en dicho lenguaje ya que considera que se trata de una contradicción en los términos. Por esto *“los fines colectivos (o comunitarios) que justifican los derechos sociales, en consecuencia, no podrán vencer a los derechos individuales si no están expresados en el lenguaje de los derechos. En tanto aquellos sean “sólo” fines agregativos éstos siempre saldrán triunfadores.*”<sup>139</sup>

Nos da el siguiente ejemplo dentro de la Constitución Española, algo muy parecido ocurre en nuestra propia Carta Magna. Señala que dentro de la Carta hispana existe gran discusión sobre el estatus normativo de los derechos sociales, los cuales se encuentran agrupados en el Capítulo 3º al que posteriormente se le niega protección judicial. *“Ante esta situación, autores como L. Prieto se preguntan por qué los denominados “principios rectores de la política económica y social” del capítulo III de la Constitución Española aparecen en ese texto constitucional “jurídicamente devaluados”, en particular si esa devaluación responde en verdad a alguna exigencia técnica o representa más bien el fruto de una decisión política.*”<sup>140</sup> Claramente esta pregunta es plenamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional nacional respecto de los derechos de carácter social considerados en la Constitución pero que no se encuentran resguardados por la acción de protección.

Analiza también dos textos de autores como V. Abramovich junto con C. Courtis *“Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles”* y C. Rosenkrantz con su obra *“La Pobreza, la Ley y la Constitución”*.

---

<sup>138</sup> Ibid. Pág. 23.

<sup>139</sup> Ibid. Pág. 39.

<sup>140</sup> Ibid. Pág. 41.

A pesar de las disimiles conclusiones a las que llegan los dos textos señalados, debemos decir que en su desarrollo Atria encuentra un argumento común que dice que *“los derechos sólo son plenamente reconocidos cuando son jurisdiccionalmente protegibles.”*<sup>141</sup>

Comentando a Abramovich y Courtis explica que dichos autores exponen que *“para que un derecho se encuentre plenamente reconocido no es suficiente (ni necesario) que el Estado satisfaga la necesidad a la que se refiere, porque ese reconocimiento no se alcanzará “hasta superar los obstáculos que impiden si adecuada justiciabilidad (...) si los derechos sociales son derechos, es decir, si deben ser entendidos conforme a la técnica de los derechos subjetivos, entonces ellos deben poder ser reclamables.”*<sup>142</sup> Y nos da el siguiente ejemplo dentro de la misma idea: *“Para el abogado es irrelevante que el vendedor entregue la cosa, lo que importa es que el comprador tenga una acción para exigir la entrega si el vendedor incumple.”*<sup>143</sup> Asimila de esta forma las obligaciones generadas por los derechos sociales con las obligaciones naturales.

En cuanto a la Justiciabilidad propiamente tal, el Profesor Atria señala que *“lo que llega al tribunal no es un derecho social, no puede ser un derecho social, sino una demanda privada, que expresa ya no la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de ésta: la pretensión del demandante de que su interés sea atendido, aun a costa del interés de los demás.”*<sup>144</sup>

Resume el trabajo de estos dos autores señalando que han caído en la equivocación de creer que el derecho es dúctil y puede ser manejado para aprovecharse por sus fines sociales, lo cual Atria rechaza diciendo que *“no se trata de que Abramovich y Courtis hayan adaptado la noción individualista de derecho subjetivo a sus finalidades sociales, sino que sus finalidades sociales han sido secuestradas por el concepto que han elegido*

---

<sup>141</sup> Ibid. Pág. 42.

<sup>142</sup> Ibid. Pág. 43.

<sup>143</sup> Ídem.

<sup>144</sup> Ibid. Pág. 46.

*(derecho subjetivo). Para cambiar el sentido político de un concepto jurídico no basta con querer cambiarlo.*”<sup>145</sup>

Por otro lado el profesor en su ensayo analiza el texto de C. Rosenkrantz, quien partiendo de la misma base de los autores anteriores, termina con una conclusión totalmente opuesta: los llamados derechos sociales deben ser extirpados de las constituciones modernas ya que no son derechos propiamente tales debido a que no gozan de acción para exigir su cumplimiento. Resume el trabajo de Rosenkrantz de la siguiente manera *“como el derecho no puede redimir la promesa de los derechos sociales, éstos en tanto derechos jurídicos están condenados a mantenerse como una promesa incumplida, devaluando de paso las otras promesas que el derecho hace, en particular la promesa de defender los derechos civiles y políticos: “la existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la constitución”.* Como los derechos civiles y políticos nos interesan a todos, entonces tenemos razones para cuidar la credibilidad de la constitución, y para eso debemos remover los derechos sociales de nuestras constituciones.”<sup>146</sup>

Siguiendo con Rosenkrantz, Atria señala que no importa el lugar o el Estado del que se trate puesto que la doctrina de los derechos subjetivos es universal y totalmente aplicable a todo ordenamiento jurídico. *“Lo determinante no es la cultura jurídica del país del caso, porque para el derecho no hay derechos subjetivos sin acción (en otras palabras: en la “cultura jurídica” occidental, la idea jurídica de derecho subjetivo está siempre y necesariamente, no contingentemente, vinculada a la acción para exigir el cumplimiento coactivo (...)) Los derechos sociales no pueden ser exigibles como derechos subjetivos. Para hacer de los derechos sociales derechos jurídicamente exigibles es necesario des-socializarlos, como hemos visto que Abramovich y Courtis efectivamente hacen.”*<sup>147</sup>

Continúa su ensayo el Profesor Atria haciendo una crítica a Gregorio Peces-Barba el cual ha sostenido que *“reconocer el derecho al trabajo como derecho requiere dar a cada*

---

<sup>145</sup> Ídem.

<sup>146</sup> Ídem.

<sup>147</sup> Ibid. Pág. 47

*persona una acción que le permita forzar a alguna empresa una contratación y eso es, claro absurdo. Pero eso sólo demuestra que es absurdo entender el derecho al trabajo como un derecho subjetivo accionable a una plaza de trabajo, y podemos fácilmente explicar por qué: porque del hecho de que sea justo (bueno, correcto, etc.) que alguien tenga trabajo no sigue sin mediación una respuesta a la pregunta de quién es el que está obligado a proveerlo.*”<sup>148</sup>

Señala el profesor citado siguiendo a J. Shklar<sup>149</sup> que *el trabajo no es un bien en sí mismo, sino es instrumental para la ciudadanía completa. El que trabaja contribuye al bienestar de la comunidad, por una parte, y recibe por ello un ingreso que le permite vivir con (cierta) independencia (...)* Por eso, tiene sentido hablar del derecho al trabajo aun cuando no pueda ser protegido por tribunales. (Se trata de) *una manifestación del compromiso comunitario de considerar al empleo no como un dato macroeconómico más en la formulación de la política monetaria sino como un aspecto central de la forma en que la comunidad entiende su responsabilidad de asegurar la igual ciudadanía de cada uno.*”

150

Culminando su ensayo Atria argumenta que todas las relaciones humanas que provienen de la solidaridad o la reciprocidad no pueden ser juridificadas ya que se traicionan a sí mismas. Analiza de este modo relaciones como el matrimonio y la ciudadanía según la visión socialista basada en la solidaridad.

*“(...) todas las formas de socialización basadas en nociones de solidaridad y reciprocidad no pueden ser juridificadas sin traicionar su significado, es decir sin ser tergiversadas o destruidas.*”<sup>151</sup>

En el caso del matrimonio podemos ver de él nacen derechos y obligaciones para los cónyuges, los cuales se contraponen. Supone Atria que la causa del matrimonio es el

---

<sup>148</sup> Ibid. Pág. 50.

<sup>149</sup> SHKLAR, “American Citizenship”.

<sup>150</sup> ATRIA, Op.Cit. Pág. 51.

<sup>151</sup> Ibid. Pág. 52.

amor que existe entre los esposos y que al provocarse algún problema jurídico y al ejercer los respectivos derechos, la esencia de la institución se traiciona a sí misma.

*“(...) los cónyuges no pueden invocar esos derechos entre sí sin producir una subversión completa de la relación entre ellos; el derecho asfixia, de este modo, el amor entre los cónyuges.”<sup>152</sup>*

En cuanto a la ciudadanía el autor se hace la pregunta ¿es la ciudadanía una forma de relación no juridificable? Responde a la misma diciendo: *“La forma de comunidad a la que apela la idea de derechos sociales, en tanto “conquista clamorosa de la izquierda” es como la solidaridad, el amor de los cónyuges o la amistad; no puede ser juridificada sin ser desnaturalizada.”<sup>153</sup>*

La noción de comunidad que engendra a los derechos sociales no es compatible con los derechos puesto que éstos generan una situación de conflicto entre los distintos integrantes de la comunidad. *“Esta noción de comunidad es incompatible con una que concibe a sus miembros primariamente como portadores de derechos, porque expresiones como “tengo un derecho...” o “no tienes derecho a...” [...] evocan una guerra latente y despiertan el espíritu de contienda. Ubicar la noción de derechos al centro de los conflictos sociales es inhibir cualquier posible impulso a la caridad en ambos bandos.”<sup>154</sup>*

Hemos estudiados los distintos argumentos que el Profesor Fernando Atria ha expuesto en su ensayo *¿Existen derechos sociales?* Llegando a la conclusión de que para el autor dichos derechos son una contradicción en los términos ya que no puede haber derechos, armas de defensa u ataque, en un sistema humano basado en la solidaridad que postula la ayuda entre los distintos miembros de aquél. En el sentido jurídico de los derechos subjetivos, los derechos sociales al carecer de acción para su cumplimiento no pueden ser considerados tales. Por tanto para Atria estos derechos son meras decisiones

---

<sup>152</sup> Ídem.

<sup>153</sup> Ibid. Pág. 53.

<sup>154</sup> Ibid. Pág. 54.

políticas tomadas cuando el pacto social ya ha sido tomado por las personas, buscando un mejor desarrollo de la comunidad y de todos sus integrantes.

## ii.2) Nuevas Concepciones de los Derechos.

Para estudiar las nuevas concepciones de los derechos estudiaremos una réplica esgrimida por el profesor Juan Antonio Cruz Parceró del Instituto de Investigaciones Filosóficas de México a la visión clásica representada por el profesor Atria.

Comienza su réplica señalando lo siguiente: *“Atria sostiene que quienes creen que es posible otra forma de comunidad distinta a la liberal, por ejemplo, aquellos que defienden un tipo de socialismo, estarían como el león<sup>155</sup> que al reflejar sus aspiraciones políticas con el lenguaje del derecho – particularmente con el lenguaje de los derechos-, éstas se traducen y tergiversan de modo que resulta imposible comprender qué quieren decir, es decir, que la forma del derecho termina por imponerse sobre las aspiraciones sustanciales.”<sup>156</sup>* Así resume el trabajo del citado autor.

Para Cruz Parceró la respuesta a la que llega Atria en su ensayo se encuentra sesgada por la concepción de derecho que utiliza. Al respecto señala: *“la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos” (es lo que postula el Profesor Atria); sin embargo, sugiere también que habría otra forma alternativa de entender los derechos, una que no fuera autocontradictoria. Si ello es así, en realidad hay dos respuestas a la pregunta, respuestas que dependen del significado del término derechos que usemos.”<sup>157</sup>*

Señala que el razonamiento de Atria para llegar a la conclusión ya mencionada se basa en analizar los derechos subjetivos como un modelo relacional simple, dónde se recortan o mejor dicho se separan el sujeto activo, el pasivo y el objeto debido.

---

<sup>155</sup> Con esto se refiere a la epígrafe con que Atria inicia su ensayo: “Si un león pudiera hablar, no lo entenderíamos”(I. Wittgenstein, “Investigaciones Filosóficas, 1953)

<sup>156</sup> CRUZ, Juan Antonio, “Discusiones: Derechos Sociales” Número 4, Editorial Doxa, 2004, Págs. 71 a 98.

<sup>157</sup> *Ibid.* Pág. 71.

*“Este ‘recorte’ es el que permite afirmar que los derechos triunfan sobre consideraciones de utilidad general y aspiraciones comunitarias. Los derechos sociales se vuelven entonces una demanda de individuos contra la comunidad. De ahí que exista en la expresión ‘derechos sociales’ una contradicción que consiste en una forma de tensión entre la sustancia y la forma (...) Para hacer los derechos sociales exigibles judicialmente se tienen que des-socializar. (...) La forma de comunidad a la que apela la idea de derechos sociales no es juridificable.”*<sup>158</sup>

Cruz basará su respuesta en los siguientes cuatro puntos: a) Problema estructural de los derechos subjetivos; b) crítica a la noción de derecho subjetivo; c) problema de la noción política de los derechos; y d) problemas que hay que atender en la traducción de los problemas sociales en términos de derechos y obligaciones.

En primer lugar, para Cruz el lenguaje utilizado por el Derecho no es como lo explica el profesor Atria en su ensayo y para esto critica el modelo empleado por éste para estudiar los derechos sociales. Señala Cruz que el *“modelo relacional simple, que consiste en analizar la relación entre dos sujetos respecto a un objeto”*<sup>159</sup> es el que se utiliza en el ensayo del primer autor estudiado en este trabajo, que puede ser resumida en la siguiente fórmula: *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*.

Siguiendo a Kelsen, quien rechaza esta descripción, el derecho subjetivo es aquél que consiste *“en un poder jurídico de poner en marcha la maquinaria estatal para exigir el cumplimiento de un deber jurídico.”*<sup>160</sup>

Atria cree que al hacer este recorte las consideraciones morales de los actos realizados en cumplimiento de lo que manda hacer un derecho quedan sometidas al derecho. Así lo explica Cruz en sus comentarios: *“Si bien afirma con razón que los enunciados sobre derechos implican enunciados valorativos, me parece que se equivoca en dos cosas: a) el afirmar que ese recorte del que habla consiste únicamente en una relación*

---

<sup>158</sup> Ibid. Pág. 72.

<sup>159</sup> Ibid. Pág. 74.

<sup>160</sup> Ibid. Pág. 75.

*simple entre dos personas, el acreedor y el deudor, y b) que el juicio de valor consiste en determinar la justicia de una acción.”*

Sobre el primer punto Cruz señala que el modelo simple, del que hace uso Atria, es de mucha utilidad pero *“eso no significa que todos los enunciados sobre derechos respondan a ese modelo estructural ni que todos los juicios de valor implicados en los enunciados sobre derechos resulten precisamente de ese recorte de la situación de dos personas. El problema radica en creer que la única manera en que hablamos de los derechos responde a un modelo relacional simple. Es cierto que la manera en que los civilistas han hablado de los derechos encaja bastante bien con esta explicación estructural, de hecho esta explicación está basada en el contexto de las relaciones que tienen lugar en el Derecho Privado.”*<sup>161</sup>

Para Hohfeld, autor citado por Cruz, existen otros modelos relacionales y que el modelo simple sólo corresponde a aquellos derechos *in personam*, es decir, cuando el acreedor tiene la facultad jurídica para exigir de otro, llamado deudor, un determinado objeto. Para dicho autor también existen derechos *in rem* *“para referirse a un conjunto de derechos similares pero independientes de una sola persona (o grupo) frente a algunas personas que constituyen una categoría amplia e indefinida. Por ejemplo, si A es propietario de un objeto, A tiene un derecho in rem (multilateral) frente a un conjunto de personas, cada una de las cuales tiene el deber de no dañar ese objeto. Si una persona B destruye el objeto de A, surge aquí una nueva relación entre A y B que consiste en el derecho de A de cobrarle a B una suma de dinero por los daños, este derecho en un derecho secundario in personam (paucilateral)”*<sup>162</sup> Se trata de un modelo relacional distinto y por lo tanto comprobamos que el modelo usado por el profesor Atria no es el único.

En cuanto al segundo problema indicado por Cruz en el razonamiento de Atria y siguiendo con lo dicho precedentemente, en el sentido de que el modelo simple aísla las

---

<sup>161</sup> Ibid. Pág. 76.

<sup>162</sup> Ídem.

demás consideraciones morales posibles. *“Pero si conforme al análisis que acabamos de hacer tomamos como noción central los derechos “como un todo” (concepción de Alexy), entonces tenemos que analizar qué tipo de valoración implican estos enunciados.”*<sup>163</sup>

Siguiendo a Alexy, el profesor Cruz establece que los derechos deben ser considerados “como un todo” y su enunciado puede tener relación con enunciados relacionales simples en los siguientes tres tipos: *“i) de precisión, ii) medio/fin, y iii) de ponderación.”*<sup>164</sup> Para explicar esto, el autor del ensayo nos da un ejemplo basado en el derecho de libertad de expresión. Éste mirado desde el punto de vista de la *precisión* se manifiesta en la libertad de una persona de emitir una determinada opinión política en un periódico. En cuanto al *medio/fin* se traduce en que una persona puede demandar a un periódico por censurar un artículo suyo. Y en la *ponderación* el derecho sufre una consideración y transformación desde un derecho *prima facie* a un derecho definitivo, donde se compara la libertad de expresión con otros principios o derechos que puedan entrar en conflicto. Así debe considerarse si un periodista tiene derecho a publicar planes de defensa que ponen en riesgo la vida de los soldados o ponen en riesgo la seguridad nacional.

*“Una diferencia importante entre un derecho entendido como una relación simple y un derecho como un todo, es que el primero es el resultado de un juicio de valor (un juicio sobre la justicia de la acción, según el mismo Atria), mientras que en el segundo caso podemos decir que además de ser el resultado de un juicio de valor se trata de un criterio de valoración, es decir, es un valor que sirve para otros juicios valorativos. Lo que se le escapa a Atria es precisamente la función como criterio de valoración que tienen especialmente los derechos como un todo, aunado a su carácter prima facie, se trata necesariamente también de valores prima facie. (...) En el argumento de Atria una de las premisas es que los derechos consisten en demandas individuales contra la comunidad, que el interés individual prevalece sobre el interés general y esta superioridad del interés individual es reflejo de ese*

---

<sup>163</sup> *Ibid.* Pág. 78.

<sup>164</sup> *Ídem.*

*recorte que mira sólo hacia la situación de dos personas. Mi duda es si esto es realmente así respecto de los derechos como un todo. Cuando se dice que todos tienen derecho a la vida, a la libertad, la integridad, etc., de ninguna manera me parece que se esté haciendo un juicio que ponga por encima los intereses individuales a los colectivos. Cualquiera puede darse cuenta que es en el interés general, el interés comunitario, el interés de todos, que ciertos bienes estén protegidos para todos y cada uno de los miembros de una sociedad por pequeña o grande que ésta sea. Reflejar esa valoración en términos de derechos no la convierte en un interés exclusivamente individual contrario al interés general. (...) Si la tesis de Atria consiste en que un reclamo individual de un derecho es necesariamente contrario al interés general, me parece que ello es falso. Tener un interés individual puede significar dos cosas diferentes: que es un interés de un individuo o que es un interés que se opone al interés colectivo. Así mismo, reclamar individualmente un derecho puede significar que el reclamo lo hace un individuo o que es un reclamo que se opone al interés general. (...) Sería una paradoja de la justicia distributiva que cada vez que alguien individualmente tratara de conseguir algo que le corresponde de acuerdo a un criterio de justicia, su reclamo dejara de ser justo porque es individual y se convirtiera en un reclamo egoísta.”<sup>165</sup>*

De esta forma el profesor Cruz Parceró defiende la idea de que los derechos sociales pueden ser “hablados” en el lenguaje de los derechos subjetivos, en cuanto los consideremos como un todo y no a la sola relación simple utilizada por Atria. Desmiente también que el hecho de que una persona reclame un derecho signifique que se oponga a la comunidad toda con dicha acción, distingue así dos situaciones distintas: el reclamo como una oposición a la comunidad basada en la solidaridad y el reclamo como la solicitud de alguna cosa necesaria para su subsistencia. Creemos que esta última visión es la más acertada.

Sigue la respuesta de Cruz señalando que “*otro problema de la concepción de Atria es que sostiene que el juicio valorativo consiste en un juicio sobre la justicia de una acción*

---

<sup>165</sup> *Ibíd.* Págs. 78 y 79.

*sin mirar más que a la relación específica entre dos personas, el interés del acreedor ha de ser servido por el deudor. (...) Determinar si es justo o no que Pedro le pague a Juan mil pesos, depende de los criterios de justicia que incorporemos. Si decimos que es justo porque le debe ese dinero estamos incorporando un criterio basado en instituciones como los contratos y las promesas donde operan principios como “debes cumplir tus promesas”, “debes pagar lo que se te presta”. Si decimos que no es justo porque Pedro los necesita más que Juan hablamos ya con otro criterio, las necesidades.”<sup>166</sup>* Encontramos este comentario muy acertado sobre todo en lo que se refiere a los derechos sociales que no pueden ser considerados dentro de la lógica del derecho civil o privado, puesto que son derechos que buscan remediar una situación de injusticia y desigualdad no entre particulares sino dentro de la misma comunidad política.

En cuanto a los valores que contienen los derechos éstos “... *no reflejan sino sólo algunos valores prima facie, como se dijo antes introducen criterios de valoración, no sólo consideraciones sobre lo que es justo, sino consideraciones sobre lo que es bueno, lo que es un valor, lo que es una necesidad, lo que es socialmente útil, lo que es un bien público, etc. Por ejemplo, los derechos humanos y algunos derechos fundamentales pueden incluir valores como la vida, la seguridad, la salud, la integridad, la autonomía, la libertad, etc., sin embargo, estos valores no agotan el dominio de la justicia y la equidad. (...) Otros derechos, los derechos sociales, pueden buscar la protección de esos mismos valores pero a través de mecanismos de justicia distributiva, por ejemplo, cuando se consagran derechos a ciertas prestaciones y servicios.*”<sup>167</sup>

Se distinguen así los derechos civiles clásicos de los derechos sociales en el sentido de la justicia y las valoraciones distintas que se pueden hacer respecto de cada clase de derechos humanos.

En cuanto a la crítica a la noción de derecho subjetivo, segundo punto en el que se enfoca Cruz para replicar el trabajo de Atria, se señala que “para entender al león” no

---

<sup>166</sup> Ibid. Pág. 80.

<sup>167</sup> Ibid. Pág. 81.

debemos basarnos en la concepción kelseniana que llega a identificar los derechos con las acciones procesales para reclamarlos.

*“La tesis de Atria al adoptar esta definición de derechos subjetivos hace que el lenguaje liberal de los derechos se transforme en un lenguaje de los derechos positivista, en un lenguaje kelseniano. Para Atria entonces, si los derechos sociales son derechos, es decir, si deben ser entendidos conforme a la técnica de los derechos subjetivos, entonces ellos deben poder ser reclamables.”*<sup>168</sup> Esto resume la tesis de Atria en cuanto a los derechos sociales como derechos subjetivos.

En opinión de Cruz, *“no resulta conveniente identificar a los derechos subjetivos jurídicos con las acciones procesales para demandar el cumplimiento de un deber; desde luego que estos poderes son un tipo de derechos subjetivos, pero la noción de derechos subjetivos es más amplia. (...) Un derecho en sentido amplio, un derecho como un todo, puede tener distintos niveles de protección. La protección de un derecho en este sentido es una cuestión de grado, no importa aquí la diferencia entre derechos civiles y políticos y derechos sociales. Una acción procesal no necesariamente garantiza el ejercicio de un derecho (...) El creer que basta con establecer acciones procesales para garantizar los derechos nos conduce a la llamada falacia garantista, que según Ferrajoli consiste en decir que son suficientes “las razones de un derecho bueno, dotado de sistemas avanzados de garantías constitucionales, para contener al poder y poner a los derechos fundamentales a salvo de sus desviaciones”*<sup>169</sup> *El sentido técnico de derecho subjetivo de Kelsen, no puede confundirse con el derecho que intenta garantizar, ni se puede aceptar la reducción de la noción de garantía jurídica a dicho sentido técnico.”*<sup>170</sup>

La posición de Ferrajoli es muy importante para entender que la concepción kelseniana sólo responde a una clase de protección de los derechos y el carecer de acción para lograr el cumplimiento no lo denigra a ser derecho de segunda clase ni mucho menos. Se distingue por Ferrajoli el derecho y la garantía, afirmando que los derechos deben ser

---

<sup>168</sup> Ibid. Pág. 82.

<sup>169</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón” Trotta, Madrid, 1995. Pág. 940.

<sup>170</sup> CRUZ, Op. Cit. Pág. 83.

garantizados y que dentro de un conjunto de garantías encontramos la *jurisdiccionalidad* para que las lesiones a los derechos sean sancionadas. Esto lo podemos relacionar con las distintas obligaciones que emanan de un derecho humano, las cuales vimos más arriba. No sólo de los derechos sociales nacen obligaciones positivas para el Estado, ni tampoco sólo nacen obligaciones negativas de los derechos civiles y políticos, sino que generan, ambas clases, un conjunto de obligaciones tanto positivas como negativas.

Cruz también contrapone dos concepciones distintas de los derechos subjetivos la de Kelsen y la de Hohfeld dónde esta última es más amplia que la primera. Así lo explica el autor: *“En la concepción hohfeldiana , por ejemplo, la noción central de un derecho es la relación pretensión-deber (claim-duty), que es similar a lo que Kelsen llamaba el derecho reflejo, pero no a su noción de derecho en sentido técnico, que es el concepto que privilegia el autor austriaco. Simplemente, en el análisis hohfeldiano la idea de pretensión (claim) cumple la función de tratar de entender los enunciados en donde aparece la noción de “tener derecho” como correlativos de deber. Tampoco el poder hohfeldiano, correlativo de una sujeción, podría identificarse con el derecho en sentido técnico. A Hohfeld no le interesa la noción de acción procesal para poner en marcha el aparato coactivo del Estado. La acción procesal puede verse como un poder, pero el concepto de poder hohfeldiano es más amplio y no se reduce a las acciones procesales que buscan el cumplimiento de un deber a través de la imposición de una sanción. Me interesa marcar la diferencia entre la noción kelseniana y la hohfeldiana porque considero que con la última se puede mantener la distinción entre “tener un derecho” y “tener una acción procesal para reclamar un derecho”<sup>171</sup>*

Importante distinción es la que se hace al respecto, no es lo mismo tener un derecho a algún bien determinado que tener un derecho para reclamar judicialmente dicho bien. Son consideraciones distintas mientras Pedro tiene derecho a que Juan le pague mil pesos no es lo mismo que Pedro puede demandar judicialmente a Juan en caso de incumplimiento.

---

<sup>171</sup> Ibid. Pág. 84.

Respecto de la acción misma de la que gozarían los derechos sociales dice la Replica a Atria que *“hacer justiciables los derechos sociales no es una tarea sencilla y en muchas ocasiones resulta un grave riesgo dejar que los jueces tomen decisiones con efectos redistributivos que pongan en juego las posibilidades de cumplir con otros objetivos sociales (pero esto se desvirtúa ) si entendemos que la acción procesal no deja de ser mas que un instrumento para la protección de estos derechos; que no tenemos que ver en ella la única forma de garantizar un derecho y quizá, en el caso de los derechos sociales, tampoco la más adecuada.”* Con esto nos queda claro que el autor contempla otras formas de garantizar o de exigir el cumplimiento y que la acción procesal es sólo una de ellas.

En cuanto a la supuesta contradicción que el profesor Fernando Atria dice que existe en los términos “derechos sociales”, Cruz señala, utilizando el epígrafe del ensayo del primer autor, que el león no se contradice aludiendo que dichos términos son plenamente compatibles. Según el texto en comento los argumentos de Atria para señalar que los derechos sociales son una contradicción en los términos tienen dos problemas: *“el primero es que su afirmación de que son una contradicción en los términos no es tan evidente. Supongo que la contradicción a la que alude es entre el interés individual que implica, según él, reclamar un derecho y la idea de interés general que está detrás de las aspiraciones que fundan los “derechos sociales (...) El segundo problema es que Atria sostiene que para evitar su conclusión de que existe una contradicción en los términos, “debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos.” Esto sugiere que para él mismo hay una forma de entender los derechos que no es autocontradictoria. Por tanto habría una respuesta afirmativa a la pregunta sobre la existencia de los derechos sociales que se apoya en el concepto político de derechos.”*<sup>172</sup>

Respecto al primer problema que encuentra Cruz podemos decir que ya se encuentra analizado por el autor al decir que el tener un interés individual y reclamarlo puede significar dos cosas: solicitar el cumplimiento de una pretensión u oponerse al interés

---

<sup>172</sup> Ibid. Pág. 92.

general. Sabemos que Atria considera solamente esta última opción y por eso cree que existe una contradicción en las palabras “derechos sociales”.

En el segundo problema encontrado por Cruz se dice que Atria distingue entre un concepto moral, uno jurídico y otro político de los derechos. El concepto político habla de la *“ilegitimidad del poder del Estado si no asegura a una persona un derecho social. Sin embargo, tal parece que este concepto político adopta el modelo relacional simple de los derechos, modelo criticado por él mismo como individualista. (Para el profesor Cruz) “una teoría de los derechos debe distinguir entre el uso moral, el jurídico y el político de los derechos (...) tener un derecho implica tener en cualquiera de las concepciones una razón especial para hacer algo y/o reclamar de otros. (...) Es imposible entender tanto la historia de los derechos como el lenguaje contemporáneo de los derechos si nos empeñamos en adoptar una concepción reductivista de ellos.”*<sup>173</sup>

Por último el profesor Cruz se hace la pregunta de si ¿los derechos muerden? Para comenzar a analizar el lenguaje de los derechos, sobretodo el lenguaje liberal.

*“De acuerdo con el comunitarismo, la función de los derechos es proteger los intereses de un individuo en contra de adversarios potenciales, Pero en una comunidad genuina no existen adversarios porque sólo existen intereses comunes. Por tanto, si los derechos son necesarios en algunas sociedades, es porque tales sociedades no son realmente una comunidad ya que, en una comunidad genuina, no hay lugar para el lenguaje de los derechos.”*<sup>174</sup>

Esto es básicamente lo que postula Atria en su ensayo, los derechos son considerados como armas de defensa o ataque, dependiendo de quién los utilice y se contraponen a lo que una genuina comunidad debe ser, donde el interés general prime por sobre los intereses individuales. El ejercer un derecho, según esta concepción, significa romper ese equilibrio entre los distintos integrantes de la comunidad.

---

<sup>173</sup> Ibid. Pág. 93.

<sup>174</sup> Ibid. Pág. 95.

Todo lo anterior tiene razón en la medida *“en que se constatan que en ciertas ocasiones, cuando se legalizan cierto tipo de relaciones sociales y se usa el lenguaje de los derechos, hay que distinguir, por un lado, entre la existencia de derechos y obligaciones que pueden justificarse y, por otro, la conveniencia de plantear los problemas que surgen y su forma de resolverlos en otros términos que no sean apelando a tales derechos y obligaciones ni a través de acciones procesales.”*<sup>175</sup>

Para explicar esto nos da como ejemplo la relación médico-paciente y los derechos y obligaciones que nacen de dicha relación, que terminan muchas veces en los tribunales por las llamadas negligencias médicas. Opina el autor que dichas relaciones como la que acabamos de señalar y el matrimonio, y para estos efectos la comunidad basada en la solidaridad es mejor buscar otros mecanismos de resolución de conflictos. Siguiendo con el ejemplo señala Cruz que *“existen buenas razones de interés general para buscar otras vías de resolución de este tipo de conflictos, ya que por ejemplo hay estudios que demuestran que la merma de la confianza en la relación médico-paciente, producto de las demandas civiles y las acusaciones penales, suele repercutir en la elevación de los costos del tratamiento y entorpece el desarrollo de nuevos tratamientos. Como se ha mostrado, las instancias de negociación y arbitraje médico suelen evitar o atenuar tales resultados.”*<sup>176</sup>

A modo de conclusión dice el Profesor Cruz Parceró que se puede entender al león y que éste no se contradice al intentar presentar condiciones de igualdad material como derechos. *“...las aspiraciones comunitarias basadas en la solidaridad, la igualdad, la dignidad, etc., están por una parte ya contempladas en las razones que justifican a los derechos humanos y otros derechos fundamentales, cualquier otra consideración de este tipo, si es lo suficientemente importante, puede servir para modelar el alcance de los derechos y las formas en que socialmente decidimos protegerlos. Habrá también que reconocer que no todo lo que es moralmente deseable o lo que es justo es un asunto de derechos.”*<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> Ibid. Pág. 96.

<sup>176</sup> Ibid. Pág. 97.

<sup>177</sup> Ibid. Pág. 98.

### iii. **Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Para concluir este apartado veremos los distintos argumentos que nos proporciona el profesor Christian Courtis en su ensayo *“Los derechos sociales como derechos”*.<sup>178</sup>

Courtis define justiciabilidad como *“la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de al menos algunas de las obligaciones que se derivan del derecho.”* La justiciabilidad implica, en definitiva *“si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento”*. Lo que califica a un derecho social como derecho pleno, no es el hecho del que el Estado cumpla sus obligaciones de buenas a primeras, si no la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida. Dicho de otra manera los derechos económicos, sociales y culturales no serán considerados derechos propiamente tales sino cuando el titular de éste se encuentre en condiciones de provocar el funcionamiento del sistema judicial del Estado respectivo mediante una acción a defender una resolución o sentencia, que ordene al Estado a cumplir con una determinada obligación.

Con lo visto anteriormente en el sentido de que los derechos fundamentales entrañan un complejo de obligaciones positivas y negativas, es preciso analizar qué clase de obligaciones tienen la posibilidad de su exigencia a través de la actuación judicial.

El problema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales nos remite a la discusión clásica referente a la relación entre un derecho y la acción judicial existente para exigirlo.

Para Courtis *“la inexistencia de instrumentos procesales concretas para remediar la violación de ciertas obligaciones que tienen como fuente un derecho económico, social y cultural no se sigue de ningún modo la posibilidad técnica de crearlas y desarrollarlas”*.

---

<sup>178</sup> Todas las citas corresponde a este trabajo.

Que no existan no impiden que puedan crearse posteriormente el ejercicio de la potestad legislativa.

En cuanto a las obligaciones negativas que derivan de los derechos económicos, sociales y culturales, podemos decir que ellas se cumplen de la misma forma que las obligaciones negativas de los derechos civiles, esto es por medio de un deber de abstención por parte del Estado. Una principal obligación de este carácter se contempla en la obligación Estatal de no discriminar en el ejercicio de estos derechos. Se trata de una abstención en la discriminación, por ejemplo el Estado no puede privar de educación a una persona en razón de su edad, sexo o condición económica.

Sin dudas lo que vale la pena analizar en este sentido son las obligaciones positivas que emanan de los derechos sociales sobre todo aquellas que dicen relación con la prestación de un servicio o un bien para la satisfacción de una necesidad.

Según el autor este punto reviste mucho más complejidad y una multiplicidad de facetas que conviene repasar.

Aparecen así muchos obstáculos válidos para derribar cualquier teoría de la exigibilidad en cuanto a los órganos de poder del Estado obligado a resolver las cuestiones que se susciten al respecto. Así es como se puede decir que el *“poder judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el modo de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio...”* entre otras objeciones válidas.

Reconociendo estas dificultades Courtis señala que deben hacerse algunas matizaciones.

En primer lugar para el autor recita *“definitivamente imaginable la motivación en la cual el Estado incumpla total y absolutamente con toda obligación positiva vinculada con un derecho social.”*

Como vimos más arriba el Estado cumple con sus obligaciones positivas a través de la legislación y regulación que impone obligaciones a particulares, interviniendo en el mercado a través de reglamentaciones y del ejercicio del poder de policía. Cumpliendo con estas medidas se cumple con la obligación la que no siempre consistirá en la prestación directa del bien o servicio requerido.

En segundo lugar, más allá de plantear la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a través de acciones colectivas, pueden también formularse de forma tradicional, *“en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica”*.

Tomando el Derecho a la salud puede cualquier persona afectada exigir el cumplimiento de la obligación como sería el caso de la negación de un servicio médico del que dependa la vida o la salud de esa persona. En este punto encontramos la opinión del profesor Fernando Atria que ve en esta discriminación una vulneración de derechos de igualdad ante la ley. Debemos recordar que el profesor Atria es uno de los detractores de los derechos sociales.

Courtis señala *“que ni la violación afecta a un grupo generalizado de personas en la situación denominada por el derecho procesal contemporáneo derechos o intereses individuales homogéneo las numerosas decisiones judiciales individuales constituirían una señal de alerta hacia los poderes políticos”*. Dicho de otro modo el ejercicio de numerosas decisiones individuales es la forma indirecta de exigir ante el Estado el cumplimiento de una obligación.

En tercer lugar, y a pesar de que las sentencias de un juez no se ejecutan es necesario resaltar que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia derechos económicos, sociales y culturales.

*“Las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública”.*

El autor del ensayo citando a José Reinaldo de Lima Lopes dice que *“el poder judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas. Ejemplo de eso es el caso de la seguridad social Brasileña, si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre”.*

Una vez requerida la intervención del poder político en numerosas acciones individuales interpuestas en sede del poder judicial, no le queda más al ejecutivo que acoger dichas reclamaciones. En caso contrario dicho poder del Estado se encontraría con la respectiva responsabilidad política que conlleva.

#### **iv. Mecanismo de Protección de Derechos Humanos**

Ideas Generales.

Pensamos que no sirve de mucho tener un determinado derecho si no somos capaces de poder ejercerlo de manera efectiva. No sirve tener un derecho sin lograr que nos proporcione las ventajas de su objeto. No sirve, en el caso especial, tener un derecho a la vivienda adecuada si no podemos exigir del Estado o de sus agentes las ventajas que nos otorga dicho derecho que, en resumidas cuentas, es el lugar apto para habitar y desarrollarse.

Se parte de la base, por tanto, que no basta con la simple enunciación del derecho ni de una simple declaración sino que es menester que se revista de un derecho complementario para que el titular logre el objeto del derecho, esto es, la prestación o abstención que esa prerrogativa dispone. Se ha dejado de lado desde hace mucho tiempo la idea fundante del constitucionalismo clásico que sostenía que la sola proclamación de los derechos y libertades en el texto de una declaración formal, se había alcanzado la meta en la protección de aquellos.

Para lograr dicho cometido analizaremos las características que debe contemplar un dispositivo de protección y poder ser calificado como idóneo para un efectivo resguardo del derecho. Utilizaremos para este fin la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el análisis que se hace dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) a través del estudio del informe intitulado *“El acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”*, confeccionado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Este informe fue encomendado por la Comisión al comisionado Víctor Abramovich, contando con el apoyo de la Secretaría Ejecutiva del mismo organismo y fue aprobado por la primera el 7 de septiembre de 2007.

El informe parte de la base de que el acceso a la justicia de los distintos derechos humanos, incluidos obviamente los derechos materia de este trabajo, conlleva no sólo una obligación negativa del Estado sino más bien positiva. Es así como lo expresa el instrumento: “... *la obligación de los Estados no es sólo negativa- de no impedir el acceso a esos recursos- sino fundamentalmente positiva, de organizar al aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos, para lo cual los Estados deben remover obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia.*”<sup>179</sup> Señala también que “*En los últimos años, el Sistema Interamericano ha reconocido la necesidad de comenzar a delinear principios y estándares sobre los alcances de los derechos al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva, en casos que involucran la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales.*”<sup>180</sup>

En cuanto a los fines del informe se nos indica, dentro de su introducción que busca sistematizar la jurisprudencia de los organismos del Sistema Americano, de forma descriptiva sin entrar a analizarla para contribuir a su difusión y comprensión y, en definitiva, sirvan de guía en la aplicación e interpretación de los distintos instrumentos internacionales de la región. “*El presente estudio procura relevar y sistematizar los principales estándares fijados por la CIDH en sus informes sobre peticiones, informes de país e informes temáticos, así como la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte IDH. El estudio tiene una finalidad meramente descriptiva y no realiza un examen de la jurisprudencia reseñada. Su análisis se limita a ordenar los precedentes por temas afines, y a relacionar los principios y estándares fijados con los problemas concretos y las situaciones de hecho examinadas en cada caso. La CIDH entiende que esta sistematización puede contribuir a una mejor comprensión y difusión de su jurisprudencia a fin de que sirva como guía para la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los países de la región.*”<sup>181</sup>

---

<sup>179</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “El acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” Víctor Abramovich, Comisionado, [www.cidh.org](http://www.cidh.org), Washington, 2007, Pág. 8. Párrafo 41.

<sup>180</sup> Ídem. Párrafo 42

<sup>181</sup> Ídem. Párrafo 45.

Lo anteriormente dicho justifica el análisis que venimos en presentar en el sentido de que los medios de protección de derechos humanos deben obedecer a los estándares que emanan de la jurisprudencia del SIDH ya que se trata de una obligación que nace de la Convención Americana y debe ser respetada por los Estados partes en ella. A fortiori si no existe un mecanismo idóneo para resguardar derechos sociales, entre ellos, el derecho a la vivienda adecuada.

Primordialmente, el estudio que haremos de dicho informe se basa en la interpretación de tres artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo éstos, a modo de ilustración, los que siguen:

*Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos*

*1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

*2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*

*Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*

*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

#### *Artículo 8. Garantías Judiciales*

*1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

#### *Artículo 25. Protección Judicial*

*1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

*2. Los Estados Partes se comprometen:*

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

El Estudio que analizaremos de aquí en adelante tiene como puntos centrales los siguientes temas: a) obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales; b) componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales; c) componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a derechos sociales; y d) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales, individuales y colectivos. Para efectos del presente trabajo utilizaremos el mismo orden por parecernos claro en sus ideas y en la forma de exponer los temas para llegar a las distintas conclusiones.

Advertimos que los casos que reseñaremos son sólo algunos de los que analiza la Comisión en su informe y que constituyen sólo un muestrario de las resoluciones y

decisiones que han tomado los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que nos ilustrarán al respecto.

- a) Obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales.

El primer tema que se aborda en el informe es el problema de los distintos obstáculos o trabas que existen en los distintos Estados para que sus nacionales accedan a la Justicia. Estos obstáculos pueden ser económicos o sociales y su remoción es considerada como parte integrante de la garantía de los derechos a ser protegidos. Se entiende que no es suficiente que exista un mecanismo de protección de derechos humanos si éste en la práctica no es accesible a las personas que requieran de su intervención.

*“Un primer aspecto en relación con los alcances del derecho a acceder a la justicia está dado por los obstáculos económicos o financieros en el acceso a los tribunales, y por el alcance de la obligación positiva del Estado de remover esos obstáculos para garantizar un efectivo derecho a ser oído por un tribunal”<sup>182</sup>*

Tal situación se traduce en una desigual contienda en tribunales y sobre todo lo que se refiere a la defensa de los derechos en juicio por parte de aquellos que se ven desprovistos de los medios económicos para aquello.

El Estudio reseñado ha establecido ciertos problemas y obligaciones que nacen de la CADH para poder soslayar estos impedimentos: 1) Obligación de proveer servicios de asistencia jurídica gratuita; 2) Costos del proceso, la localización de los tribunales y el derecho a acceder a la justicia; y 3) situaciones de exclusión sistemática del acceso a la justicia. A continuación veremos cada uno de estos temas.

---

<sup>182</sup> Ibidem. Pág. 9 párrafo 48.

a.1) Obligación de proveer servicios de asistencia jurídica gratuita.

Pareciera un tema de Perogrullo, sin embargo es fundamental para entender el acceso a la Justicia como una garantía de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales, entendiendo que éstos, como ya vimos, pertenecen primordialmente a las clases y grupos sociales más desventajados en materia económica. Se entiende esta obligación en el sentido de que no es suficiente o no basta con que exista un medio idóneo de resguardo de los derechos sociales si el mismo Estado exige a sus titulares una prestación pecuniaria a cambio.

La Opinión Consultiva 11/90 del 10 de agosto de 1990 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre *“Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos”* analizó el tema del acceso a la justicia desde dos puntos de vistas: el de la indigencia y del hecho de no poder conseguir un abogado por razones de temor generalizado en dichos profesionales. Nos interesa particularmente el tema de la indigencia.

La OC 11/90 se refiere, en el tema de la indigencia, a la problemática de si un indigente está obligado a agotar todos los medios internos para la protección de sus derechos si el Estado no le provee de la adecuada asesoría y representación jurídica ante los tribunales nacionales.

Señala el Informe lo que sigue: *“la Corte IDH reafirmó la prohibición de discriminar sobre la base de la posición económica de las personas y destacó que “...si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención Americana le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria (...) queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley”*<sup>183</sup>

---

<sup>183</sup> Ibidem. Pág. 10, párrafo 52.

En este orden de ideas la Corte IDH asemejó este derecho a garantizar el acceso a la Justicia con la igualdad ante la ley prohibiendo cualquier tipo de discriminación por las condiciones económicas de las personas que requieren de la intervención judicial. No es precisamente lo que estamos estudiando pero sirve de argumento para lo que diremos más adelante.

Tiempo después en otra Opinión Consultiva, la 18/03 sobre “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” de 17 de septiembre de 2003, la Corte IDH trasladó el tema a la sede del derecho al debido proceso estableciendo que no proveer u otorgar el servicio de defensa legal a personas que no pueden proveérselos por sí mismo atenta contra dicho derecho ya que las deja indefensas frente a aquellos que tienen una situación acomodada o frente al mismo Estado. “(...) *la negativa a prestar un servicio público gratuito de defensa legal a las personas sin recursos, constituye una vulneración del debido proceso y del derecho a la protección judicial efectiva.*”<sup>184</sup>

Para establecer la procedencia de la defensa legal gratuita la Comisión ha señalado que es necesario analizar ciertos puntos en cada caso y así determinar si es o no menester que se provea al titular la correspondiente asesoría. En palabras del Informe: “*la CIDH no sólo ha recibido ya el estándar general por el que se establece la obligación estatal de brindar asistencia legal gratuita a las personas sin recursos<sup>10</sup>, sino que ha precisado una serie de criterios tendientes a determinar su procedencia en casos concretos. Así, en su "Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos "11, la Comisión Interamericana ha señalado los siguientes factores al efecto de dicha determinación: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso y c) la importancia de los derechos afectados.*”<sup>185</sup> Viendo estos criterios debe estudiarse caso a caso la procedencia del servicio jurídico.

Por lo tanto, no se trata sólo de alegar la indigencia por parte del afectado sino que es necesario que se conjuguen otros presupuestos que hemos indicado en el párrafo

---

<sup>184</sup> Ídem, página 12 párrafo 54.

<sup>185</sup> Ibidem, página 12, párrafo 56.

anterior. Con respecto a la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada, ésta se puede acreditar mediante el respectivo informe de alguna institución pública dedicada al tema de la seguridad social. La CIDH considera que “... *no basta con la alegación de encontrarse en una situación de indigencia e imposibilidad de contar con asistencia legal, sino que ésta debe ser suficientemente corroborada con el correspondiente material probatorio.*”<sup>186</sup>

En cuanto a la complejidad de las cuestiones involucradas dependerá de los intervinientes y de los perjuicios que se puedan sufrir si no se resuelve por la vía judicial. Los derechos afectados tienen íntima relación con el criterio anterior, entendidos éstos como los bienes jurídicos que se encuentran en juego y las consecuencias de su desprotección.

Por último la CIDH establece que no se trata de una mera interpretación de dicho Organismo sino que es la misma CADH dentro de su texto la que indirectamente impone la obligación de proveer la defensa legal gratuita como forma de garantizar los derechos en ella reconocidos y particularmente el derecho a acceder a la Justicia para su protección. Así la CIDH indica que “... *de acuerdo con la CADH, el Estado está obligado a proporcionar acceso efectivo a acciones constitucionales, lo que incluye el suministro de asistencia jurídica gratuita cuando las personas carecen de recursos para promoverlas por sus propios medios.*”<sup>187</sup>

a.2) Costos del proceso, la localización de los tribunales y el derecho a acceder a la justicia.

Ahora bien la gratuidad de la defensa no es el único problema a solucionar si se trata de remover los escollos del acceso a la Justicia de los derechos sociales. También deben ser analizados temas como los costos del proceso y la localización de los tribunales.

---

<sup>186</sup> *Ibidem*, página 13, párrafo 61.

<sup>187</sup> *Ibidem*, página 14, párrafo 63.

En cuanto a los costos del proceso la Corte IDH se refirió a este tema en el Caso Cantos. A modo de ilustración haremos un resumen de éste para entender las decisiones que se plantearán más adelante. El Sr. Cantos presentó un reclamo ante la Corte Suprema de Justicia por un monto que ascendía a 2.780.015.303,44 pesos argentinos. La ley argentina establece que para conocerse de algún caso por los tribunales debe pagarse lo que se denomina la “tasa de justicia” que equivale al 3% del valor total de la litis, siendo en este caso la suma de 83.400.459,10 pesos, dinero con que el actor no contaba. Por lo tanto el Sr. Cantos recurrió a la CIDH y ésta presentó su caso en la Corte.

Este tribunal internacional de derecho humanos señaló dentro de su fallo que: *“Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”*<sup>188</sup>. Dispuso también la Corte que, en el caso particular, *“la suma fijada por concepto de tasa de justicia y la correspondiente multa constituyen, a criterio de este Tribunal, una obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables, aún cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda.”*<sup>189</sup>

Respecto a la localización de los tribunales como impedimento al acceso a la Justicia la CIDH se refirió al tema en el Informe *“Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”* señalando que se *“observa aún una insuficiente presencia de instancias judiciales y acompañamiento estatal disponible a las víctimas a lo largo del territorio nacional, lo que implica que las víctimas tengan que emplear significativos recursos económicos y logísticos propios para poder interponer una denuncia y para participar posteriormente en el procedimiento judicial.”*<sup>190</sup>

En vista de lo expuesto precedentemente la ubicación de los tribunales o juzgados debe ser accesible de manera que no implique un gasto más en lo que a protección de

---

<sup>188</sup> Ibidem, página 15, párrafo 68.

<sup>189</sup> Ídem, párrafo 69.

<sup>190</sup> Ibidem, página 17, párrafo 78.

derechos se refiere. Con esto queda claro que deben existir distintos tribunales cercanos a zonas menos urbanizadas con tal de lograr tal propósito.

Corroborando lo anterior entre las recomendaciones que hace la CIDH está la de: *“Crear instancias y recursos judiciales idóneos y efectivos en zonas rurales, marginadas y en desventaja económica, con el objeto de garantizar que todas las mujeres tengan un acceso pleno a una tutela judicial efectiva ante actos de violencia.”*<sup>191</sup> Claramente se está refiriendo a la situación que sufren las mujeres ante actos de violencia pero lo hacemos extensible a los demás casos donde existe vulneración de derechos humanos de cualquier tipo, en especial los de carácter social.

a. 3) Situaciones de exclusión sistemática del acceso a la justicia.

Para finalizar el tema de la obligación de remover los obstáculos veremos ciertas situaciones en que la exclusión o la falta de acceso a la Justicia son algo sistemático y se mantiene en el tiempo y es necesaria una solución.

Se refiere a este tema la CIDH en el *Caso Simone André Diniz* referente a la situación de ciertos grupos étnicos o de alguna raza en especial, en este caso, la de los afrodescendientes en Brasil. La Sra. Diniz reclamó una discriminación racial por parte del Ministerio Público brasileño ya que no tuvo la voluntad para impulsar una acción penal por el delito de racismo, caso en el cual el Juez de la causa oyó a la fiscalía, decidiendo archivarla.

En este sentido la Comisión señala que *“El autor de un insulto racista en el Brasil, en la mayoría de los casos, queda impune. Según abogados de organizaciones afrobrasileras, el hecho de que el insulto racista no esté encuadrado en la Ley 7716/89, crea un obstáculo en la administración de justicia pues el insulto, según el Código Penal brasileiro, es delito de acción privada y depende de la iniciativa de la víctima para ser*

---

<sup>191</sup> Ibidem, página 18, párrafo 80.

*iniciado. Por su parte, la mayoría de las víctimas de racismo en el Brasil es pobre y no tiene cómo contratar abogados.*<sup>192</sup>

En este caso la CIDH señala que la situación de exclusión viene dada por la misma realidad social y por las condiciones que establece la propia ley brasileña que impide el acceso a la Justicia, pero quizás lo más grave es lo que se da en el poder judicial en que la condición racial de estas personas interfiere en las resoluciones tomadas por éste en forma sistemática.

Es así como la CIDH señala por medio de su Estudio lo siguiente: *“Se trata de un caso de enorme trascendencia en el marco del SIDH, pues la Comisión identificó expresamente la existencia de una práctica sistemática por parte del Poder Judicial de Brasil tendiente a desestimar la aplicación de la legislación antirracismo del país. En consecuencia, la Comisión Interamericana destacó que esta práctica genera una situación generalizada de desigualdad en el acceso a la justicia para quienes son víctimas de discriminación racial.”*<sup>193</sup>

Es necesario, por tanto, eliminar este tipo de conductas que llevan a situaciones de falta de acceso a la Justicia por parte de ciertos grupos de personas. Quizás en este caso el acceso a la justicia se llevo a cabo sólo parcialmente, dando una falsa impresión de administración de Justicia, sin embargo esto no fue así, quedando la recurrente en una notoria indefensión.

#### a.4) Idea final.

Para concluir este tema podemos señalar que para que exista un acceso a la Justicia como lo establece la CADH es necesario que se remuevan por parte de los Estados ciertos obstáculos como lo son la falta de defensa legal gratuita, atendiendo a las posibilidades

---

<sup>192</sup> Ibidem, pág. 19, párrafo 84.

<sup>193</sup> Ídem, párrafo 85.

económicas del titular vulnerado en sus derechos, reuniendo los requisitos o criterios que vimos más arriba. También es necesario, en cuanto al funcionamiento mismo de los tribunales de justicia, que los costos de los procedimientos no impidan el libre acceso a éstos y que dichos órganos se encuentren cerca de todos los habitantes para que puedan movilizarse hacia ellos sin erogar grandes recursos para ello. Por esto también es necesario eliminar todo vestigio de discriminación por cualquier motivo, evitando que se convierta en una práctica ilegítima con ribetes de legalidad, que se traduce en una situación sistemática de exclusión de la Justicia.

b) Componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales.

El siguiente tema dentro de lo que son los mecanismos de protección es el derecho al debido proceso. Se verá desde dos puntos de vista: el debido proceso en sede administrativa y el debido proceso en sede judicial. Comenzaremos con el estudio del debido proceso en materia administrativa. Corresponde analizar este punto primeramente ya que los derechos sociales se hacen exigibles en primer lugar en los órganos administrativos de cada Estado.

En este sentido el Informe en estudio hace la advertencia que en materia de derechos sociales, éstos se han tomados como meros “beneficios asistenciales” careciendo de la lógica de los derechos, dejando su cumplimiento a la discrecionalidad de la autoridad política de turno. Así lo dice la CIDH: *“Ni el área de las políticas sociales, ni las prestaciones estatales en materia social, han estado guiadas en su organización y funcionamiento por una lógica de derechos. Por el contrario, las prestaciones se han organizado y brindado mayormente bajo la lógica inversa de beneficios asistenciales, por lo que este campo de actuación de las administraciones públicas ha quedado tradicionalmente reservado a la discrecionalidad política, más allá de que haya algunos controles institucionales. Las funciones sociales del Estado se han ampliado a áreas tales como salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social, consumo o promoción de la*

*participación de grupos sociales desaventajados. Sin embargo, ello no se ha traducido necesariamente, desde el punto de vista técnico, en la configuración concreta de derechos. En muchos casos, el Estado asumió esas funciones a partir de intervenciones discrecionales o de formas de organización de su actividad, como la provisión de servicios públicos, o la elaboración de programas o planes sociales focalizados.*"<sup>194</sup>

La CIDH reconoce que los derechos sociales no tienen impedimentos para ser aplicados como derechos tales como los derechos clásicos, civiles y políticos, tal y como hemos argumentado más arriba. Este reconocimiento tiene como corolario obligado que los derechos de esta clase tienen posibilidad de ser exigibles ante el Estado.

En palabras del Informe: *"no hay imposibilidad teórica o práctica alguna de configurar derechos exigibles también en estos campos, de modo de sumar a los mecanismos de control institucional, administrativos o políticos, el control que puedan ejercer sobre los prestadores o funcionarios, las personas que ejercen derechos vinculados a esas prestaciones sociales.*"<sup>195</sup>

El derecho del debido proceso en materia administrativa será analizado desde los siguientes puntos de vistas: 1) Debido proceso en la esfera administrativa; 2) Límites a la discrecionalidad Estatal; y 3) Elementos que componen el debido proceso en sede administrativa. Pasemos a revisar cada uno de estos temas.

#### b.1) Debido proceso en la esfera administrativa.

Para afirmar que el derecho al debido proceso debe ser observado también en lo que a administración del Estado se refiere, la Comisión ha reseñado varios casos a través de su informe, de los cuales sólo tocaremos algunos por ser de muy extenso tratamiento.

---

<sup>194</sup> Ibidem, pág. 21, párrafos 95 y 96.

<sup>195</sup> Ídem.

La CIDH ha señalado que la norma del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos es aplicable a todos los procedimientos en que se ventilen asuntos que tengan relación con dichos derechos y que no sólo se refiere al tradicional debido proceso en materia judicial. Como dijimos anteriormente y reiteramos en esta oportunidad la mayoría de los derechos sociales, por no decir todos ellos, se cumplen por el Estado por medio de sus órganos administrativos, los cuales llevan a cabo las respectivas prestaciones emanadas de aquellos.

El Informe señala que *“En el marco del sistema interamericano, es clara la vigencia de las reglas del debido proceso legal en los procedimientos administrativos vinculados a derechos sociales. En efecto, la norma rectora de la garantía destaca expresamente su aplicabilidad a cualquier proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole.”*<sup>196</sup>

La Comisión ha tenido la posibilidad de analizar esta materia en varios temas de derechos sociales como lo son los derechos de los trabajadores, de los migrantes y de los pueblos indígenas. Varios de estos casos se repiten en su examen ya que sirven en su examen a distintos puntos del tema. Por de pronto, en el presente trabajo sólo veremos una pincelada de estos asuntos para no extendernos demasiado en ellos.

Se refiere a esta materia el *“Caso Baena Ricardo y otros”* sobre derechos de los trabajadores, en especial el derecho a la huelga dentro de empresas estatales, municipales y demás dependencias públicas del Estado de Panamá. El Sr. Baena y otros 270 trabajadores fueron despedidos por participar en una de estas actividades, siendo acusados por complicidad con una asonada militar que se produjo al mismo tiempo. El despido fue facilitado por la llamada *“ley 25”* que autorizada a los directivos de dichas empresas a desvincular a los trabajadores que participaron en dicho movimiento. Esta ley se aplicó de forma retroactiva vulnerando los derechos de los empleados en cuanto a despido se refiere. Los afectados intentaron distintos recursos en diversas instancias, incluyendo demandas

---

<sup>196</sup> *Ibidem*, página 22, párrafo 98.

contencioso administrativas en la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia, la que declaró que dichos despidos eran legales en virtud de la mencionada ley.

La Corte IDH refiriéndose al asunto señaló que los despidos fueron realizados por órganos administrativos del Estado Panameño, no siendo respetados el derecho de los trabajadores a un debido proceso. Dispone la Corte que *“Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...) Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.”*<sup>197</sup>

Concluye la CIDH señalando que este es un caso donde un derecho social, como lo es el derecho al trabajo, debe respetarse en materia administrativa y que para afectar derechos de esta naturaleza es necesario que se cumpla con los presupuestos del debido proceso, que claramente en este caso no se cumplió.

Indica el informe al finalizar este punto que *“Los estándares hasta aquí reseñados permiten dar cuenta de la postura que el SIDH ha adoptado en materia de la aplicabilidad del debido proceso legal a la esfera administrativa. Como se ha evidenciado, tanto la CIDH como la Corte IDH se han pronunciado a favor de la plena vigencia de la garantía en dicho ámbito.”*<sup>198</sup>

---

<sup>197</sup> Ibidem, página 23, párrafo 103.

<sup>198</sup> Ibidem, página 31, párrafo 123.

De la lectura del informe y de las conclusiones que podemos apreciar en él, afirmamos que el derecho a un debido proceso es plenamente aplicable en materia administrativa y en consecuencia los derechos fundamentales, sobretodo los de carácter social, deben ser amparados por aquel en situaciones de vulneración o afectación. Para que un mecanismo de protección de los derechos sociales esté acorde con la Convención debe contemplar, en su faz administrativa, un debido proceso.

#### b. 2) Límites a la discrecionalidad Estatal

El segundo tema a tratar dentro del debido proceso en la administración se refiere a la discrecionalidad estatal y los límites de ésta en la actuación de los derechos sociales. Respecto de derechos civiles y políticos, la discrecionalidad está limitada seriamente por la Constitución y las leyes, al punto que en dicho actuar, la Administración sólo debe ejecutar sin más consideraciones. Sin embargo, en materia de derechos sociales el espectro de la discrecionalidad aumenta considerablemente y por ello es necesario determinar sus límites.

*“Los derechos sociales son, sin duda, los derechos más expuestos a la arbitrariedad de los órganos administrativos, pues suele ser mayor el margen de discrecionalidad del Estado para la fijación de muchas de las prestaciones que constituyen su objeto. Ante esta situación, a través de diversas decisiones, el SIDH se ha pronunciado a favor de la necesidad de limitar y condicionar la llamada discrecionalidad estatal.”<sup>199</sup>*

Sobre este punto se refiere la Comisión en el “*Caso Eduardo Perales Martínez*”. El Sr. Perales siendo miembro del cuerpo de Carabineros de Chile fue desvinculado de la institución por haber contado un chiste crítico relacionado con ésta. Denuncia el peticionario que el General Director de Carabineros sin proceso alguno decidió su culpabilidad, dándolo de baja, solicitando al Presidente de la República que dispusiera su destitución mediante Decreto Supremo N° 304 de 1998 expedido por el Ministerio de

---

<sup>199</sup> Ídem, párrafo 124.

Defensa, después de trece años de servicio. Es así como el Sr. Perales recurrió a la CIDH alegando violación de los artículos 8.1, 13 y 25 de la CADH.

La Comisión en su informe de admisibilidad se hace las siguientes preguntas en cuanto al debido proceso y la discrecionalidad de la Administración del Estado Chileno al tomar la decisión de destituir a un miembro de la policía uniformada: *¿Tiene derecho un oficial de policía a un debido proceso en un procedimiento administrativo de carácter disciplinario - establecido por ley-, y el derecho a defenderse en contra de los cargos presentados? Y en caso de una respuesta afirmativa, ¿cuáles son las garantías requeridas para un debido proceso? Además, qué propósito tiene brindar garantías de debido proceso al acusado, si la última decisión sobre su remoción puede ser tomada por el Presidente, y ser puramente discrecional?*<sup>200</sup>

Ciertamente, la discrecionalidad debe ser limitada en función del ejercicio y respeto de los derechos humanos de los administrados, siendo el debido proceso en esta materia fundamental para evitar decisiones arbitrarias tomadas por las autoridades. Para ello es necesario que la última decisión sea acorde a los que se vio en el respectivo procedimiento y no producto de una voluntad discrecional.

Podemos concluir en este caso que los límites infranqueables de la Administración son los derechos humanos. Por lo demás, es así como lo considera el artículo 5 de nuestra Carta Fundamental, teniendo presente que el ejercicio de la soberanía se traduce dentro de los poderes del Estado en una buena administración.

### b.3) Elementos que componen el debido proceso en sede administrativa.

Mucho se ha hablado del debido proceso y su importancia en materia administrativa pero hace falta establecer con claridad cuáles son sus elementos según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Enumerándolos éstos son lo que siguen: i) Garantía

---

<sup>200</sup> Ibidem, página 36, párrafo 136.

de una audiencia de determinación de derechos; ii) Notificación previa sobre la existencia del proceso; iii) Derecho a contar con una decisión fundada; iv) Publicidad de la actuación administrativa; v) Derecho a plazo razonable; y vi) Derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas.

Para analizar la jurisprudencia de cada uno de los temas reseñados sólo tomaremos un caso como muestra de lo que ha resuelto la Comisión o la Corte. Creemos que no es necesario expandirse mucho si logramos ilustrarlo con situaciones explicativas.

i) Garantía de una audiencia de determinación de derechos

La Comisión tuvo la oportunidad de referirse al tema en el “*Caso Loren Riebe y otros*” Loren Riebe Star, Jorge barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz eran sacerdotes representantes de la diócesis católica de San Cristóbal de las Casas en el Estado de Chiapas, México. Fueron detenidos el 22 de junio de 1995, conducidos por la fuerza al aeropuerto de Tuxtla Gutiérrez para llegar al aeropuerto de la Ciudad de México dónde fueron sometidos a un interrogatorio político, sin abogado que interviniese y sin conocer siquiera los cargos que se formulaban en su contra. Finalmente, se les comunicó que serían expulsados por realizar actividades no permitidas en su status migratorio y fueron escoltados en un vuelo hasta los Estados Unidos. Sólo estando ahí se les informó sobre las causas de su deportación.

En dicha oportunidad la CIDH determinó que esta garantía debía contener los siguientes derechos: “*a) el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; b) el derecho a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formularan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y c) el derecho a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas.*”<sup>201</sup>

---

<sup>201</sup> Ibidem, página 37, párrafo 140.

La Comisión entendió que al no ser respetados los derechos enunciados para con los sacerdotes, el Estado Mexicano violó el derecho que aquellos tenían al debido proceso, inobservando las disposiciones de los artículos 8.1 y 25 de la CADH.

Dentro de esta garantía importante es el derecho a estar legalmente asistido por un abogado, lo cual ya vimos en parte cuando analizamos la obligación de remover los obstáculos que impiden un debido acceso a la Justicia. Es necesario acotar en este caso que los afectados ni siquiera les fue permitido acceder a un profesional aunque hubieren tenido los medios económicos para ello.

Es menester, dentro de esta garantía que los afectados tenga el pleno conocimientos de los cargos que se presentan en su contra para poder realizar o desempeñar de mejor manera su defensa dentro del procedimiento. Ciertamente no se cumple con este derecho si se informa de dicha situación una vez ejecutada la decisión tomada por la autoridad administrativa, como es lo que ocurrió en el caso reseñado.

Por último, no basta con tener la asistencia jurídica idónea ni conocer las causas de la afectación de los derechos si no existe un plazo razonable para preparar la defensa y conseguir las pruebas necesarias para acreditarla. Es preciso conceder a los afectados el tiempo necesario para que puedan producir sus pruebas conforme a los alegatos de defensa que crean pertinentes.

#### ii) Notificación previa sobre la existencia del proceso.

En segundo lugar es necesario, creemos que no era necesario mencionarlo pero hay casos como el que vamos a ver en que lo amerita, que se notifique al posible afectado sobre la existencia del proceso llevado en su contra por parte de cualquier órgano del Estado, en especial a lo que a Administración se refiere.

La Comisión analizó este punto en el “*Caso Ivcher Bronstein*”. El Sr. Ivcher Bronstein era ciudadano peruano por naturalización y accionista mayoritario de un canal de televisión peruana, el cual fue acusado por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas del Perú por llevar una campaña difamatoria en contra de dichas instituciones. El mismo día de la denuncia el Poder Ejecutivo emitió un decreto que reglamentaba la Ley de Nacionalidad, estableciendo la posibilidad de poder cancelar las naturalizaciones. El 10 de julio de 1997 la Dirección General de Migraciones y Naturalización informó que los antecedentes del Sr. Bronstein no existían y al día siguiente se emitió una Resolución Directoral que dejaba sin efecto legal el título de nacionalidad peruana del afectado, lo cual no le fue notificado ni comunicado.

La CIDH señaló en sus alegatos de fondo que: *“Para la emisión de la resolución que dejó sin efecto dicho título no se citó en ninguna oportunidad al señor Ivcher, éste no recibió comunicación previa y detallada del asunto sujeto al conocimiento de la autoridad, con información de los cargos correspondientes, no se le hizo conocer que el expediente de nacionalización se había perdido, ni se le requirió que presentara copias con el fin de reconstruirlo; tampoco se le permitió presentar testigos que acreditaran su posición; en suma, no se le permitió ejercer su derecho de defensa.”*<sup>202</sup>

Como vemos el debido proceso presupone la existencia del conocimiento de este para quienes se vean afectados en sus derechos. En el caso que hemos visto la decisión se tomó sin consideración alguna de la persona a quien afectaría y por lo tanto se le privó de la posibilidad de defenderse dentro del procedimiento, lo cual constituye un fundamento dentro de lo que entendemos un debido proceso, no respetando el viejo principio de bilateralidad de la audiencia.

---

<sup>202</sup> *Ibidem*, página 39, párrafo 145.

iii) Derecho a contar con una decisión fundada.

Una vez terminado el proceso es necesario que este termine con un decisión fundada, es decir, que contenga los argumentos necesarios para entenderla y acatarla, sin que se el fruto de una arbitrariedad o mero capricho. La Corte se refiere a este derecho en el “*Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*”

El Sr. Reyes era Director Ejecutivo de una Organización No Gubernamental especializada en análisis de inversiones relacionadas con el uso de los recursos naturales. En dicha calidad solicitó al Comité de inversiones extranjeras de Chile información sobre un proyecto de explotación forestal con potencial impacto sobre el medio ambiente, lo cual fue negado por dicho comité sin siquiera fundamentar su decisión por escrito. Se interpusieron los respectivos recursos, los que al final de cuentas no tuvieron efectos.

*“En el presente caso la autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada protegida en el artículo 8.1 de la Convención. (...) Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la autoridad administrativa violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado”<sup>203</sup>*

Es necesario para que exista un debido proceso que la decisión que se adopte se haga fundadamente por escrito permitiendo al particular una buena comprensión de lo resuelto y de los alcances de esto. La verdad es que no es algo nuevo dentro de lo que a procedimiento se trata, sabemos bien que en toda causa que se sustancie ante un juez es un

---

<sup>203</sup> Ibidem, página 40, párrafo 149.

requisito de validez de la sentencia que esta se encuentre fundamentada. Lo importante aquí es que dicho requerimiento se traspase a los órganos administrativos fundamentando lo que deciden respecto de derechos humanos, en especial lo que se refiere a derechos sociales.

iv) Publicidad de la actuación administrativa.

Otro principio del debido proceso que debe aplicarse en sede administrativa es la publicidad con la que debe actuar la Administración del Estado. También se trata de un elemento extraído del debido proceso en materia judicial al entender los juicios como actos públicos con determinadas excepciones que atienden a proteger otros derechos.

En este caso nos sirve el mismo caso explicado más arriba, el de Claude Reyes contra el Estado Chileno. La Corte IDH determinó en su sentencia que el Estado a través de sus órganos debe permitir el acceso a la información a todo aquél que lo requiera, ordenando al Estado de Chile garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información.

v) Derecho a plazo razonable.

Quizás se trate de uno de los derechos más importantes y también más vulnerados dentro de lo que entendemos por debido proceso. Son varios los casos en que se ventila este problema, en especial los que tratan de comunidades indígenas solicitando algún reconocimiento por parte del Estado. A continuación, y como ha sido la tónica de este análisis, estudiaremos un solo caso de forma ilustrativa.

Se entiende que de existir un proceso éste debe prolongarse lo menos posible con la finalidad de que no se perjudique más el derecho que se busca tutelar o que se vulneren otros derechos relacionados con éste. La Comisión considera que *“resulta relevante la garantía de “tiempo razonable” aplicada a los procesos en los que se determinan*

*obligaciones en materia de derechos económicos y sociales, pues resulta obvio que la duración excesiva de los procesos puede causar un daño irreparable para el ejercicio de estos derechos que, como se sabe, se rigen por la urgencia, forzando a la parte débil a transar o resignar la integridad de su crédito.”<sup>204</sup>*

En el “Caso Comunidad indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua contra la República de Paraguay” los líderes de dicha organización solicitaron al Estado en el año 1993 el reconocimiento de sus líderes y de su personería jurídica de acuerdo al procedimiento administrativo contemplado para tal efecto. Para cuando la CIDH entró en conocimiento del asunto habían transcurrido más de diez años sin que se hubiere dado respuesta alguna a su solicitud.

La Corte IDH a su vez, cuando tomó conocimiento del caso desmenuzó el tiempo señalado en diversos trámites menores en que existió una excesiva prolongación de los plazos. Es así como constató que el 15 de agosto de 1993 se solicitó por la comunidad al INDI el reconocimiento de los líderes de la comunidad y su inscripción en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas, siendo resuelta el 18 de septiembre de 1996, es decir poco más de tres años, siendo que el plazo legal era de treinta día y que la materia revestía una mínima complejidad. El 21 de mayo de 1998 se iniciaron los trámites por la comunidad para el reconocimiento de la personería jurídica ante el mismo organismo, el que resolvió con fecha 10 de diciembre de 2001, es decir tres años y medio en una situación de baja complejidad técnica.

Concluye la Corte IDH señalando que *“una demora prolongada, como la que se ha dado en este caso, constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. La falta de razonabilidad, sin embargo, puede ser desvirtuada por el Estado, si éste expone y prueba que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el mismo (...)* Sin embargo, *el Tribunal advierte que las demoras en el proceso administrativo que se examina en la presente Sentencia no se han*

---

<sup>204</sup> Ibidem, página 42, párrafo 156.

*producido por la complejidad del caso, sino por las actuaciones sistemáticamente demoradas de las autoridades estatales.*”<sup>205</sup>

Por lo tanto, y en función de lo que hemos expresado precedentemente, es necesario que en materia de debido proceso en la esfera administrativa el procedimiento en que se vean involucrados derechos sociales no se prolongue en el tiempo de manera que pueda afectarlos en mayor medida o afectar otros derechos. Se requiere, por tanto, que la respuesta del organismo respectivo sea la más rápida posible, considerando la dificultad o complejidad del tema, y así cumplir con las expectativas de los derechos afectados.

vi) Derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas.

Como último elemento del debido proceso en sede administrativa debemos considerar la revisión judicial de decisiones tomadas por estos órganos. Es de gran importancia este derecho ya que permite a los particulares acceder al Poder Judicial para que analice y determine si lo que se ha resuelto por la Administración, que pertenece a otro poder del Estado, está conforme a los derechos humanos.

Aclarativo en esta materia es el “*Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*” Brevemente, las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico solicitaron al Registro Civil del mencionado Estado la inscripción de nacimiento de manera tardía, a lo cual el órgano estatal se rehusó a practicar sin otorgarle lo solicitado. Según la ley interna, existen dos medios para revisar e impugnar una resolución de este tipo: una administrativa por medio del Procurador Fiscal y otra judicial por medio de la Junta Electoral. A pesar que la segunda opción se denomina judicial, las madres de las niñas Yean y Bosico no tuvieron la oportunidad de que su caso fuera revisado por un tribunal de justicia competente.

*“Frente a esta situación, la CIDH expresó que la reglamentación existente en República Dominicana impidió el acceso de las niñas Violeta y Dilcia y de sus*

---

<sup>205</sup> *Ibidem*, página 43, párrafo 159.

*madres a un recurso judicial que permitiese cuestionar la negativa de las autoridades administrativas a otorgarles el registro tardío y de esta manera obtener la tutela judicial de sus derechos fundamentales”<sup>206</sup>.*

Es importante recalcar la función del tribunal que viene a garantizar que los actos de la administración sean acordes con los derechos humanos porque ayuda que los órganos que tienen dicha misión tengan el cuidado necesario para resolver situaciones que puedan afectar derechos.

Con este derecho se abre, en materia de derechos sociales, la instancia judicial ya que en materia de derechos civiles, por su naturaleza, tienden a tener protección directa de los tribunales mediante los respectivos mecanismos de protección de derechos. Seguiremos en este punto en el siguiente apartado.

c) Componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a derechos sociales.

Corresponde ahora estudiar los distintos componentes o elementos que configuran el llamado derecho al debido proceso en sede judicial en relación a los derechos sociales. Sabemos que el debido proceso nace como concepto en el derecho anglosajón y se ha universalizado, teniendo una aplicación, en mayor o menor medida, en todos los ordenamientos jurídicos del mundo. Tradicionalmente ha sido concebido como parte integrante de los derechos fundamentales que se ven expuestos en toda actuación ante tribunales de justicia, en especial en materia penal, pero actualmente, y como lo veremos en los párrafos que siguen, el debido proceso es parte integrante en la aplicación y exigibilidad de los derechos sociales.

Difícil es el camino que ha recorrido esta clase de derechos, desde que fueron reconocidos por primera vez hasta la actualidad, siendo considerados por muchos como

---

<sup>206</sup> *Ibidem*, página 46, párrafo 166.

simples declaraciones de buena voluntad sin la posibilidad de ser exigidos como los derechos civiles. Sin embargo, como hemos podido apreciar en este trabajo, los derechos sociales son plenamente exigibles al Estado, la doctrina y la jurisprudencia del SIDH lo ha corroborado, y es necesario elaborar una forma en que se lleve a efecto.

Vimos en el apartado anterior como el debido proceso en materia administrativa se aplica a los derechos referidos y ahora nos proponemos, a la luz de lo que nos expresa la CIDH por medio de su informe, señalar sucintamente los elementos del debido proceso en materia judicial. Consideramos este punto de gran importancia atendida la falta de exigibilidad judicial que sufren los derechos sociales en varios países del Sistema, en especial lo que ocurre en el nuestro. Se trata, por lo tanto, de sentar las bases para la confección de mecanismos jurídicos o la corrección de éstos para lograr superar dicha falta de exigibilidad.

Los temas a tratar en este apartado, teniendo en consideración lo que expresa el Informe, son los que siguen: 1) Alcances del debido proceso legal; y 2) Elementos del debido proceso legal en sede judicial.

#### c.1) Alcances del debido proceso legal.

Los alcances del debido proceso legal son los que la CIDH ha entendido se desprenden del artículo 8.1 y 25 de la Convención, esto es, se aplica en “todo” proceso o procedimiento en que se ventilen asuntos sobre o relacionados con derechos humanos. Aquí la Comisión es categórica y señala *“En línea con lo establecido por el artículo 8.1 de la CADH, son numerosos los precedentes del SIDH en los que se ha recalcado la vigencia del debido proceso legal en todo proceso en que esté en juego la determinación del contenido y alcance de los derechos humanos, sin importar la materia de la que se trate.”*<sup>207</sup> Se trata entonces de que el debido proceso abarca todos los procesos en que se traten o ventilen

---

<sup>207</sup> Ibidem, página 49, párrafo 180.

derechos humanos y además no hace distinción en sus clases, pudiendo entender que se aplica incluso a los derechos sociales.

Los fundamentos legales de este alcance se encuentran en los artículos citados en el párrafo anterior y sobre el respecto la Comisión en su *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*” señala lo que sigue: “*En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 8 y 25 son los que tradicionalmente se asocian con una doctrina en desarrollo sobre garantías judiciales y protección judicial de los derechos humanos. En sus propios términos, estos dos artículos se aplican a toda situación en que se deba determinar el contenido y alcance de los derechos de una persona sometida a la jurisdicción del Estado parte, ya sea que se trate de materias penales, administrativas, fiscales, laborales, de familia, contractuales o de cualquier otra índole.*”<sup>208</sup>

#### c.2) Elementos del debido proceso legal en sede judicial.

La CIDH considera como elementos del debido proceso en sede judicial los siguientes: i) principio de igualdad de armas; ii) revisión judicial de decisiones administrativas y sus alcances; iii) derecho a una decisión fundada sobre el fondo del asunto; y iv) derecho a plazo razonable.

##### i) Principio de Igualdad de Armas.

Se trata de un principio básico en todo proceso que a veces es subentendido pero que en materia de derechos sociales debe ser refortalecido atendidas las características del mecanismo propio de esta clase de derechos. Con esto queremos señalar que el proceso en que se ventilen derechos sociales siempre o en la mayoría de sus casos tendrá la intervención del Estado como parte lo que produce una obvia inequidad en las armas de

---

<sup>208</sup> Ídem.

cada una de éstas. Hemos dicho que los particulares titulares de estos derechos son, por lo general, personas carentes de recursos económicos que se enfrentan al fisco, quien tiene todos los recursos a su haber.

*“La desigualdad procesal puede darse también en el litigio de casos vinculados a derechos sociales frente al Estado, como resabio de las posiciones tradicionales del derecho administrativo que suelen conferir privilegios al Estado en su relación con los administrados. Por ello, debe reconocerse al principio de igualdad de armas entre los elementos integrantes de la garantía del debido proceso legal.”<sup>209</sup>*

Por lo tanto es necesario abolir ciertos privilegios que tiene el Estado cuando es parte de procesos judiciales como lo es por ejemplo la inembargabilidad de sus bienes. Creemos, compartiendo la opinión de la Comisión, que dicha situación no se justifica ya que favorece ciertamente al Estado dejando en una notable desventaja a sus particulares.

## ii) Revisión Judicial de decisiones administrativas.

Como vimos cuando tratamos el tema del debido proceso en materia administrativa, el SIDH estima como elemento integrante que las decisiones tomadas por órganos administrativos sea revisada por órganos jurisdiccionales con el objeto de que resguarden los derechos humanos que se ven comprometidos.

En este apartado analizaremos, como lo hace también el informe, los alcances de este elemento, que en definitiva lo que hace es relacionar la esfera administrativa con la judicial, esto es, liga al poder ejecutivo con el judicial, operando éste como un supervisor del primero.

Nos servirá en este punto recordar el “*Caso Baena Ricardo y otros*” en que la Corte IDH trató este tema y otros más que ya hemos analizado.

---

<sup>209</sup> Ibidem, página 51, párrafo 185.

Cómo vimos en el caso señalado los trabajadores al conocer la decisión administrativa que los hacía cesar en sus cargos interpusieron los respectivos recursos judiciales los cuales no se refirieron al fondo del asunto sino sólo a si la denominada “ley 25” era constitucional o no, a lo cual la Corte IDH señaló: *“Para determinar que los despidos eran legales, la Sala Tercera se basó exclusivamente en el hecho de que se había declarado que la Ley 25 no era inconstitucional y en que los trabajadores habían participado en el paro contrario a la democracia y el orden constitucional. Asimismo, la Sala Tercera no analizó las circunstancias reales de los casos y la comisión o no, por parte de los trabajadores despedidos, de la conducta que se sancionaba. Así, no consideró los informes en los cuales se basaron los directores de las diferentes entidades para determinar la participación de los trabajadores en el paro, informes que ni siquiera constan, según las pruebas aportadas, en los expedientes internos. La Sala Tercera, al juzgar con base en la Ley 25, no tomó en cuenta que dicha ley no establecía cuáles acciones atentaban contra la democracia y el orden constitucional”*<sup>210</sup>

No basta, por lo tanto, que la decisión administrativa se remita a una determinada ley y que el órgano jurisdiccional llamado a revisar lo que se ha decidido conozca del asunto controvertido, de los hechos y no sólo de la aplicación del derecho que corresponda.

iii) Derecho a una decisión fundada sobre el fondo del asunto.

En este sentido el SIDH estima que no basta con una decisión que dirima el conflicto en que se ven relacionados los derechos humanos sino que es menester que la decisión tomada por el órgano jurisdiccional llamado a revisar la resolución del órgano administrativo sea fundada o meramente caprichosa o arbitraria.

La Corte IDH al referirse al “*Caso Claude Reyes y otros*” se expresó sobre el tema señalando que: el recurso de protección de garantías planteado ante la Corte de Apelaciones

---

<sup>210</sup> Ibidem, página 56, párrafo 192.

de Santiago debió tramitarse respetando las garantías protegidas en el artículo 8.1 de la Convención. (...) *la Corte de Apelaciones de Santiago no resolvió la controversia suscitada por la actuación del Vicepresidente del Comité de Inversiones Extranjeras, pronunciándose sobre la existencia o no en el caso concreto del derecho de acceso a la información solicitada, ya que la decisión judicial fue declarar inadmisibile el recurso de protección interpuesto (...) este Tribunal encuentra que esa decisión judicial careció de fundamentación adecuada.*<sup>211</sup>

Y más abajo señaló que *la Corte de Apelaciones de Santiago "no realizó ni la más mínima indicación respecto de las razones por las que se "desprend[ía]" de los "hechos" y "antecedentes" del recurso su "manifiesta falta de fundamento".*<sup>212</sup>

iv) Derecho a plazo razonable.

Por último y al igual que en sede administrativa es necesario que el procedimiento en que se conozcan asuntos en se vean afectado derechos humanos debe realizarse dentro de un plazo razonable atendiendo a una serie de factores que el mismo Informe nos ilustra.

Es así como para determinar si un procedimiento se ha llevado en un plazo considerado razonable por la Corte es necesario atender a los siguientes factores: 1) complejidad del asunto; 2) actividad procesal del interesado; y 3) conducta de las autoridades judiciales.

En este sentido es bueno recordar lo que dijimos sobre el plazo razonable en materia administrativa pero entendiendo que debe tratarse en materia judicial, siendo los agentes de estos órganos jurisdiccionales los que deben cumplir con esta obligación.

---

<sup>211</sup> *Ibidem*, página 59, párrafo 201.

<sup>212</sup> *Ídem*, párrafo 202.

En cuanto a la complejidad del asunto dependerá de la situación fáctica y los derechos involucrados en el asunto, al igual que las personas que se vean afectadas. Ciertamente hay asuntos más complejos que otros para resolver y eso influirá en el tiempo que deben tomarse los jueces o magistrados al momento de dar su decisión.

En cuanto a la actividad procesal del interesado, debemos señalar que en todo procedimiento este factor es primordial ya que con las actuaciones que se realicen se entenderá su mayor o menor interés sobre la resolución del asunto en que se ve involucrado, ya que entendemos que en un proceso las partes tienen que dar movimiento al aparato jurisdiccional para que éste opere con mayor rapidez.

Por último, la conducta de las autoridades judiciales es igual o mayor en importancia a la actividad de las partes, ya que son ellas las que deciden sobre cada una de las cuestiones que se plantea y deben hacerlo en el menor tiempo posible.

Aclaremos que estos factores deben ser considerados en su conjunto y no separadamente ya que existe una estrecha relación en cada una de ellas.

- d) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales, individuales y colectivos.

A continuación examinaremos brevemente los elementos del derecho a la tutela judicial efectiva respecto de los derechos sociales en sus ámbitos individuales y colectivos, para concluir con una breve exposición sobre la ejecución de las sentencias. Para el estudio de este tema revisaremos sucintamente los siguientes puntos a la luz de lo que señala la CIDH en el informe que estamos analizando. Veremos el derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de la CADH y la interpretación que de sus derechos hace la Comisión. Posteriormente analizaremos los distintos pero complementarios derechos que componen esta tutela judicial efectiva.

Todo lo que señalaremos sobre la tutela judicial efectiva de los derechos humanos desemboca en palabras de la Comisión que *“el SIDH ha reconocido la necesidad de desarrollar los alcances del derecho a la tutela judicial efectiva por fuera de sus formulaciones clásicas o tradicionales. De esta manera, es posible alcanzar un marco más fuerte de protección para la efectiva vigencia no solo ya, de los llamados derechos civiles y políticos, sino también de los derechos económicos, sociales y culturales.”*<sup>213</sup>

- i) La tutela judicial efectiva en la Convención Americana de Derechos Humanos y sus características.

La CADH establece en los distintos artículos que tratan sobre la materia que existen para el Estado diversas obligaciones sobretodo el número 25 que hemos transcrito más arriba y que junto con el artículo 8 componen nuestro marco jurídico aplicable. En particular el primer artículo citado establece las características que debe tener un mecanismo de protección de derechos para que sea considerado idóneo para dicho fin.

Las características del mecanismo de protección las veremos desde un punto de vista jurisprudencial, como lo es este informe que hemos estado analizando, como también desde un punto de vista doctrinario en la voz del profesor argentino Calogero Pizzolo que trata el tema en un congreso sobre derechos humanos.

- i.a) Características desde el punto de vista doctrinario.

*“La lectura de la normativa involucrada nos permite inferir (...) la existencia de un “recurso” que cumple la función de garantía para los derechos reconocidos por la Convención.”*<sup>214</sup>

---

<sup>213</sup> Ibidem, página 87, párrafo 295.

<sup>214</sup> PIZZOLO, Calogero, “Los Mecanismos de Protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Interno de los Países Miembros. El Caso Argentino.” Ensayo publicado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho

Para que el mecanismo de protección sea considerado idóneo es necesario que se cumplan con ciertas características que buscan un mayor resguardo del derecho. Estas características según Pizzolo son: 1) Efectividad; 2) Sencillez; 3) Brevedad. Incluimos a las características ya señaladas una cuarta que se refiere a la integralidad del mecanismo. Veamos a continuación cada una de ellas.

a) Efectividad.

El mecanismo de protección de los derechos que establecen los distintos tratados debe ser efectivo. Con esto nos referimos a que debe existir la posibilidad cierta de que el caso de que se trate llegue efectivamente ante los tribunales de justicia.

En palabras del autor señalado, el mecanismo debe gozar de la *“posibilidad cierta que posee éste de llegar con su reclamo frente al órgano judicial competente para resolver sobre la pretensión planteada. En definitiva, desde este punto de vista, el recurso eficaz no hace otra cosa que garantizar a toda persona el derecho de acceso a la jurisdicción.”*<sup>215</sup>

Todo esto puede resumirse en que el derecho que se ve tutelado por el mecanismo debe tener acceso a la revisión de la situación por parte de un tribunal. La idea es que no existan problemas de orden político o jurídico para que el caso sea examinado por la judicatura y que, al final de cuentas, resolverá el asunto con fuerza de cosa juzgada.

Sabemos que una de las grandes facultades que tienen los tribunales de justicia es la de imperio la que se traduce en la posibilidad de usar la fuerza pública en caso de que no se cumpla por el condenado lo que se ha ordenado. Que mayor efectividad que tener ese respaldo para los derechos humanos.

---

Constitucional. Ricardo Méndez Silva, coordinador. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pág. 506.

<sup>215</sup> Ibidem, Pág. 507.

Concluimos que para que exista un mecanismo de protección de los derechos es necesario un recurso o acción que permita al titular del derecho infringido o no reconocido acceder a la justicia sin intervención de otro tipo que le entorpezca el llegar al tribunal y permitir que un Juez resuelva el asunto que se le presenta.

b) Sencillez.

El recurso o acción judicial debe ser sencillo. Con esto nos referimos a que el mecanismo no debe ser tan formalista que impida el pleno ejercicio del derecho a la protección del derecho humano. Es necesario que la acción sea expedita, sin trabas de orden procesal para que pueda cumplir con su propósito de resguardar los derechos sociales.

*“Ser sencillo implica, creemos, en una acepción primaria, despojar del recurso de cualquier “rigorismo formal”, o sea no subordinar su procedencia a requisitos procesales demasiados estrictos que puedan llegar a poner en duda la eficacia mismo del recurso”<sup>216</sup>*

Existe una estrecha relación entre esta característica y la que vimos precedentemente, en cuanto a que no puede haber una debida efectividad del recurso si este contiene trabas procesales que impidan llegar a un pronunciamiento del juez que conozca de la causa. En este sentido, Pizzolo señala que *“Podemos conjugar, pues, eficacia con sencillez y concluir que un recurso sencillo será aquel donde la formalidad requerida para su procedencia no llegue a afectar su eficacia, es decir la función de vehículo que ejerce el recurso entre el justiciable y el juez competente.”<sup>217</sup>*

---

<sup>216</sup> Ídem.

<sup>217</sup> Ídem.

c) Brevedad.

El mecanismo de protección de los derechos humanos debe ser breve. Se trata de una característica común a todo proceso incoado. Grandes reformas en los procedimientos de los Estados, y también en el nuestro, han consagrado el principio del que hablamos ahora. La idea de que el mecanismo sea breve busca que no se dilate la intervención del órgano jurisdiccional de manera tal que afecte más aun el derecho que se busca tutelar y otros que pueden relacionarse con éste.

Señala Pizzolo que “...se requiere que el recurso sea breve. Pensamos que ello apunta a la necesaria rapidez con que el órgano jurisdiccional debe sustanciar la “pretensión”, de manera de tal que ésta no se “disuelva” en el tiempo con el consiguiente perjuicio para su titular.”<sup>218</sup>

La idea central de que el mecanismo sea breve es que el tiempo que transcurra entre la afectación del derecho y la resolución del tribunal sea lo más corto posible y no vulnere otros derechos humanos. Si no comprendiéramos el mecanismo de esta forma los recursos y acciones que se crearan para salvaguardar los derechos humanos se convertirían en una forma de transgresión de los mismos, siendo el Estado a través del poder judicial.

d) Integralidad.

Con Integralidad nos referimos a que el mecanismo de protección debe ser íntegro, debe resguardar todos los derechos humanos que se vean afectados por una determinada acción u omisión de un particular o del mismo Estado. Queremos decir que aunque el recurso se presente por la vulneración de un derecho determinado debemos aplicar principios de interpretación amplios, en el sentido de que el juez se pronuncie no sólo respecto del derecho que se reclama sino otros que se ven afectados de forma accesoria.

---

<sup>218</sup> Ídem.

Se trata de que no se restrinja el dictamen del juez a un solo derecho dejando de proteger a los demás que se ven afectados. Con esto creemos que el impulso procesal y las materias de que se pronunciará el fallo, debería ser del juez de la causa sin limitarlo por razones formalismo procesal ni por ultrapetitia.

Debemos, para poder fundamental esta característica, recordar que los derechos humanos no se encuentran encasillados en grupos y tampoco se trata de derechos aislados, sino que éstos se interrelacionan con otros derechos humanos y muchas veces afectándose uno de ellos se comprometen otros.

Como ejemplo de esta situación de interrelacionalidad entre los derechos humanos daremos el caso de la vivienda adecuada y las personas “en situación de calle” ya que nos parece apropiado para explicar mejor lo que tratamos de exponer. Una persona que no cuenta con un lugar donde habitar ni pernoctar y debe hacerlo en un lugar que no se encuentra habilitado para dicho fin como lo son los lugares públicos (calles, plazas, puentes o caletas, caminos, etc.), se encuentra en una situación de desventaja en relación con otros derechos. Así, muchas de estas personas sufren de problemas de salud que claramente se ven afectados por las condiciones de bajo higiene en que habitan. Así vemos como el derecho a la salud se ve vulnerado correlativamente junto con el derecho a la vivienda. Algo similar ocurre con el derecho a la educación en que muchas de estas personas no tienen acceso hacia ella. Lo mismo ocurre con los trabajos formales ya que al carecer de domicilio, como lo comprendemos generalmente, no son contratados y sólo efectúan trabajos de manera esporádica y temporal.

Así, creemos que el mecanismo de protección de los derechos debe ocuparse de todos ellos que se vean afectado por una misma situación, resolviendo con fuerza de cosa juzgada de una sola vez, sin necesidad posterior de iniciar un nuevo procedimiento para resguardar otro derecho.

i.b) Características desde la Jurisprudencia de la CIDH.

El informe que hemos venido analizando señala que para considerar un medio de protección de los derechos como idóneo y que los tutele efectivamente la CADH debe ser considerado como una obligación para el Estado de proveerlo conjugando las características que establece en dicho documento.

*“La Convención Americana a) establece una obligación estatal de crear un recurso sencillo y rápido, primordialmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos, para la tutela de “derechos fundamentales” contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley; b) exige que el recurso sea efectivo; c) estipula la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo; d) exige al Estado asegurar que el recurso será considerado; e) señala que el recurso debe poder dirigirse aún contra actos cometidos por autoridades públicas, por lo que el recurso también es susceptible de ser dirigido contra actos cometidos por sujetos privados; f) compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial; y g) establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso.”<sup>219</sup>*

Como vemos, este párrafo que hemos transcrito viene en resumir todo aquello que hemos estudiado respecto de la jurisprudencia de distintos casos de que ha conocido la Comisión y la Corte IDH.

Por ahora nos importa analizar la obligación de proveer recursos sencillos, rápidos y efectivos, y en este sentido la Comisión distingue dos caracteres: uno normativo y otro empírico.

Con el primero de estos caracteres nos referimos a la idoneidad del recurso y a la potencialidad de éste para resguardar efectivamente los derechos vulnerados, proveyendo los medios necesarios para remediar dicha situación.

---

<sup>219</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Óp. Cit. Pág. 70, párrafo 241.

*“El primero de los aspectos mencionados se vincula con la llamada "idoneidad" del recurso. La "idoneidad" de un recurso representa su potencial "para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla"<sup>189</sup>, y su capacidad de "dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos". (...)Para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo [25] no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención”<sup>220</sup>*

El segundo carácter es el empírico que, como su nombre lo dice, se refiere a la aplicación práctica del recurso, no convirtiéndose en un medio meramente ilusorio que no lleve a ningún resultado en la realidad, es decir, que no quede sólo en las ideas o las palabras de la ley o norma que lo establezca sino que se vean sus resultados prácticos.

*“Hace a las condiciones políticas e institucionales que permiten que un recurso previsto legalmente sea capaz de "cumplir con su objeto" u "obtener el resultado para el que fue concebido". En este segundo sentido, un recurso no es efectivo cuando es "ilusorio", demasiado gravoso para la víctima, o cuando el Estado no ha asegurado su debida aplicación por parte de sus autoridades judiciales.”<sup>221</sup>*

En resumidas cuentas para que un recurso de protección de derechos sea adecuado y cumpla con dicho objeto es necesario que tanto en la norma escrita como en la práctica se cumpla con la debida protección de los derechos vulnerados, llegando a un resultado apreciable en la realidad y no quedarse solamente en la norma.

---

<sup>220</sup> Ibidem, pág. 72, párrafos 246 y 247.

<sup>221</sup> Ibidem, página 74, párrafo 251.

- ii) Tutela judicial efectiva en afectaciones colectivas e individuales de derechos humanos.

Para apreciar los elementos que componen la tutela judicial efectiva debemos distinguir sobre afectaciones colectivas e individuales de derechos humanos, tal como lo plantea la CIDH en su informe.

- ii.a) Tutela judicial efectiva ante afectaciones colectivas de derechos humanos.

Sabemos y lo hemos señalados varias veces en la presente Memoria de Prueba que los derechos sociales afectan a categorías sociales carenciadas en ciertos bienes y servicios básicos y tienen un marcado carácter colectivo y por ello es necesario referirse a este tema.

*(...) es indudable que los derechos sociales tienen una dimensión colectiva y, por ello, su vulneración suele presentarse como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados.*<sup>222</sup>

Es necesario para poder cumplir con esta necesidad implícita de los derechos sociales que la acción o mecanismo que se cree por parte del Estado pueda ser activada por grupos de personas vulneradas y por ende, no basta con las antiguas acciones judiciales individuales.

*“De esta manera, un componente esencial de la exigibilidad de los derechos en la justicia es la posibilidad de contar con este tipo de acciones de representación de intereses públicos o colectivos, cualquiera sea su diseño procesal.(...) Los supuestos antes mencionados demandan necesariamente del diseño y puesta en práctica de mecanismos del litigio colectivo son aquellos casos en los que la titularidad de un derecho, corresponde a un sujeto plural o colectivo, o en los que el derecho requiere necesariamente formas de ejercicio colectivo. En estos casos, a*

---

<sup>222</sup> Ibidem, página 78, párrafo 268.

*fin de reclamar protección judicial, es preciso que alguien pueda invocar la afectación grupal o colectiva, y no sólo la afectación individual. En sentido similar, es necesario que alguien esté en condiciones de reclamar un remedio de carácter colectivo, y no sólo uno que se agote en el alcance individual. De lo contrario, el recurso no podrá ser considerado efectivo.”<sup>223</sup>*

Según lo dicho precedentemente es necesario o es requisito del mecanismo de protección de derechos que este contemple una faceta colectiva atendida la naturaleza de los derechos sociales ya que muchas de las veces se vulneran a un grupo de la población como ocurre y nos señala el informe analizado respecto de las comunidades indígenas y que ya mencionamos más arriba. En estos casos, ya que el que reseñamos no es el único, las acciones planteadas tenían como fundamento la vulneración de derechos que afectaba a toda la comunidad y no a un solo individuo.

*“En este orden de ideas, un claro ejemplo de titularidad colectiva es el derecho a la tierra ancestral de las comunidades indígenas. Este derecho carece de todo sentido en caso de ser subdividido en porciones de propiedad asignadas a individuos: la condición para la preservación de la identidad del pueblo es la titularidad y goce común del derecho a la tierra.”<sup>224</sup>*

Sería ilógico exigirles a las comunidades indígenas que exigieran sus derechos a la tierra de forma individual siendo que se trata de un problema común a todos sus integrantes y va más allá de la concepción que el Estado actual tiene de la propiedad como derecho individual. Así, existen otras situaciones que aún no se han planteado ante la Comisión pero que creemos que con el tiempo así será, que contemplarán otros tipos de derechos con titulares colectivos y podremos apreciar con mayor fuerza la importancia del ámbito colectivo de los derechos sociales.

---

<sup>223</sup> Ibidem, página 79, párrafo 269.

<sup>224</sup> Ídem, párrafo 272.

ii.b) Tutela judicial efectiva ante afectaciones individuales de derechos humanos.

Con este punto queremos señalar que no es necesario pertenecer a un determinado grupo social o étnico para poder exigir al Estado el derecho social que se trate. No sería justo ponerle trabas a los afectados de cumplir cierto número de integrantes en su demanda o acción para que sea conocido por los tribunales.

En este sentido, es aplicable todo aquello que hemos hablado más arriba sobre casos individuales de afectación de derechos para lo cual nos referimos expresamente a ellas.

iii) Ejecución de las sentencias sobre derechos humanos.

A continuación analizaremos brevemente el tema de los mecanismos de protección de derechos humanos y su ejecución una vez resuelto por el tribunal que ha conocido del asunto. Como todo procedimiento ante un órgano jurisdiccional es necesario no tan sólo que se dicte sentencia definitiva que zanje lo que se ha discutido durante el proceso sino que es fundamental que lo resuelto se cumpla. Sabemos que una sentencia condenatoria puede ser cumplida por la mera voluntad del condenado o por la fuerza. Nos interesa aquí conocer el segundo de estos aspectos.

La CIDH en este punto considera esencial que lo resuelto se cumpla ya que si no caeríamos en un problema de falta de efectividad del mecanismo, convirtiéndolo en una mera ilusión de recurso idóneo.

*“Si las sentencias se tornan inoperantes por falta de un diseño adecuado de los procedimientos judiciales, se constituye un típico caso de carencia de recurso judicial adecuado y efectivo para la tutela de un derecho. Así, un recurso puede resultar inefectivo para tutelar un derecho social cuando no se prevé un mecanismo de ejecución de sentencias idóneo para superar los problemas típicos que suele verificarse en esta instancia procesal con las sentencias que imponen al Estado*

*obligaciones de hacer. Frente a situaciones del tipo, tanto la CIDH como la Corte IDH han reconocido la relevancia de avanzar en este aspecto del recurso judicial efectivo.”<sup>225</sup>*

Así la importancia de la ejecución de las sentencias, no sólo en el ámbito de los derechos humanos, tiene una importancia fundamental más allá de la efectividad de los mecanismos de protección sino que constituye un elemento primordial del Estado de Derecho ya que por medio de dicho cumplimiento se aplica definitivamente la Constitución y las leyes que contienen los derechos de todas las personas, al igual que la organización misma del aparato estatal y poder que reside en él.

Ahora, lo importante es analizar el hecho de la ejecución de las sentencias respecto del Estado, es decir, cuando obligan a éste a una determinada prestación como ocurre principalmente en el caso de los derechos sociales. Lo que se busca por la Comisión es evitar que el órgano estatal que debe cumplir con la sentencia no lo haga utilizando ciertos privilegios o prerrogativas que se le otorgan por el ordenamiento jurídico interno.

*“cuando un órgano del Estado no quiere cumplir una manda judicial que le ha sido desfavorable puede tratar de desconocer el mandato judicial mediante su inobservancia pura y simple, u optar por métodos más o menos elaborados que conduzcan al mismo objetivo de incumplir la sentencia, pero tratando de darle cierta apariencia de validez formal a su proceder”<sup>226</sup>*

Nos es ilustrativo el “Caso César Cabrejos Bernuy”. En este caso se denunció al Estado peruano de incumplir las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que ordenaron, cada una de dichos tribunales, la reincorporación del Señor Cabrejos Bernuy al cargo de Coronel de la Policía Nacional del Perú. En cada una de estas ocasiones se reintegró el peticionario a la

---

<sup>225</sup> Ibidem. Página 88, párrafo 297.

<sup>226</sup> Ibidem, página 89, párrafo 300.

mencionada institución siendo pasado a retiro de forma inmediata, reproduciendo en ambas oportunidades el respectivo acto administrativo.

*“Tal actitud de la Policía Nacional del Perú constituye una burla al Poder Judicial y hace absolutamente innecesario exigirle a la víctima que siga intentando a perpetuidad recursos judiciales que, como está probado, no le han reparado su situación.”<sup>227</sup>*

La Corte IDH al respecto ha señalado en uno de sus fallos que la efectividad de los recursos sobre derechos humanos y en especial de los derechos sociales radica en la ejecución. Si no se ejecuta lo resuelto por el Tribunal el procedimiento mismo carece de importancia, las discusiones y las apreciaciones del órgano judicial no tienen mayor valor que el que se puede apreciar de su lectura. Es tarea del Estado, por lo tanto, garantizar que lo decidido se cumpla.

*“La responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas (...) el Tribunal ha establecido que [l]a efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento (...) El derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes”<sup>228</sup>*

Por último, la Comisión por medio de su informe nos señala que no basta que se cumpla con la sentencia sino que esta ejecución debe ser inmediata ya que un retraso en este sentido puede vulnerar más aún los derechos que se buscan tutelar.

---

<sup>227</sup> Ídem.

<sup>228</sup> Ibidem, página 96, párrafo 320.

*"el retraso en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que permita un deterioro a la esencia misma del derecho a un recurso efectivo y, por consiguiente, también cause una afectación al derecho protegido en la sentencia. Las normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias",<sup>229</sup>*

Concluyendo este apartado podemos establecer que la tutela judicial efectiva de los derechos incluye necesariamente la ejecución de lo resuelto por el tribunal, siendo parte integrante de éste derecho. No se agota la tutela con la sentencia, sino que es necesario su posterior cumplimiento y aplicación ya que sin ella el derecho que se busca proteger o resguardar queda vulnerado de la misma manera. La última exigencia de la tutela efectiva es que dicho cumplimiento se lleve a cabo de inmediato atendido que el retraso de éste puede afectarlo aún más.

##### 5.-Mecanismo de protección en nuestro país.

Corresponde ahora estudiar el Mecanismo que contempla nuestra Constitución para la protección de los derechos humanos y contrarrestarlo con lo que se ha dicho sobre el mecanismo idóneo para un debido resguardo de los derechos para determinar si cumple con los requisitos para tenerlo como tal o si requiere de cambios en su estructura para llegar a serlo. Advertimos que no siendo la finalidad de la presente investigación, sólo veremos brevemente este tema, sin mayor análisis.

Los dos grandes mecanismos de protección de los derechos humanos en nuestro ordenamiento constitucional son el "Recurso de Protección" también denominado por algunos autores como "Acción de Protección" y el "Recurso de Amparo" y se encuentran consagrados en los artículos 20 y 21 de la Constitución Política de la República de Chile,

---

<sup>229</sup> Ibidem, página 97, párrafo 321.

respectivamente. En cuanto al Amparo no nos referiremos ya que tiene como finalidad resguardar la libertad personal de los particulares y no a otros derechos.

El Recurso de Protección se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución, disponiendo lo que sigue:

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

*Procederá, también, el recurso de protección en el caso del No. 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”*

Esta disposición en líneas generales *“permite ocurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva para que se restablezca el imperio del derecho y se asegure la debida protección del afectado, cuando éste ha sufrido, por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías (...),”*<sup>230</sup>

---

<sup>230</sup> PFEFFER Urquiaga Emilio, “Naturaleza, Características y Fines del Recurso de Protección.” Trabajo integrante de “Acciones Constitucionales de Amparo y Protección: Realidad y Prospectiva en Chile y América Latina” editor: Humberto Nogueira Alcalá, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2000, pág. 150.

La finalidad del Recurso de Protección es poner un remedio rápido y eficaz a las vulneraciones de los derechos humanos que se cometan en el territorio de la República de Chile, siendo los Ministros de las Cortes de Apelaciones los encargados de restablecer el derecho al afectado.

La gran diferencia que se hace en nuestro ordenamiento jurídico constitucional respecto de los derechos fundamentales consagrados en la carta magna se refiere a su protección. En los diversos numerales del artículo 19 de la Constitución se establecen los derechos que nuestro ordenamiento considera como fundamentales, no hace diferencias, como lo hacen otras constituciones (como es el caso de la Española que los clasifica) sino que sólo los enumera y entrega las características de cada uno de ellos con un campo mínimo de aplicación, los cuales se desarrollan en leyes de menor jerarquía.

El artículo 20 de la Constitución Chilena, arriba transcrito, señala taxativamente los derechos que se ven tutelados por la acción de protección. Debemos acotar que se refiere sólo a derechos que se han garantizado expresamente en el artículo anterior de la Carta Fundamental, dejando fuera la gran cantidad de derechos que se establecen en los Tratados Internacionales, en especial los que se refieren a derechos económicos, sociales y culturales.

Más aún, el recurso de protección se ve limitado a ciertos derechos civiles y políticos no contemplando aquellos derechos sociales básicos que enumera, como lo son la salud, la educación y el trabajo. Respecto de este último debemos acotar que sólo se resguardan ciertos alcances de éste, en cuanto a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación.

Para solucionar el problema de la taxatividad del Recurso de Protección, los tribunales de justicia, en este caso las Cortes de Apelaciones, han extendido el alcance del derecho de propiedad incluso a bienes incorporales como lo son los derechos, en este caso derechos humanos.

En este sentido Pfeffer señala que *“Sin perjuicio de que, en general, nuestros tribunales han aplicado con cierta latitud esta limitación (con esto se refiere a la enumeración taxativa del artículo 20), haciendo una interpretación extensiva del concepto de propiedad sobre bienes incorporeales y por esa vía han brindado protección a derechos a garantías no incluidos en dicha enumeración, resulta imprescindible ampliar el espectro de derechos susceptibles de amparar por esta acción constitucional.”*<sup>231</sup>

A opinión del autor citado es necesario que el número de derechos tutelados por el recurso sea mayor y resguarde otros tipos de derechos, no siendo necesaria dicha interpretación extensiva del derecho de propiedad.

En cuanto a las características de los mecanismos de protección de los derechos humanos que vimos anteriormente, esto es, efectividad, sencillez, brevedad, integralidad y no ser ilusorio, y nuestro Recurso de Protección, debemos señalar a grandes rasgos que cumple con las características estudiadas pero no en una medida completa.

Respecto de la *efectividad* del Recurso, podemos decir que en cuanto se trata de derechos civiles no existe problema alguno, siempre que se ve afectado un derecho de esta clase la acción cumple su finalidad. Por otro lado, tratándose de derechos sociales el recurso se ve limitado por la taxatividad de su consagración constitucional y es necesario adscribirlo a derechos como la propiedad o a la vida, como ocurre en el caso del derecho a la salud.

Creemos que el Recurso de Protección no resguarda efectivamente los derechos sociales, no permite nuestro ordenamiento constitucional su efectivo acceso a la justicia y en este sentido debe ser modificado, buscando la forma de ampliar el catálogo de derechos protegidos por la acción constitucional que estudiamos o formular nuevas acciones que lo permitan.

---

<sup>231</sup> PFEFFER, Op. Cit. Pág. 150.

La segunda característica que debe tener un mecanismo de protección de los derechos humanos es la *sencillez* y esto se refiere a la falta de rigormos procesales que debe tener. Sabemos que el Recurso de Protección es bastante sencillo en su aplicación y que no tiene mayores trabas para su conocimiento.

La tercera característica que vimos fue la de la *brevidad*, lo que se refiere a la duración de la vista del asunto que se somete al Tribunal. Sabemos que la duración propiamente tal del Recurso es bastante corta pero en general, con la gran cantidad de recursos que se deben ver por cada Corte de Apelaciones, el tiempo se incrementa de manera considerable lo que afecta directamente el derecho que se quiere tutelar.

La cuarta característica es la *integralidad* del recurso o mecanismo de protección y señalamos, en su oportunidad, que esto se refiere a que se debe resguardar todos los derechos humanos que se vean vulnerados por una determinada acción u omisión. Esta característica no se cumple a cabalidad dentro de lo que es nuestro Recurso de Protección, ya que por lo general las sentencias que recaen sobre él se enmarcan en lo que se solicita por el recurrente, siguiendo el principio general en nuestra legislación.

Por último, el mecanismo de protección de los derechos humanos debe ser real y *no ilusorio*, con esto queremos decir que éste llegue a algún resultado concreto. No basta con que exista y permita el acceso a la justicia para resguardar los derechos sino que es necesario que los proteja, dando una solución y restableciendo el imperio del derecho en el caso que se le presenta. En lo que respecta al Recurso de Protección, debemos decir que en cuanto a los derechos civiles, el recurso cumple con su función, esto es, los protege de una manera real y cierta. Sin embargo, en lo que es derechos sociales el Recurso por las limitaciones que hemos visto, no es apropiado para protegerlos, y se convierte en un medio ilusorio ya que aunque se interpusiera con ese fin, sería rechazado por no estar contemplado en los derechos que consagra el artículo 20 de la Constitución.

Para concluir esta sucinta revisión del Recurso de Protección debemos señalar que falta que se incorporen todos los derechos humanos y que no se siga rigiendo por una

enumeración de éstos ya que, como lo hemos visto dicha situación dista bastante con lo que debe entenderse por mecanismo idóneo para la protección de los derechos humanos en nuestro país.

## ***B) Aplicación y Exigibilidad del derecho a una Vivienda Adecuada en particular.***

### ***I.- Antecedentes del Tema.***

El derecho a una vivienda adecuada es aquel que tiene toda persona para adquirir u obtener del Estado un lugar donde residir y que se encuentre apto para una digna existencia para la persona y su grupo familiar.

Se trata de un derecho social enmarcado en el derecho a un nivel de vida adecuado que contempla el derecho a la alimentación, vivienda y vestuario adecuados.

Se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 11.1, el cual ya analizamos en la segunda parte, vimos sus alcances y ahora nos corresponde estudiar la aplicación del derecho propiamente tal, y esto lo haremos a la luz de lo visto en esta tercera parte, viendo las obligaciones que emanan del derecho y que el Estado se ve en la situación de cumplirlas.

Para esto, dejaremos fuera las discusiones sobre si los derechos económicos, sociales y culturales son derechos propiamente tales o son meras consideraciones políticas o declaraciones de buena voluntad por parte de los Estados. Diremos abiertamente que estos derechos son tales al igual que los derechos civiles y políticos y que, por lo tanto, son plenamente exigibles. El derecho a la vivienda adecuada, al ser un derecho social, es exigible frente al Estado y para ello analizaremos sus obligaciones.

Parte de este capítulo también es dar una reseña muy simple de lo que es el acceso a la vivienda en nuestro país desde dos puntos de vista: el administrativo en que se tratarán los temas de Subsidios Habitacionales y los Fondos Solidarios de Vivienda, y el punto de vista judicial, donde analizaremos el derecho a la vivienda desde la perspectiva del “Recurso de Protección”.

## ***II.- Obligaciones que genera el Derecho a la Vivienda***

En lo que sigue veremos las obligaciones que emanan de todo derecho humano enfocado específicamente al derecho a la vivienda adecuada. Para esto utilizaremos los modelos sobre obligaciones estudiados más arriba y los que nos señala el Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre la materia por medio de su “Folleto Informativo N° 21, El Derecho Humano a una Vivienda Adecuada.”<sup>232</sup> Las citas que a continuación se hacen corresponden a dicho instrumento excepto de aquellas que tienen su fuente particular y que mencionarán en su oportunidad.

### **i. Obligación de Reconocimiento y Promoción del derecho a la Vivienda**

En primer lugar, todos los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, deben reconocer que el derecho a una vivienda adecuada tiene la calidad de derecho humano al igual que el derecho a la vida y los demás derechos humanos. *“todos los países deben reconocer que la vivienda tiene una dimensión de derecho humano y asegurarse de que no se adopten medidas de ninguna clase con intención de menoscabar la condición jurídica de ese derecho.”*

En segundo lugar, las medidas legislativas junto con las políticas adecuadas para la realización progresiva del derecho a la vivienda forman parte de la obligación de reconocer. Y por lo tanto *“Debe revocarse o modificarse toda ley o política en vigor que sea contraria*

---

<sup>232</sup> [http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs21\\_sp.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs21_sp.htm) página visitada por última vez con fecha 28 de mayo de 2010.

*al derecho a una vivienda adecuada. Las políticas y leyes no deben tener por objeto beneficiar a los grupos sociales que ya se hallen en una situación más favorecida a costa de los que viven en condiciones menos favorables.”*

En cuanto a la política de los Estados, ésta debe reconocer que el derecho a una vivienda adecuada es un objetivo primordial para el pleno desarrollo de sus nacionales. *“Las cuestiones relativas al derecho a la vivienda deben ser parte de los objetivos generales de los Estados en materia de desarrollo. Además, debe adoptarse una estrategia nacional encaminada a la realización progresiva del derecho a la vivienda para todos mediante el establecimiento de metas concretas.”*

En tercer lugar, la obligación de reconocimiento busca que cada Estado diagnostique y evalúe el estado en que se encuentra su población respecto del derecho a la vivienda. *“los Estados deben adoptar medidas para evaluar el grado en que la población ya disfruta de este derecho al momento de procederse a la ratificación.”*

*“Más importante aún, los Estados deben esforzarse por determinar en qué medida este derecho no está vigente, y elaborar políticas y leyes de vivienda para que todos puedan disfrutar de él lo antes posible. Los Estados deben asignar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, acordándoles especial atención.”*

El derecho a la vivienda adecuada también genera para el Estado la obligación de promoverlo. Ésta pone al aparato estatal en la necesidad jurídica de crear por distintos medios las condiciones necesarias para que el derecho se realice completamente. Dentro de la promoción debemos estudiar los distintos medios con el Estado cumple con dicha obligación.

Los medios a los cuales nos referimos son especialmente legislativos y administrativos. El principal deber del Estado para cumplir con el Derecho es redactar normas jurídicas que lo reconozcan, que le den un marco jurídico aplicable, que considere

las formas en que se haga efectivo y las características que lo diferencien de otros derechos. También requiere de normas que indiquen las consecuencias de su incumplimiento por parte del Estado, tema que abarcaremos más adelante.

Por medio de las leyes se busca darle una existencia legal al derecho, una existencia positiva y, de esta forma, hacer nacer en la conciencia colectiva que son titulares del derecho y que se pueden exigir al deudor, que en estos casos es el Estado.

## **ii. Obligación de Respetar el derecho a la Vivienda**

En segundo lugar, el derecho a una vivienda adecuada debe ser respetado por el Estado. Consiste en una obligación negativa de abstención. Los agentes del Estado se ven compelidos a no vulnerar el derecho de que estamos hablando.

Así, el Estado se ve obligado a no infringir el derecho, y vemos también que el derecho tiene una faceta negativa que consiste en no hacer algo, dejando en claro, nuevamente, que la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales ha quedado obsoleta.

La obligación de respetar busca en definitiva que no sean los Estados ni sus agentes los que afecten el derecho a una vivienda adecuada por medio de actividades oficiales. *“(...) implica que los gobiernos deben abstenerse de toda medida que impida a la población satisfacer este derecho por sí misma cuando está en condiciones de hacerlo. Muchas veces, para respetar este derecho, basta que el gobierno se abstenga de ciertas prácticas y se comprometa a facilitar la autoayuda de los grupos afectados.”*

En cuanto a los desalojos forzados, el Folleto señala que los Estados no pueden ejecutar o promover dichas prácticas.

El Estado no debe intervenir en la forma de construir la vivienda si los pobladores se encuentran en la posibilidad de cumplir por sus propios medios.

*“Los Estados deben respetar el derecho de la población a construir sus propias viviendas y a ordenar el medio ambiente en la forma que se adapte de modo más efectivo a su cultura, capacidad, necesidades y deseos. Respetar el derecho a la igualdad de trato, el derecho a la vida privada en el hogar y otros derechos afines también son parte del deber del Estado de respetar el derecho a la vivienda.”*

### **iii. Obligación de Protección del derecho a la Vivienda**

En tercer lugar, el derecho a una vivienda adecuada requiere del Estado la obligación de proteger, es decir, el aparato estatal debe evitar las vulneraciones del derecho que puedan sufrir particulares en manos de otros particulares.

Aquí la obligación no queda muy clara puesto que podría confundirse con obligaciones que emanan de otros derechos humanos y en especial al derecho de propiedad.

Veamos el siguiente ejemplo: una persona X sufre en su vivienda la usurpación de parte importante del inmueble por otra persona Y. En este caso X tiene derecho de recurrir frente al Estado para que lo proteja y para que en definitiva, obligue a Y a restituir lo usurpado.

En otra situación nos encontraríamos si X al recibir su vivienda se percatara que no contiene los requisitos para una adecuada existencia pudiendo recurrir ante el Estado para que éste compela a quien proporcionó el inmueble para que concluya el trabajo en conformidad a dichos requisitos.

Podemos ver entre los dos ejemplos la diferencia entre los dos derechos. En el primer caso, se trata claramente del derecho de propiedad que se encuentra afectado y que

se refiere al inmueble en sí, en su conjunto y como estructura. En el segundo ejemplo, se denota claramente el derecho a la vivienda adecuada, puesto que se refiere a la calidad de la residencia, en cuanto a su adecuación para los fines de desarrollo personal que tiene la vivienda y que como vimos también puede ser exigido al Estado cuando es éste el que ha infringido la obligación.

En los dos casos expuestos existe la misma obligación de proteger a sus particulares de otros particulares, ya sea en un derecho civil como es el derecho de propiedad, ya sea en un derecho social como es el derecho a la vivienda adecuada. Esta semejanza pone de manifiesto que las antiguas diferencias entre las clases de derechos no tienen valor en el fondo, sino que reafirmamos que se trata sólo de una simple clasificación con fines ordenatorios.

Esta obligación, a diferencia de la anterior, se refiere a que el Estado debe evitar que el derecho se vea vulnerado por terceros y para ello debe adoptar medidas tendientes a dicho fin.

*“Si de todas maneras se producen violaciones, las autoridades deben impedir nuevos abusos y garantizar a los interesados el acceso a los recursos jurídicos que permitan reparar los daños.”*

Respecto de los desalojos forzosos el Folleto tiene una especial mención señalando que *“los gobiernos deben adoptar medidas inmediatas a fin de conceder a todas las personas y familias de la sociedad la seguridad jurídica de la tenencia en caso de que no cuenten con esa protección”*

Se refiere también esta obligación a los gastos que deben realizar los particulares sean proporcionales a los ingresos que tengan y que dicho dilema no se impida para lograr el cumplimiento del derecho.

*“Conviene establecer un sistema de subsidios de vivienda destinado a los sectores que no estén en condiciones de hacer frente al costo de una vivienda adecuada, así como para proteger a los inquilinos ante los aumentos injustificados o esporádicos del alquiler.”*

#### **iv. Obligación de garantía o de “acceso a la vivienda”**

En cuarto lugar, debemos considerar al derecho a la vivienda adecuada como derecho prestacional en sentido estricto, es decir, de aquellos que Alexy también denomina derechos sociales fundamentales. Conlleva, o mejor dicho, es de la naturaleza del derecho la prestación positiva por parte del Estado, esto es, la prestación de un bien determinado, que en este caso se trata de una vivienda.

Lo que caracteriza al derecho a una vivienda adecuada es la obligación de garantizar el acceso de las personas al bien vivienda.

Debe entenderse el derecho a la vivienda como un derecho que en su esencia genera la obligación para el Estado de conceder u otorgar a sus particulares una residencia donde puedan desarrollarse como personas tanto en lo material como en lo espiritual.

No basta que el Estado cumpla con el hecho de proporcionar un lugar donde residir o habitar sino que dicho lugar debe ser adecuado para los fines de desarrollo personal de cada uno de sus particulares.

Desde este punto de vista, una vivienda que no cumpla con los requisitos de adecuación, no está cumpliendo con la obligación estatal. Por lo pronto, puede afirmarse que si la vivienda es inadecuada, se está incumpliendo con la obligación que genera el derecho. En este caso puede exigirse al Estado que cumpla totalmente con la obligación.

Podemos decir, por lo tanto, que la obligación de garantizar el acceso al derecho de una vivienda adecuada tiene dos requisitos copulativos:

- a) El primer requisito consiste en que el Estado debe proporcionar un lugar donde sus particulares, cada uno de ellos, puedan residir o habitar.
- b) El lugar proporcionado por el Estado para que sus particulares habiten debe ser adecuado, esto es, debe permitir o propender al íntegro desarrollo de la persona humana.

Basta que no se cumpla con uno de estos requisitos para que el Estado se encuentre en la situación de incumplimiento del derecho a la vivienda, en cuanto a obligación de acceso a la vivienda adecuada.

Por último, los Estados Partes se encuentran en la necesidad jurídica de cumplir efectivamente con el derecho. Se trata, a diferencia de las obligaciones anteriores, de una obligación positiva, donde el Estado se ve compelido a prestar un servicio o proveer de un determinado bien a sus nacionales.

*“En esta categoría, en particular, se plantean cuestiones de gastos públicos, reglamentación gubernamental de la economía y mercados de terrenos, provisión de servicios públicos e infraestructuras afines, redistribución del ingreso y otras obligaciones positivas.”*

Puede decirse que la obligación de realizar se encuentra condicionada a los recursos de que disponga un determinado Estado, no sólo de los que se generen dentro de él sino también aquellos que se pueden obtener por medio de la cooperación internacional. Generalmente Implica la construcción de nuevas viviendas solventadas enteramente por el aparato estatal o subsidiadas por éste cuando el particular no pueda adquirirlas por sí mismo, pero también se han ideado nuevas técnicas en el cumplimiento de esta obligación.

Así podemos enunciar otras formas de cumplir con este derecho como lo es el arriendo que hace el Estado del inmueble a aquellas personas que carecen de una vivienda y en casos más extremos puede llegar a prestarse dicho bien en comodato.

La experiencia internacional, sobre todo la de países europeos, nos enseña que dichas formas de cumplimiento son viables y sustentables. Un caso paradigmático es el de Alemania y su sistema de Movilidad Habitacional en él se conjuga el arriendo como forma de proveer la vivienda a los grupos más desfavorecidos económicamente. El inmueble es entregado en arriendo al particular en cánones más bajos que los del mercado.

### ***III.- Aplicación del Derecho a la Vivienda en Chile en sede administrativa.***

La aplicación del Derecho a la Vivienda en Chile se materializa a través de los distintos subsidios que entrega el Estado por medio del ministerio de la cartera. Lo que queremos presentar en el siguiente apartado es un simple resumen de dichas ayudas que otorga el Estado a sus particulares para centrarnos en lo que son los Fondos Solidarios de Vivienda, ya que en ellos se materializa. La información que aquí exponemos la hemos extraído del sitio web del Ministerio de Vivienda y Urbanismo<sup>233</sup> ya que aparece de una forma clara y entendible, que es lo que necesitamos para entender cómo se aplica este derecho en nuestro país.

#### **i. Subsidios Habitacionales según D.S. 40 de 2004**

El subsidio habitacional es una ayuda directa que entrega el Estado a aquellas familias que no pueden financiar por sí solas su primera vivienda, que se complementa con el ahorro familiar y en algunos casos con créditos hipotecarios y/o aportes de terceros. También existen subsidios para el mejoramiento de viviendas sociales, de entornos y

---

<sup>233</sup> [www.minvu.cl](http://www.minvu.cl)

barrios. Los Subsidios Habitacionales se encuentran regulados, en general, en el Decreto Supremo N° 40 de 2004 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

En general, para obtener un subsidio se deben tener los siguientes requisitos:

- a) Ser mayor de edad;
- b) El interesado y su cónyuge no pueden ser propietarios de una vivienda, haber recibido antes un subsidio habitacional, ni haber sido propietarios de una vivienda adquirida con subsidio habitacional;
- c) No pueden postular simultáneamente marido y mujer, aún cuando se encuentren separados de hecho.
- d) Por lo general deben cumplir con el ahorro previo que se dispone para cada clase de subsidio, lo cual dependerá de la vivienda que se desee adquirir y de los medios que tenga el grupo familiar y si son capaces de acceder o no a un mutuo hipotecario con algún banco o institución financiera.

El D.S. N° 40 distingue tres clases de Subsidios: Subsidio General, Subsidio de Interés Territorial y Subsidio de Rehabilitación Patrimonial. Pasemos a ver cada uno de ellos.

#### 1) Subsidio General.

Es aquel que junto al Ahorro para la Vivienda y a un crédito o mutuo hipotecario optativo permite adquirir o construir en sitio propio, una vivienda económica de hasta 140 m<sup>2</sup>, nueva o usada, urbana o rural, cuyo precio no exceda de las 1000 Unidades de Fomento (UF). Está dirigido a familias con capacidad de ahorro y endeudamiento para que puedan acceder a un crédito hipotecario si lo necesitan. Es necesario carecer de vivienda y tener un ahorro mínimo de 50 UF. La forma de financiamiento se encuentra detallada en el artículo 26 del D.S. N° 40 ya señalado.

Se puede postular en forma individual o colectiva. Para postular colectivamente, puede hacerse a través de una Entidad de Gestión Inmobiliaria Social (EGIS), con personalidad jurídica y que tenga o no fines de lucro, como por ejemplo: cooperativas abiertas de vivienda; corporaciones; fundaciones e inmobiliarias, cuya labor es organizar y patrocinar al grupo de postulantes al subsidio habitacional y desarrollar el proyecto.

## 2) Subsidio de Interés Territorial.

La gran diferencia con el subsidio anterior es que éste sólo está orientado a la adquisición de viviendas nuevas en Zonas de Renovación Urbana o en Zonas de Desarrollo Prioritario, cuyo valor no supere las 2.000 UF. Se encuentra dirigido a familias de sectores medios que puedan acceder a crédito hipotecario y que estén interesadas en comprar su vivienda en dichas zonas.

Se entiende por Zona de Renovación Urbana a los barrios antiguos ubicados dentro de las ciudades, cuya recuperación el Ministerio de Vivienda y Urbanismo tiene interés en fomentar. Se entiende por Zona de Desarrollo Prioritario aquellas áreas en que dicho Ministerio quiere impulsar el desarrollo, atrayendo inversiones en vivienda y urbanismo del sector privado.

Al igual que en caso anterior es necesario acreditar que se ha ahorrado el monto requerido y esto dependerá del valor de la vivienda:

- Hasta 1.000 UF: el subsidio equivale a 200 UF con un ahorro previo de 100 UF.
- Hasta 2.000 UF: el subsidio equivale a 200 UF con un ahorro previo de 200 UF.

Es necesario acreditar que se carece de vivienda tanto el interesado como cualquier integrante del grupo familiar de éste.

### 3) Subsidio de Rehabilitación Patrimonial.

Este subsidio está enfocado a adquirir una vivienda económica cuyo precio no supere las 2.000 UF generada por el reciclaje o rehabilitación de un inmueble. Para esto es necesario que se cumplan dos requisitos:

*a. Que el inmueble objeto de la rehabilitación corresponda a una construcción anterior al 31 de Julio de 1959, fecha de la publicación en el Diario Oficial del D.F.L. N° 2, de 1959.*

*b. Que de la rehabilitación se generen dos o más viviendas económicas, la que deberá contar con autorización de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo para los Inmuebles y Zonas de Conservación Histórica, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del artículo 60 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, o con autorización del Consejo de Monumentos Nacionales cuando se trate de inmuebles ubicados en Zonas Típicas declaradas como tales conforme al Título VI de la Ley N° 17.288, que Legisla sobre Monumentos Nacionales.<sup>234</sup>*

Se encuentra dirigido a familias de sectores medios, que carezcan de vivienda y que cumplan con un ahorro mínimo según el precio de la vivienda:

- Hasta 1.200 UF: el subsidio equivale a 250 UF con un ahorro previo de 100 UF.
- Hasta 2.000 UF: el subsidio equivale a 250 UF con un ahorro previo de 200 UF.

#### **ii. Fondos Solidarios de Vivienda**

Hemos visto resumidamente en qué consiste el sistema de subsidios que contempla el D.S. N° 40 y ahora interesa saber en qué consiste los denominados Fondos Solidarios de

---

<sup>234</sup> D.S. N° 40 MINVU, artículo 29.

Vivienda (FSV) que se encuentran regulados en el D.S. N°174 de 2005 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

El Fondo Solidario de Vivienda (FSV) entrega subsidios habitacionales para comprar o construir viviendas a familias que viven en condiciones de vulnerabilidad social, de acuerdo al puntaje que entrega la Ficha de Protección Social. Las condiciones en que habita la persona (hacinamiento, allegamiento, etc.) ajustan este puntaje, entregando el de Carencia Habitacional, que es el puntaje definitivo para postular a un subsidio del Fondo Solidario de Vivienda.

*“El programa regulado por el presente reglamento está destinado a dar una solución habitacional preferentemente a las familias del primer quintil de vulnerabilidad. Tratándose del Programa Fondo Solidario de Vivienda II, regulado por el Capítulo Segundo, y de Proyectos de Construcción Colectiva en Zonas Rurales, estará destinado preferentemente a la atención de familias del primer y segundo quintil de vulnerabilidad.”*

#### A) Fondo Solidario de Vivienda I (Capítulo Primero):

Es aquel que entrega subsidios para construir o comprar una vivienda nueva o usada, sin crédito complementario, a familias que presentan un Puntaje de Carencia Habitacional de hasta 8.500 puntos (las más vulnerables del país). En proyectos de construcción, el 30% de los integrantes del grupo postulante puede tener hasta 13.484 puntos.

Los postulantes a este programa especial de vivienda son aquellas familias o núcleos familiares que tengan su Ficha de Protección Social y que tengan los puntajes que para cada capítulo se establecen en dicho instrumento. Los requisitos para postular se encuentran dados en su artículo 4:

*“Podrá postular más de un núcleo familiar perteneciente a un mismo hogar, con la misma Ficha CAS o instrumento que la reemplace. Por cada núcleo familiar sólo se aceptará la postulación de uno de sus integrantes, el que deberá identificarse como jefe de familia, su cónyuge o conviviente.*

*Los postulantes deberán ser mayores de 18 años, nacionales o extranjeros, debiendo en este último caso contar con Certificado de Permanencia Definitiva, conforme a las normas que regulan la residencia legal de los extranjeros en el país, y además formar parte de un grupo organizado, con personalidad jurídica, en el cual los representantes del grupo deberán ser integrantes hábiles de las familias postulantes a este subsidio habitacional, excepto aquellos que postulen a proyectos de adquisición de vivienda construida, para los cuales no se exigirá este requisito. El grupo deberá estar integrado a lo menos por 10 familias, con un máximo de 300.”*

El proyecto que se presente por el grupo de familias debe hacerse por medio de las EGIS que son Entidades de Gestión Inmobiliaria Social, esto es, personas jurídicas, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que prestan los servicios de asistencia técnica.

En cuanto al ahorro que deben tener cada una de las familias al momento de la postulación éste debe ser de 10 UF los cuales deben ser reunidos en los instrumentos que señala el mismo Decreto Supremo.

*“Cada postulante deberá acreditar un ahorro mínimo de 10 unidades de fomento, el cual deberá ser enterado hasta el día anterior al del ingreso del proyecto al Banco.”<sup>235</sup>*

El artículo siguiente señala los impedimentos que existen para postular a estos fondos entre otras situaciones encontramos los siguientes casos:

---

<sup>235</sup> D.S. N° 174 del año 2005 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Artículo 5, inciso primero.

- i) Si el postulante, su cónyuge o conviviente, u otro miembro del núcleo familiar identificado en la Ficha CAS o en el instrumento que la reemplace con la cual postula, se encuentra postulando a éste o a otro programa habitacional. Se trata de un impedimento común para todo sistema de ayuda para obtener una vivienda y que ya vimos en lo que a subsidios se refiere.
- ii) El postulante que presente las características de familia unipersonal. Se exceptúan las personas con discapacidad, los adultos mayores de 60 años de edad, las personas indígenas, entre otros casos que señala el Decreto.
- iii) Si el postulante o su cónyuge fuesen propietarios o asignatarios de una vivienda o de una infraestructura sanitaria.

Todo proyecto para ser viable debe ser ingresado a un Banco de Proyectos que está conformado por una base de datos administrada por el MINVU y por un archivo físico administrado por cada SERVIU. La base de datos contiene toda la información relevante de los proyectos habitacionales que ingresan al Banco, lo que permite su identificación y clasificación. El archivo físico contiene toda la documentación correspondiente a cada proyecto habitacional, presentada por la EGIS y copia de los certificados otorgados por la Comisión Técnica Evaluadora.

Una vez ingresado el proyecto respectivo se le da una calificación según los siguientes parámetros: Ingresados, En estudio, Con observaciones, Eliminados, Con Calificación Condicionada y Con Calificación Definitiva. En este último caso el proyecto se encuentra apto para ser llevado a cabo.

El organismo responsable de hacer las calificaciones es la Comisión Técnica Evaluadora, la cual tiene un plazo máximo de 35 días corridos para calificar los antecedentes acompañados. Las observaciones que se hagan al proyecto ingresado deberán hacerse saber a la EGIS respectiva, la cual deberá subsanarlas en un solo acto.

*“Si el proyecto habitacional cumple con todos los requisitos especificados en este reglamento y se hubieren presentado los documentos exigidos para el respectivo*

*tipo de proyecto, se le otorgará un Certificado de Calificación Definitiva, el que tendrá una vigencia de 6 meses. Una vez cumplido este plazo, el proyecto deberá reingresar al SERVIU todos los antecedentes actualizados.*<sup>236</sup>

Las EGIS pueden gestionar dos tipos de labores: Proyectos de Construcción y Operaciones de Adquisición de Viviendas Construidas. Dentro de los primeros encontramos Construcción en Nuevos Terrenos, Densificación Predial, Construcción en Sitio Propio, Alteración o Reparación de Inmuebles y Construcción Colectiva en Zonas Rurales. En el segundo grupos encontramos la compra de inmuebles ya construidos.

En cuanto al terreno dónde se piensa construir la EGIS debe acreditar que dicho inmueble es de propiedad ya sea de cada uno de las familias de los postulantes ya sea propiedad de la colectividad conformada en persona jurídica. Si no fuere así se podrá solicitar el pago de anticipos a cuenta del subsidio a pagar, quedando el terreno inscrito a nombre del SERVIU respectivo. Además el terreno en se pretende construir debe estar libre de todo gravamen y deben contar con los respectivos certificados vigentes de factibilidad de dación de servicios sanitarios y eléctricos.

Respecto del financiamiento del proyecto éste deberá contar con un presupuesto que indique claramente las fuentes de dónde se obtendrán los recursos. Estas fuentes pueden ser: Subsidios Habitacionales, Ahorro, Subsidio de Equipamiento, Fondo de Iniciativas y Aportes Adicionales. Todo esto se encuentra regulado en el artículo 17 del instrumento en estudio.

También se contempla dentro del Fondo Solidario de Vivienda lo que se denomina el Plan de Habilitación Social que tiene por *objetivo contribuir a superar las condiciones de pobreza y/o marginación desde un enfoque habitacional y participativo, promoviendo el involucramiento de las familias en el proyecto habitacional a desarrollar, favoreciendo la integración en el barrio y en la red social.*<sup>237</sup>

---

<sup>236</sup> Ibidem, artículo 13, inciso 1.

<sup>237</sup> Ibidem, Artículo 21, Inciso 2.

Este plan está conformado de dos etapas: una antes de la selección del proyecto y otra posterior. En etapa previa se distinguen el diagnóstico, las actividades que acrediten el conocimiento de las familias al programa al que postulan, de la EGIS y del SERVIU y las actividades que acrediten el involucramiento de las familias con el proyecto al que postulan.

En la etapa posterior a la selección del proyecto se distinguen las siguientes áreas: área de seguimiento del proyecto habitacional, área de formación de futuros propietarios y el área de redes comunitarias.

Respecto de la construcción ésta se realizará de acuerdo a las características del contrato de construcción de la EGIS con la Empresa Constructora que debe ser coherente con el proyecto presentado por la primera y que fue aprobado por la Comisión Evaluadora.

*“El contratista o constructor deberá contar con inscripción vigente para la región respectiva en el Registro Nacional de Constructores de Viviendas Sociales, Modalidad Privada, o en el Registro Nacional de Contratistas del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, lo que será verificado por el SERVIU directamente en el Registro respectivo. Este requisito no será exigible a los constructores personas jurídicas integradas por sociedades en que a lo menos uno de sus socios cuente con inscripción vigente en alguno de esos registros, lo que deberá acreditarse por los interesados con copia de los instrumentos públicos correspondientes.”<sup>238</sup>*

El pago del subsidio se hará una vez que la obra se encuentra recepcionada y los inmuebles inscritos en el Conservador de Bienes Raíces respectivo a nombre de cada uno de los beneficiarios del proyecto.

Hasta aquí nos hemos referido a proyectos de construcción de viviendas por medio de este Fondo Solidario pero también existe la modalidad de la “Adquisición de Viviendas

---

<sup>238</sup> Ibidem, artículo 25, inciso 4.

Construidas”. Se trata de un subsidio especial para comprar una vivienda por personas que reúnan las características y requisitos del FSV. La postulación se efectúa por medio de un trámite que se realiza en dependencias del SERVIU respectivo o de otras entidades habilitadas para tal efecto. Se trata de una modalidad que siempre es individual. Siendo los factores de selección el Grupo Familiar y la Condición de Vulnerabilidad.

#### B) Fondo Solidario de Vivienda II (Capítulo Segundo)

Entrega subsidios para construir o comprar una vivienda nueva o usada, con crédito complementario opcional, a familias que presentan un Puntaje de Carencia Habitacional de hasta 11.734 puntos.

En este programa se aplicarán todas las reglas que vimos respecto del FSV I salvo en lo que se expresamente se dice en el Capítulo Segundo del D.S. N° 174.

*“Podrán acceder a este programa los postulantes cuya caracterización socioeconómica, de conformidad con la Ficha CAS o el instrumento que la reemplace, sea igual o inferior al puntaje de ingreso nacional o regional para el segundo quintil, según se determine mediante resoluciones del MINVU.”<sup>239</sup>*

Este Fondo tiene las siguientes diferencias con el anterior:

- Se postula individualmente, sólo como grupo familiar.
- Está enfocado al segundo quintil de vulnerabilidad.
- El ahorro en estos casos asciende a la cantidad de 30 UF.
- Los postulantes de este programa pueden complementar el subsidio obteniendo un mutuo hipotecario y se rige en lo que corresponda por el D.S. N° 40.
- En caso de requerir un crédito complementario debe presentarse a nombre del postulante la existencia de un seguro de desempleo para trabajadores

---

<sup>239</sup> Ibidem, artículo 77.

dependientes o de incapacidad temporal para trabajadores independientes, que cubrirá doce dividendos del pago regular por los primeros treinta y seis meses de la deuda, para cuyo financiamiento el mutuario obtendrá un subsidio adicional de un monto equivalente al de la prima respectiva y se aplicará al pago de ésta.

### C) Fondo Solidario de Vivienda III

Entrega subsidios para construir una vivienda en zonas rurales, en el terreno del postulante y con crédito complementario opcional, a familias que presentan un Puntaje de Carencia Habitacional de hasta 11.734 puntos.

Dentro de este FSV encontramos dos grandes subsidios que se encuentran enfocados a las familias que residen en zonas rurales y que se encuentran dentro del 40% de la población en condición de vulnerabilidad, según la ficha CAS u otro instrumento de medición. El primero es el Subsidio Habitacional Rural y el segundo es el Subsidio de Saneamiento. Pasemos a ver cada uno de ellos.

#### i) Subsidio Habitacional Rural.

Se trata de un subsidio habitacional para familias que vivan en zonas rurales y que carezcan de una vivienda donde residir. Le son aplicables todas las disposiciones sobre Fondo Solidario de Vivienda I que se presentaron más arriba salvo de aquello que se expone expresamente en el Capítulo III del Decreto Supremo.

Las diferencias con el FSV I son las siguientes:

- Se trata de un subsidio de carácter individual y por lo tanto tiene las prohibiciones y requisitos para todo subsidio.

*“Los interesados en postular al Programa que regula este Capítulo, sólo podrán hacerlo en forma individual, para aplicar el beneficio a viviendas singulares.”<sup>240</sup>*

- Se trata de un subsidio rural, es decir, sólo se aplica en dichas zonas y por tanto quedan excluidas las familias que residan o habiten en zonas urbanas.  
*“Este subsidio sólo se podrá aplicar a la construcción de una vivienda emplazada en cualquier lugar del territorio nacional, excluidas las áreas urbanas de las localidades de más de 2.500 habitantes, según los últimos datos del censo de población de que se disponga con anterioridad a la fecha del respectivo llamado a postulación.”<sup>241</sup>*
- Sólo es aplicable a la construcción de viviendas ubicadas en dicha zona.
- Los postulantes deben acreditar tener derechos sobre el terreno donde se piensa construir por medio de documentos como : Copia de inscripción de dominio vigente, copia de inscripción del instrumento público por el cual se hubiere constituido un derecho de uso sobre el inmueble, entre otros que señala el artículo 83 del citado cuerpo normativo.

ii) Subsidio de Saneamiento.

El Subsidio de Saneamiento se aplica en los casos de ya poseer una vivienda pero que carezca de condiciones de salubridad e higiene mínimas en las zonas rurales.

*“Cuando las condiciones sanitarias del sitio acreditado al postular exijan la ejecución de sistemas particulares de tratamiento de agua potable y/o aguas servidas, el postulante podrá solicitar un monto de subsidio adicional para saneamiento sanitario con el objeto de complementar el costo de dichas obras.”<sup>242</sup>*

---

<sup>240</sup> Ibidem, artículo 84, inciso 1.

<sup>241</sup> Ibidem, artículo 81, inciso 2.

<sup>242</sup> Ibidem, artículo 91, inciso 1.

El decreto en su artículo 92 señala cuales son las obras de saneamiento que contempla este subsidio. A saber:

1.- Sistema particular de agua potable, incluyendo captación, impulsión, acumulación, potabilización, tuberías de alimentación y obras complementarias que requiera el proyecto aprobado para servir a la vivienda del beneficiario, cuando no se cuente con factibilidad de dación del servicio.

2.- Sistema particular de tratamiento y disposición final de aguas servidas, incluyendo fosas sépticas, pozos absorbentes, drenes, sistemas de desinfección, plantas individuales de tratamiento, cámaras de inspección, decantadoras y de distribución de drenes, tuberías, sistemas de elevación y obras complementarias que requiera el proyecto aprobado para servir a la vivienda del beneficiario cuando no se cuente con factibilidad de dación del servicio.

3.- No se financiarán con este subsidio las redes interiores de agua potable y aguas servidas, artefactos sanitarios ni grifería de la vivienda.

En cuanto al subsidio en sí este corresponde a la suma que arrojen los presupuestos presentados en los respectivos proyectos ante el SERVIU con un límite de 70 UF.

### **iii. Comentarios**

Hemos visto como se materializa el derecho a la vivienda en nuestro país respecto de aquellas personas que carecen de los medios económicos suficientes para proveérsela por sí misma. No entramos en materia de adquisición de vivienda por personas que si los tienen ya que creemos que se trata, en ese caso, del derecho de propiedad y quedan excluidas de nuestro análisis.

Pudimos ver que existen diversos subsidios, ya sean de carácter general como los que se establecen en el DS 40 de 2004, como los que se expresan en el DS 174 de 2005. Respecto de los primeros se trata de subsidios que no tienen limitación en cuanto a la situación socioeconómica de la familia que postula y se diferencian según las zonas físicas y patrimoniales en que se ubiquen las viviendas que desean adquirirse. También se puede

hacer una distinción en cuanto a la construcción de vivienda o a la adquisición de viviendas ya construidas. El monto del subsidio y del ahorro dependerá en primer lugar de la clase del primero y en segundo lugar de valor de la vivienda que se desea adquirir. En general, los requisitos de los postulantes son los mismos y varían dependiendo de las particularidades del subsidio que se elija.

Por otro lado, los subsidios del DS 174 de 2005 están enfocados a los grupos sociales más vulnerables del país. Se distinguen tres Fondos Solidarios de Vivienda. El primero se encuentra enfocado a las familias del primer quintil o 20% más vulnerable de la población establecida por la respectiva ficha de protección social. En este fondo se puede postular individual o colectivamente.

Cuando se postula individualmente como grupo familiar debe reunirse los requisitos que se expresan en el Decreto Supremo, accediendo así a un subsidio especial que exige menos ahorro y más facilidades para las familias de este grupo social.

Si se postula colectivamente es necesaria la afluencia de 10 a 300 familias que por medio de la EGIS presenten un proyecto habitacional, el cual será evaluado por la Comisión Técnica Evaluadora y lo calificará según los aspectos que establece el mismo instrumento legal. Una vez que se obtenga el Certificado de Calificación Definitiva la EGIS debe gestionar lo que son los trámites con la Empresa Constructora, que finalmente construirá las viviendas para las familias beneficiarias. Cada una de ellas debe acreditar un ahorro previo de 10 UF en la forma que el mismo Decreto señala.

Como vemos la EGIS es un organismo que busca asesorar en todos los sentidos a las familias que componen el proyecto habitacional, deben adquirir o acreditar el dominio del terreno dónde se construirá, obtener el financiamiento necesario y también deben hacer un estudio social sobre las familias, lo que ayudará posteriormente a eliminar de alguna forma las condiciones de marginalidad que muchos grupos familiares tienen al momento de postular. Todo esto entre otras labores que cumplen estas entidades.

El Fondo Solidario de Vivienda II es aquel que se aplica a familias que se encuentren dentro del 40% de vulnerabilidad social para adquirir una vivienda. En este caso sólo se puede postular individualmente, es decir, sólo un grupo familiar. Se aplican supletoriamente las normas del FSV I y en lo que respecta a los mutuos hipotecarios que deseen obtener complementariamente se le aplicará el DS N° 40 en lo que fuere pertinente. Las familias en este caso deben tener un ahorro previo de 30 UF.

Por último, el Fondo Solidario de Vivienda III está enfocado a las familias que se encuentran dentro los dos primeros quintiles vulnerables de la población y que deseen construir una vivienda dentro de una zona rural o realizar obras de saneamiento de una vivienda ya existente.

Para finalizar estas ideas finales y dar paso al tema de la exigibilidad del derecho en sede judicial, debemos señalar que el sistema de acceso a la vivienda en Chile sólo contempla la ayuda del Estado para grupos familiares conformados esencialmente por matrimonios, en que uno de los cónyuges es el interesado en postular y por tanto excluye a cualquier miembro del grupo familiar que representa, incluso al otro cónyuge aunque se encuentren separados de hecho.

En este orden de ideas, el derecho a la vivienda individualmente hablando no es aplicable a personas que no pertenezcan a un grupo familiar determinado salvo las excepciones que vimos anteriormente que son especialmente las personas mayores de edad de 60 años, las personas discapacitadas y los miembros de un grupo indígena. Los demás particulares que deseen obtener una vivienda deben hacerlo en forma privada si es que cuentan con los medios o simplemente buscar otras formas de proveerse de un lugar donde habitar.

Este punto tiene gran importancia respecto de las personas “en situación de calle” ya que a simple vista, por la forma en que se encuentran habitando lugares públicos, quedan excluidas del sistema de subsidios y de Fondos Solidarios de Vivienda. Para solucionar esta grave desigualdad, debe crearse algún sistema de acceso a la vivienda para estas personas

ya que actualmente no existe y creemos que no existe motivo grave que justifique esta distinción.

#### ***IV.- Aplicación del Derecho a una Vivienda Adecuada en Chile. Sede judicial***

Sobre este punto podemos decir, a grandes rasgos, que el derecho a la vivienda adecuada, como todo derecho social, es plenamente exigible ante el Estado al que pertenezca la persona que carezca del bien vivienda o que, si al poseer una, ésta no contenga las condiciones para considerarse adecuada para perfecto desarrollo de la persona humana.

Como hemos visto durante la presente investigación ya no existen barreras para la exigibilidad de los derechos sociales ya que dejaron de ser meras declaraciones de buena voluntad o meras intenciones políticas sino que son derechos y como tales deben ser cumplidos y en caso de no ser así, debe existir un medio, sea judicial o de otra clase, por el cual el titular pueda reclamar del Estado una satisfacción completa.

Por las características del derecho a la vivienda adecuada, que por lo general se traduce en la prestación del mismo bien o de la adecuación de éste para un pleno desarrollo de sus habitantes u ocupantes, es uno de esos derechos que Robert Alexy denomina derechos prestacionales en sentido estricto y cuya definición ya dimos anteriormente y de los cuales se busca del Estado una satisfacción por medio de una erogación o gasto público. La naturaleza del derecho lo convierte en uno de aquellos difíciles de hacer cumplir, ya que importa un gasto, más aún si la calidad de la vivienda debe corresponder con la dignidad de la persona humana.

Como vimos en apartados anteriores los derechos sociales carecen de este mecanismo, al menos de manera formal y han tenido que ser adaptados a derechos civiles clásicos para lograr un cumplimiento efectivo. Es así como el derecho a la salud ha sido adscrito al derecho a la vida y al derecho a la integridad física y síquica de la persona.

Debemos hacer presente que ni el derecho a la vivienda ni mucho menos el derecho a una vivienda adecuada se encuentran expresamente consagrados en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, lo cual no es raro si pensamos que nuestra Carta Magna es de un contenido económico mayor al sentido social. Aún así podemos decir que se consagra este derecho en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución que señala: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los **tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.**”* Con una simple interpretación de este artículo podemos llegar a la conclusión de que derechos como al nivel de vida adecuado y el derecho a una vivienda adecuada se encuentran reconocidos tácitamente ya que el PIDESC se encuentra ratificado y vigente y en él se establecen dichos derechos.

Al no ser consagrado expresamente en el artículo 19 ni mucho menos ser considerado en el artículo 20 y siendo un derecho social, la vivienda adecuada queda fuera de todo resguardo constitucional chileno de manera formal. No obstante el derecho podría adscribirse a otro que se encuentre bajo la tutela de la acción de protección como sería el derecho a la integridad física y síquica de la persona humana, teniendo en consideración que la vivienda es aquel lugar donde la persona se desarrolla como tal y que éste debe ser adecuado para un completo desarrollo personal. Difícilmente un lugar inadecuado permitiría el cumplimiento de dicho fin. Recordemos que la integridad debe ser física y síquica y malamente ésta última puede lograrse en una vivienda que no cumpla con las condiciones que la hagan adecuada.

Además de esta adscripción podemos decir o establecer que el hecho de que ciertos derechos fundamentales tengan una protección mucho más acabada que otros es producto, como toda acción que nace de la ley positiva, de una decisión política en un momento determinado de la historia del país donde se requiera. Todo esto nos dice que la exigibilidad del derecho a una vivienda adecuada puede ser tan eficaz como los demás derechos. Y esto

no es sólo para el derecho en comento sino también para todos los derechos sociales que carecen de una debida protección y de algún mecanismo para su exigibilidad.

Creemos firmemente que habiendo una voluntad política consciente del problema jurídico presentado puede cambiar la situación actual de los derechos sociales, buscando la forma más equilibrada al Estado para que se le pueda hacer exigible sus obligaciones que ha contraído al respecto. Como señalamos más arriba, creemos que es necesaria la creación de un nuevo mecanismo de protección de los derechos humanos que los incorpore a todos y reúna las características estudiadas para que sea considerado como idóneo para un mejor resguardo de éstos.

**PARTE CUARTA: LAS PERSONAS “EN SITUACIÓN DE CALLE” Y SU  
DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA**

## ***I.- Objeto y fines del presente capítulo***

Analizados los dos grandes temas de este trabajo, esto es, las personas en situación de calle y el derecho a una vivienda adecuada, corresponde ahora integrarlos para lograr una solución a la problemática social que representa dicha situación fáctica. En el presente capítulo se verán dos grandes temas: las características de la vivienda adecuada por una parte y por otra lo que se refiere a los mecanismos de exigibilidad del derecho respecto de estas personas.

En la primera parte de esta parte analizaremos las características del derecho a la vivienda adecuada respecto de las personas en situación de calle y cómo debe concebirse una vivienda bajo las circunstancias estudiadas. Para esto, estudiaremos una por una las características señaladas en la segunda parte de esta investigación, dando su concepción general para posteriormente hacer los alcances necesarios en lo que se refiere a las personas “en situación de calle”.

Debemos recordar que las características que utilizaremos son las mismas que ya vimos y que nacen de la Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la cual nos sirve de base por tratarse de un instrumento de connotación general, que interpreta el Pacto Internacional sobre la materia de una manera clara y nos ilustra sobre el tema de la vivienda adecuada.

En la segunda parte del presente capítulo estudiaremos lo referente a los mecanismos de protección y exigibilidad de lo que ya hemos algo hablado en la parte tercera de esta Memoria. Analizaremos las características que debe reunir un mecanismo para que sea apropiado para conseguir una debida protección de los derechos, en especial, el derecho en estudio.

Veremos también en este capítulo la situación en nuestro país a la luz de las características que señalaremos en lo que se refiere a los mecanismos de protección de derechos sobre todo lo que son los derechos sociales. Haremos una pequeña crítica a las

falencias de nuestro “Recurso de Protección” como forma de mejorarlo y ampliarlo a derechos que han sido desde hace tiempo marginados de un resguardo jurídico constitucional.

Por último y para concluir el presente trabajo, haremos una pequeña proposición de un mecanismo de protección del derecho a la vivienda adecuada respecto de las personas “en situación de calle” para que ellos, en definitiva, tengan la opción de acceder a una vivienda adecuada para sí y sus familias. Adelantamos que se trata de una simple proposición que se enmarca en la idea de que los derechos humanos, sean de la naturaleza y clasificación que sean, requieren de un medio para ser exigible por sus titulares sobre todo si ellos se encuentran en una situación tan desventajosa como lo es habitar en la calle y en lugares públicos.

## ***II.- Características y elementos de una vivienda adecuada en relación a las personas “en situación de calle”***

Para comenzar este apartado debemos recordar sucintamente las características de la vivienda para que sea considerada como adecuada a la luz de los Tratados analizados y de las Observaciones Generales vistas en la segunda parte. Señalamos que las características de todo derecho humano se aplican plenamente a las personas en situación de calle y a su derecho a la vivienda adecuada. Sobre éstas en general nos remitimos a lo ya planteado en su oportunidad y a continuación sólo las aplicaremos a las personas “en situación de calle”.

### **i. Seguridad en la tenencia de la vivienda y Personas “en situación de Calle”**

Para que se cumpla esta característica respecto de las personas en situación de calle es necesario, obviamente, que existe un tipo de tenencia, claramente no se puede proteger algo que no existe. Si dichas personas llegasen a tener algún tipo de vivienda, que es la situación ideal, es necesario que dicha tenencia sea segura y que sea amparada y resguardada por el Estado por medio de sus autoridades y agentes. No basta, por lo tanto,

entregar una vivienda o un lugar donde habitar a las personas en situación de calle, es necesario que la tenencia se mantenga en ellos y no se pierda. Es necesario también en este caso una doble labor del Estado: Primero debe proveer de una vivienda y segundo debe proteger la vivienda.

## **ii. Disponibilidad de servicios, facilidades e infraestructuras de la vivienda y Personas “en situación de Calle”**

Respecto de las personas en situación de calle esta característica es esencial, considerando que muchas de ellas viven en un medio en que carecen de dichos servicios y muchas veces deben recurrir a la solidaridad y buena voluntad de las personas que viven a su alrededor para mantener un higiene básico. En este sentido las Hospederías a las cuales muchos de ellos acuden proporcionan estos servicios pero debemos recordar que son entes privados y por tanto no es una prestación estatal como debería serlo.

Para un buen nivel de vida de las personas en situación de calle son indispensables estos servicios, sobre todo aquellos que se refieren al higiene y cuidado de la salud. Es necesario que la vivienda que se les otorgue permita el libre acceso a dichos servicios así como la vía para que reciban una educación, aún más si tienen niños, niñas o adolescentes en edad escolar, que los ayude a superarse y acceder a un trabajo estable que les permita mantener los estándares de calidad de vida conforme a la dignidad de la persona humana.

Por último, es necesario también que la vivienda permita la recreación y entretenimiento de las personas que la habitan para lograr un mayor y mejor desarrollo del individuo en el ámbito espiritual e intelectual incluso en el ámbito deportivo.

## **iii. Gastos soportables de la vivienda y Personas “en situación de Calle”**

Las personas en situación de calle necesitan que los gastos sean soportables por una razón muy lógica, muchos de ellos carecen de una educación y por ende de un trabajo que les permita obtener altos ingresos. Es menester que los gastos de mantención de las

viviendas que se les otorguen no impidan el desarrollo de sus capacidades y así puedan salir adelante con sus proyectos personales y familiares.

En este sentido, el Estado debe preocuparse de que los gastos de mantención de la vivienda no sean muy altos y sean accesibles para cualquier persona y en caso de que no lo sean es deber del aparato estatal subsidiar dichos montos. Así en el caso de que se arriende un lugar debe ser subsidiado por el fisco en caso de tratarse de una renta muy onerosa difícil de poder ser satisfecha por las personas, sobre todo si se encuentran en la situación fáctica descrita en el presente trabajo.

#### **iv. Habitabilidad de la vivienda y Personas “en situación de Calle”**

Esta característica no tiene diferencia alguna para los distintos particulares que son los titulares del derecho referido puesto que ante dichas necesidades no creemos ni estimamos que proceda hacer algún tipo de distinciones. Lo que si podemos señalar categóricamente es el hecho de que las personas en situación de calle se encuentran en una posición que les impide desarrollarse por un problema grave de habitabilidad en su entorno. Recordamos que estas personas no tienen un lugar donde guarecerse del frío, de la lluvia ni de otras inclemencias del tiempo y por lo tanto es indispensable que accedan a una vivienda que reúna dichas condiciones. Tampoco los lugares que actualmente habitan les brinda una adecuada intimidad puesto que se encuentran en lugares públicos de libre acceso a todos los demás ciudadanos sin que puedan desarrollar actos tan básicos como dormir, hacer sus necesidades ni mantener una relación amorosa normal.

#### **v. Asequibilidad de la vivienda y Personas “en situación de Calle”**

En cuanto a las personas en situación requieren de que la vivienda les sea asequible y para ellos necesitan de la ayuda del Estado y para ello es necesario se busquen las formas más expeditas para otorgar dicho bien a estas personas puesto que se encuentran en gran

desventaja económica respecto de otras personas que se encuentran en situación de precariedad.

Para esto el Estado debe proveer un financiamiento mucho mayor a las empresas que construyen bajo el mandato del organismo estatal correspondiente. Como vimos en la observación general hecha por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales analizado en la segunda parte de este trabajo hay ciertos grupos de personas que tienen la necesidad mayor de una vivienda entre ellos los niños, los ancianos, entre otros, a los cuales nosotros agregamos las personas que carecen de un lugar donde habitar, pernoctar y residir. En estos casos es primordial la ayuda y el protagonismo del Estado.

#### **vi. Lugar de la vivienda y Personas “en situación de Calle”**

En realidad esta característica es aplicable a todos los titulares del derecho sin distinción alguna por tanto se aplica plenamente a las personas en situación de calle como a todos los demás sujetos titulares del presente derecho.

#### **vii. Adecuación cultural de la vivienda y Personas “en situación de Calle”**

Por último, respecto a las personas de que trata el presente trabajo debemos señalar que culturalmente son heterogéneos y no pertenecen a una etnia determinada pero si tienen costumbres propias que han adquirido por el hecho de habitar mucho tiempo en lugares públicos y que al momento de habitar una vivienda inadecuada en dicho sentido puede afectar el desarrollo de su persona.

#### **viii. Comentarios.**

Para concluir debemos señalar que todas las características de la vivienda adecuada que estudiamos en la parte respectiva son plenamente aplicables a las personas en situación de calles y en algunas características se ve más aún la necesidad de que cuenten con un

lugar donde habitar, que se encuentre seguro de posibles amenazas de pérdida o despojo, que los gastos de mantención sean soportables y que no afecten otras necesidades, que se trate de un lugar habitable y cómodo, cumpliendo con ciertos cánones de calidad, que se trate de un vivienda asequible para cualquier persona sobretodo para aquellos que se encuentran en un nivel socio-económico menos ventajoso, que existan los servicios básicos indispensables, que se encuentre en un lugar que mejore las opciones de empleo, salud y educación y que se adecúe culturalmente a las personas que habitarán la vivienda.

### ***III. Obligaciones que tiene el Estado respecto de las personas “en situación de calle” y el derecho a la vivienda adecuada. Reconocer, respetar, proteger y realizar***

Siguiendo con nuestro trabajo corresponde hablar sucintamente de las obligaciones que contrae el Estado respecto del derecho a la vivienda adecuada desde la perspectiva de las personas “en situación de calle”. Ya hemos tocado el tema desde lo general, ahora debemos aplicarlo a estas personas. Sabemos, según el esquema que hemos utilizado, que los derechos humanos contienen un conjunto de obligaciones que van más allá de la clásica definición de obligaciones positivas y negativas. En lo general nos remitimos expresamente a lo expuesto en la tercera parte de esta presentación. En este apartado sólo nos referiremos a las obligaciones de reconocer, respetar, proteger y realizar respecto de las personas “en situación de calle” y nos interesa en este punto analizar el nivel de intervención del Estado respecto de estas personas.

La *obligación de reconocer* es meramente normativa, se traduce generalmente en la creación de normas jurídicas que reconocen el derecho expresa o tácitamente, ya sea en una declaración de derechos, como ocurre en las distintas Constituciones Políticas, ya sea que se remita a Tratados Internacionales sobre la materia, como en el caso de nuestra Carta Fundamental.

Se entiende que según los principios y características de los derechos humanos estudiados no hay razón alguna para hacer distinción en la materia, es decir, no hay motivos

para que las personas “en situación de calle” sean dejadas fuera de cualquier normativa aplicable sobre el tema. Es más, siguiendo la lógica y la historia de los derechos económicos, sociales y culturales, es totalmente natural que ellos sean de aquellas categorías consideradas primordialmente por los órganos del Estado.

Aparejada con la obligación de reconocer, tenemos la *obligación de promover* el derecho a la vivienda adecuada. Esto se materializa en planificación estatal y programas enfocados a proveer a las personas de una vivienda, mejorando sucesivamente este bien

En este sentido es necesario que el Estado primeramente provea de una vivienda a las personas “en situación de calle” ya que no cuentan con dicho bien lo que los lleva a habitar en lugares públicos, careciendo de un lugar donde residir. Esto tiene más bien relación con otra obligación, pero creemos que una vez que se ha provisto a estas personas del bien debe ser mejorado. Para que exista una debida promoción del derecho respecto de las personas “en situación de calle” es necesario que sean incluidas expresamente en los planes del Estado en lo que a política habitacional se refiera, desarrollando un programa que otorgue las facilidades necesarias para dicho fin.

La *obligación de respetar* respecto del derecho a la vivienda ordena al Estado a no vulnerar el derecho de manera que constituye una obligación de aquellas que consideramos negativas desde la perspectiva clásica. El primer obligado a no afectar el bien vivienda es el Estado.

En cuanto a las personas en situación de calle esta obligación se cumple no realizando acciones vulneradoras de derechos humanos como lo son los desalojos forzosos, de los cuales ya no hemos referido anteriormente a grandes rasgos. Es imposible conciliar la idea de respeto de los derechos de las personas que se encuentran en esta situación y que sea el mismo Estado por medio de sus clientes que lleve a cabo estas acciones. Por lo tanto, para que se cumpla con esta obligación es necesario que tanto la administración centralizada, descentralizada y local no cometan este tipo de prácticas y si llegaran a realizarse es necesario que sean sancionadas por los demás órganos del Estado.

La *obligación de proteger* es una de las obligaciones positivas que contienen los derechos humanos. También podemos considerarla clásica desde el punto de vista de los derechos civiles pero que también es aplicable a los derechos sociales. Se traduce en que el Estado debe defender a sus particulares de cualquier vulneración que se cometa contra ellos por parte de otro particular u otra entidad que no sea el mismo Estado, ya que la obligación de respetar ya cumple dicha función. En otras palabras, la vulneración del derecho es cometida por otro que no es el mismo aparato estatal.

Creemos que, en este sentido, debe protegerse a las personas “en situación de calle” de toda vulneración de sus derechos, no sólo del que venimos a tratar en el presente trabajo. Sabemos que la protección debe ser íntegra ya que la vulneración es sistemática y que afecta a todos los derechos de estas personas. Ahora bien, respecto del derecho a una vivienda adecuada es necesario que las personas en esta situación no sufran afectaciones por actos cometidos por otros particulares. Tampoco se puede permitir que se realicen desalojos de estas personas por otros que no sean el Estado y para esto es necesario que los agentes del Estado actúen en pro de los derechos de las personas en situación de calle, no debe permitir que se lleven a cabo este tipo de actos.

Por último, la *obligación de realizar o de acceso a la vivienda* es quizás la más complicada pero a fin de cuentas la que concreta todas las anteriores. Significa principalmente proveer a los titulares del bien o del servicio debido. En este caso se trata de proveer de una vivienda que reúna los requisitos descritos más arriba, independiente de la forma en que se entregue, esto es, no es necesario que sea en propiedad sino que puede ser por medio de otro tipo de contrato como lo son el arrendamiento y en casos más críticos el comodato. Como vimos en la parte tercera y cuarta de esta memoria el derecho a la vivienda se cumple íntegramente de esta forma, cumpliendo con la provisión del bien y de la calidad de éste para que cumpla con sus finalidades.

En cuanto a la obligación del Estado respecto de las personas que habitan en calles y lugares públicos es indispensable que se ofrezcan mecanismos adecuados para que las personas en dicha situación puedan acceder a una vivienda de las calidades señaladas,

ofreciendo subsidios, facilidades de pago del dividendo o de la renta, dependiendo del tipo de contrato que se celebre. Creemos que en casos tan complejos como los que hemos podido apreciar en este trabajo, es menester que todas estas facilidades sean lo más amplias posibles, pudiendo llegar a establecerse una especie de comodato para aquellos que no pueden obtener un ingreso fijo impidiéndoles pagar una retribución. También es necesario un asesoramiento integral para estas personas, que sean acompañadas durante todo el proceso de adquisición de la vivienda, considerando sus recursos, su educación, su estado de salud, entre otros factores.

Para concluir, creemos que cumpliendo con todas estas obligaciones se puede lograr que las personas “en situación de calle” alcancen un adecuado nivel de vida, ya que teniendo el lugar físico para desarrollarse pueden obtener otros derechos que por el sistema político-económico en que nos encontramos inmersos le han sido negados sistemáticamente. Con esto no queremos decir que no haya habido avances desde que se elaboró el Catastro, sino que en función de la progresividad de los derechos humanos, es necesario seguir adelante para una plena realización de la persona que se encuentra en dicha situación.

#### ***IV.- Personas “en situación de calle”, mecanismos de protección y exigibilidad del derecho a la Vivienda adecuada***

En esta última parte de la presente investigación nos proponemos estudiar los mecanismos de protección y exigibilidad del Derecho a la Vivienda Adecuada respecto de las personas en situación de calle.

En una primera parte analizaremos los elementos o características que debe tener un recurso para lograr la plena exigibilidad del derecho según lo ya estudiado anteriormente en la tercera parte sobre mecanismos de protección de derechos humanos. La finalidad de este capítulo es desarrollar lo más brevemente posible dichas características y relacionarlas con las personas que se encuentran en esta problemática social, tratando de responder la

pregunta ¿Cómo debe ser un mecanismo de protección de Derechos Humanos que sea eficaz respecto de estas personas atendidas las circunstancias en que se encuentran?

En una segunda parte, idearemos una proposición para un mecanismo de protección de los derechos, en especial el derecho de la vivienda, para las personas “en situación de calle”, aplicando lo que ya hemos estudiado en cuanto a mecanismos de protección y la situación fáctica que es el centro de nuestro estudio.

a) Personas “en situación de calle” y mecanismo de protección de Derechos Humanos.

Hemos visto ya a lo largo de este trabajo la problemática social que constituye el hecho de no poseer un lugar donde residir, donde habitar y pernoctar. No sólo hemos visto la incomodidad que esto conlleva sino también las vulneraciones de otros derechos que se ven afectados por carecer de una vivienda.

Muchas de las personas que se encuentran en esta situación no tienen acceso a la justicia para obtener sus derechos más básicos. Muchos de ellos temen entrar a tribunales por ignorancia. Pero lo peor de todo, es que la gran mayoría no cree que tengan derechos ni menos que tienen la capacidad para ejercerlos.

El mecanismo de protección de los derechos humanos tiene ciertas características que debe cumplir para que sea considerado apropiado para resguardarlos. Vimos en la tercera parte de esta investigación que dichas características son: efectividad, sencillez, brevedad, integralidad y no debe tratarse de un mecanismo ilusorio. Los elementos antes señalados son iguales para todas las personas pero de aquí en adelante las analizaremos desde la perspectiva de las personas en situación de calle y señalaremos algunas especiales atendida la condición en la que se hallan.

a.1) Mecanismo eficaz y personas “en situación de calle”.

Entendemos como mecanismo eficaz aquel que *realmente* permite a las personas vulneradas en sus derechos obtener un acceso a la Administración de Justicia con el fin que se restablezca el imperio del derecho poniendo fin a la situación que les afecta.

Esta característica es fundamental para lograr una protección de los derechos de las personas “en situación de calle”. No basta con que se les otorgue un recurso para llegar al conocimiento por parte del tribunal sino que es necesario que se revise efectivamente la situación que los aflige. La idea principal es que no se entorpezca el acceso por vías administrativas o meramente formales y que se llegue a una resolución judicial.

a.2) Mecanismo sencillo y personas “en situación de calle”.

Otra característica consiste en que el recurso o acción constitucional debe ser sencillo, entendiéndose por tal aquel que tiene los formalismos básicos que no interrumpen el acceso a la justicia una vez ya promovida la acción. Se trata de que el mecanismo carezca de rigorismos procesales que dificulten el procedimiento.

Respecto a las personas “en situación de calle” es necesario que el procedimiento sea lo más sencillo posible puesto que cualquier formalidad que retrase o impida el curso normal de la tramitación del recurso puede vulnerar más aún los derechos de estas personas. Por tanto, deberían evitarse trámites innecesarios o condensar varias gestiones que se hacen en distintos momentos en uno solo.

a.3) Mecanismo breve y personas “en situación de calle”.

Sin dudas el tiempo que requieren todos los mecanismos de protección de derechos humanos debe ser el menor posible ya que una mala prolongación en el tiempo impide un

debido resguardo del derecho que se trata, produciéndose al final una vulneración mayor del mismo o la afectación de otros relacionados. Puede producirse que por un tiempo de larga duración en la substanciación del recurso que el derecho que se busca restablecer ya no exista o peor aún el titular del derecho haya perecido. La brevedad del mecanismo busca, en definitiva, que la facultad que irroga al particular no desaparezca o se deteriore por el transcurso del tiempo.

Las personas “en situación de calle” requieren, por las condiciones en que se encuentran, que el recurso o acción constitucional sea brevísimo por las necesidades que tienen respecto de los derechos que se ven perturbados constantemente en su posición. Por la inestabilidad cotidiana en la que viven es necesario que el recurso se demore lo menos posible y que llegue dentro de ese plazo a una verdadera solución.

#### a.4) Mecanismo integral y personas “en situación de calle”.

La Integralidad del mecanismo de protección consiste en que debe preocuparse de todos los derechos que se vean afectados por una misma situación fáctica y no sólo aquél que da origen al recurso.

Se trata, a todas luces, de una característica ambiciosa, implica renunciar a paradigmas procesales como la inactividad del juzgador y la importancia de lo pedido por el actor para el conocimiento del tribunal. Respecto de la inactividad del juez, debe ser éste el que tome por sí mismo las medidas que sean necesarias para restablecer el derecho en todas sus dimensiones o todos los derechos que se vean implicados. En cuanto a lo que se pide por el actor, no debe temer el juez de caer en ultrapetitia cuando se trata de derechos humanos, puesto que se trata de un todo.

Esta característica, si bien es ambiciosa en todos los casos, para la situación de las personas que habitan en las calles es casi una utopía en que el juez se verá en la necesidad de corregir situaciones de vulneraciones de derechos que le son inalcanzables con las

atribuciones que actualmente tienen los jueces. Por esta razón, creemos que es necesario otorgar al poder judicial mayores atribuciones en lo que respecta a derechos humanos para lograr un verdadero resguardo.

Sabemos que la situación de estas personas es muy complicada y que la afectación de derechos es demasiada amplia para que una sentencia judicial pueda revertirla pero de la misma forma afirmamos que una tutela integral de los derechos de estas personas es indispensable para que puedan obtener una vida de acorde a la dignidad de la persona humana.

La integralidad en este sentido viene a ser un conjunto de derechos que buscan igualar ciertas condiciones jurídicas de los que habitan en las calles respecto de otros particulares que, por motivos socio-económicos, gozan de dichos derechos. Viene en otras palabras a reparar lo que el sistema imperante no puede corregir por si mismo ya que se requiere en estos casos de una mayor intervención del Estado en la economía y en la distribución de los recursos, equiparando situaciones totalmente desiguales.

La integralidad respecto de las personas “en situación de calle” se traduce en mejores condiciones de vida, esto a través de mejorar las condiciones de salud, educación, trabajo y seguridad social, entre otros derechos sociales y aplicar, como se hace para los demás, efectivamente los derechos civiles y políticos, que muchas veces son vulnerados, cometiendo graves incongruencias entre lo que se postula en el ordenamiento jurídico y lo que sucede en la práctica. Al vulnerarse derechos civiles de estas personas confirmamos que el problema de los recursos de un Estado no es gravitante al momento de cumplir con ellos, ya que, como hemos expresado más arriba, no generan como los sociales tantas obligaciones positivas que redundan en gastos públicos.

La situación que hemos descrito en la primera parte de este trabajo debe ser reparada desde todos los puntos de vista, desde todas las concepciones de derechos que se puedan tener, independientes tanto del sistema político con sus ideologías como del sistema económico con sus leyes de mercado ya que están por encima de cualquiera de dichas

consideraciones. La integralidad en este sentido también viene a ser considerada como la interrelación que existe entre todos los derechos humanos y que no pueden ser considerados como derechos aislados.

Ahora bien, como hemos señalado es demasiado ambicioso y quizás no del todo justo entregar esta dificultosa misión a los tribunales de justicia que por su conformación y finalidad no tienen los medios para lograrlo, por eso es que es la administración la llamada a cumplir con ésta y los órganos jurisdiccionales sólo deben entrar a conocer del asunto cuando en ella se cometan graves injusticias para los administrados respecto de sus derechos humanos.

a.5) Mecanismo “no ilusorio” y personas “en situación de calle”.

Cuando analizamos la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de los mismos, encontramos que el mecanismo de protección de los derechos debe conducir a un fin. No es suficiente que exista un recurso o acción, no basta con que sea eficaz, sencillo, breve e integral si éste no conduce a un resultado real y palpable.

Con esto queremos decir que el mecanismo requiere que, después de substanciado tenga los resultados necesarios para un restablecimiento de los derechos transgredidos por la situación que se somete al conocimiento del tribunal.

Respecto de las personas “en situación de calle” esta característica, al igual que las anteriores, es indispensable. No debemos pensar que con el hecho de darle un recurso o acción a estas personas cumplimos con nuestra labor de proteger sus derechos humanos sino que es menester que dicho mecanismo llegue al resultado deseado. El resultado deseado en este caso es la obtención de una vivienda adecuada.

a.6) Características especiales del Mecanismo de Protección para las Personas “en situación de calle”.

Acabamos de estudiar lo que son las características de un mecanismo de protección para que sea considerado idóneo para dicho fin respecto o en relación a las personas en situación de calle. Es preciso ahora analizar las características que debería contemplar un recurso o acción para estas personas. Se trata de elementos especiales para esta situación pero creemos que pueden ser utilizados para otras condiciones de vulneraciones de derechos.

Enunciamos como características especiales de este mecanismo la de ser *gratuito*, ser *asesorado* y de *ejecución inmediata*. Veamos cada una de ellas.

a.6.1) “El Mecanismo debe ser *gratuito*”.

Aunque parezca obvio debemos señalar que el mecanismo para que sea considerado apto para proteger el derecho de las personas “en situación de calle” debe ser gratuito. Esto lo relacionamos con la característica de la efectividad y de la sencillez antes analizadas. El ser gratuito implica dos beneficios para estas personas.

En primer lugar, que su patrocinio debe ser prestado en forma liberada por algún abogado habilitado para el ejercicio de la profesión que lo represente ante los tribunales de justicia y lleve su caso desde el principio hasta la conclusión del procedimiento. La forma de determinar qué profesional debería proveer dicho servicio debe ser lo más equitativo posible y es necesario que se establezca por ley. Como veremos más adelante, en nuestra proposición de mecanismo de protección de derechos en relación a las personas de que trata esta investigación, el patrocinio podría estar en manos de alguna institución u organización determinada.

En segundo lugar es necesario que las costas procesales del recurso no impliquen costo alguno a las personas “en situación de calle”. Creemos que para un efectivo acceso a la justicia no basta que el servicio profesional sea gratuito sino también los gastos que genera toda intervención de la Justicia.

a.6.2) El Mecanismo debe ser “*asesorado*”

Muchas veces no será necesaria la intervención de los tribunales de justicia si existen otros medios para lograr el mismo fin. Para ello es importante una debida asesoría sobre el tema. Con esto no sólo nos referimos a la asesoría que puede hacer un abogado sino a otras ciencias sociales como el Trabajo Social, la Psicología, la Sociología entre otras.

Se trata de un trabajo interdisciplinario que debe hacerse con estas personas y el acceso a la justicia, que es nuestro tema en especial, es sólo una faz de la situación. No estamos diciendo que esto no se haga en la actualidad porque eso sería faltar a la verdad. Lo que buscamos con esta característica es que en el proceso de restablecimiento de los derechos humanos debe haber un acompañamiento lo más completo posible de estas personas.

a.6.3) El Mecanismo debe ejecutarse inmediatamente.

Por último, creemos que el mecanismo debe concluir con una ejecución de manera inmediata, es decir, una vez resuelto lo substancial debe producirse su cumplimiento. El retraso de éste puede provocar perjuicio para el actor.

En este sentido es recomendable que si es necesario el uso de la fuerza pública para lograr el objetivo del mecanismo de protección ésta deba prestarse sin mayor trámite para evitar perjuicios que puedan provenir de una ejecución extemporánea.

a.7) Síntesis de las características del Mecanismo de Protección respecto de las personas “en situación de calle”.

Para concluir con el tema de las características del recurso o acción constitucional para el resguardo de los derechos humanos, sobre todo en lo que se dice respecto de las personas en situación de calle, señalaremos que éste debe contener los elementos explicados más arriba.

El enfoque que quisimos dar se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales ya que carecen de un medio que los proteja ante cualquier negación o vulneración, pero como pudimos apreciar, estas características pueden ser aplicadas en cualquier caso respecto de estas personas.

Por todo lo anterior, el mecanismo de protección de los derechos humanos debe ser eficaz, sencillo, breve, integral, no ilusorio, gratuito, asesorado y de ejecución inmediata. Reuniendo todas esas características podemos decir que se trata de un medio jurídico adecuado para obtener una debida protección de los derechos para las personas en situación de calle.

b) Proposición de un Procedimiento de exigibilidad del Derecho a la Vivienda para las Personas en situación de calle.

Finalizando el presente trabajo presentaremos o propondremos un modelo de mecanismo de protección de los derechos humanos para la vivienda adecuada respecto de las personas en situación de calle según lo expresado más arriba.

Para la presente proposición intentaremos introducir todo lo que hemos estudiado hasta el momento. Partimos de la base de que el derecho a la vivienda no tiene un

mecanismo de protección que lo resguarde de las vulneraciones de las que es víctima, sobre todo en lo que respecta a las personas que habitan en lugares públicos.

Advertimos que se trata de una idea general y que los detalles podrán darse más adelante cuando se considere éste como un mecanismo apropiado. Nos referimos a las líneas generales con las que debe contar este procedimiento.

La proposición contendrá los siguientes ítems: Intervinientes en el Procedimiento, Estructura del Procedimiento y Ejecución de lo resuelto por medio del Procedimiento.

#### b.1) Intervinientes en el Procedimiento.

Los Intervinientes en el Procedimiento son aquellos sujetos que, valga la redundancia, intervienen en él como actores y dan movimiento a éste. Consideramos como tales al titular del derecho y al Estado, ambos representados en la forma que venimos en presentar en lo que sigue.

##### b.1.1) Titulares del derecho.

Los titulares del derecho son, obviamente en este caso, las personas “en situación de calle” que carecen de un lugar donde residir y pernoctar, que por ello lo hacen en lugares públicos, situación fáctica que ya hemos analizado.

Con respecto a su calidad de titulares del derecho, debemos concluir que el derecho a la vivienda adecuada compete a toda persona humana sin distinción alguna y por lo tanto a ellos con mayor razón.

Cuando vimos las características específicas que debía tener el mecanismo de protección respecto de las personas “en situación de calle” dijimos que debía ser asesorado

gratuitamente por una institución ocupada del trabajo con estas personas. La función en nuestra propuesta es primordial puesto que las circunstancias en que viven no permiten que puedan ejercer sus derechos de una manera adecuada.

Las instituciones a las que nos referimos deberán estar acreditadas ante el Ministerio o Servicio Público respectivo para que pueda representar a las personas con las que trabajan habitualmente. Deberán designar un abogado que cumpla las funciones de patrocinar gratuitamente al titular del derecho y realizar todos los trámites que sean necesarios para lograr el cumplimiento íntegro de lo que entendemos por derecho a la vivienda adecuada.

Creemos que, para una mejor apreciación de los hechos tanto de los Servicios Públicos como de los Tribunales competentes, es necesaria que la acción sea interpuesta por una multiplicidad de personas “en situación de calle”, asemejándose a una intervención colectiva por parte de ellas representadas por una misma institución por medio de un mandatario común. Creemos que para iniciar un procedimiento en esta materia es menester calificar por la institución responsable a las personas susceptibles del derecho según sus finalidades y del lugar donde habitan, para fortalecer los lazos de comunidad que ayudarán a una mejor posición frente a la administración y a los tribunales de justicia.

Aquí es necesario dar una pequeña idea de lo que entendemos por acción colectiva o plural. Dentro de la doctrina se clasifican estas acciones en tres grandes grupos: acciones de clase o *class actions*, acciones civiles públicas o *parens patriae civil actions* y acciones de organizaciones o asociaciones. Las primeras corresponden a acciones interpuestas por miembros de un grupo determinado, las segundas corresponden a aquellas que se interponen por agentes del gobierno y las terceras son promovidas por asociaciones. (...) *lo que distingue una acción colectiva de una acción individual es su aptitud de proteger el derecho de un grupo (objeto del procedimiento)*”<sup>243</sup>

---

<sup>243</sup> GIDI, Antonio, “LAS ACCIONES COLECTIVAS Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS DIFUSOS COLECTIVOS E INDIVIDUALES EN BRASIL”, traducción de Lucio Cabrera Acevedo, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1337> página visitada por última vez con fecha 28 de mayo de 2010, pág. 32

Ciertamente aquí el grupo o la colectividad son las personas “en situación de calle” de un determinado lugar con fines comunes lo que deberá ser analizado por la respectiva institución que los asesorará durante el proceso de exigibilidad y obtención de la vivienda adecuada.

#### b.1.2) Estado.

Respecto del Estado podemos decir que, dentro del procedimiento que venimos en proponer, existe un desdoble entre los poderes del mismo. Consideramos como interviniente Estado tanto al Servicio que debe cumplir con la prestación del derecho a la vivienda como al Órgano Jurisdiccional ante el cual se procede en la segunda etapa del mecanismo.

##### b.1.2.a) Servicio Público Competente.

Con Servicio Público competente nos referimos a aquél órgano del Estado que tiene por función las tareas relativas a la vivienda como son en nuestro ordenamiento el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU) y el Servicio de Vivienda y Urbanismo (SERVIU). Este Interviniente aparecerá en la etapa prejudicial o “*administrativa*” del mecanismo y como parte en la etapa Judicial propiamente tal de éste. En regiones o en forma descentralizada, el Servicio será el SEREMI correspondiente.

##### b.1.2.b) Órgano Jurisdiccional.

Representando al Estado también encontraremos al Órgano Jurisdiccional que será parte del Poder Judicial, especialmente nos referimos aquí a la Corte de Apelaciones respectiva, esto es, la del lugar donde se exija el cumplimiento del derecho por parte del

titular. Sobre este interviniente no es mucho lo que podemos agregar sino cuando veamos la etapa donde participa.

#### b.2) Estructura del Procedimiento.

La estructura del mecanismo protección que intentamos proponer consta de dos partes: una etapa prejudicial que se refiere a la demanda del derecho ante los servicios públicos competentes en materia de vivienda y la etapa propiamente judicial ante los tribunales de justicia.

La distinción que en adelante es esencial en cuanto a la exigibilidad del derecho a la vivienda así como de los demás derechos sociales. Primeramente el derecho a la Vivienda y las consecuencias que de él emanan tienen en nuestro Ordenamiento Jurídico un Organismo propio, esto es, un Servicio Público dedicado enteramente al cumplimiento de los fines del mencionado fin. Con esto nos referimos al Ministerio de Vivienda y Urbanismo o simplemente MINVU. Creemos que antes de iniciar un procedimiento ante un Tribunal de Justicia, es necesario que se exija el derecho ante el agente mandatado para llevar a cabo dicha función y sólo fracasando la gestión en sede administrativa, se debe concurrir al órgano jurisdiccional competente. Todo esto se basa en el derecho a la exigibilidad de los derechos y en la posibilidad que deben dar los procedimientos de que exista una revisión judicial de las decisiones administrativas en materia de derechos humanos.

##### b.2.1) Etapa prejudicial o “*administrativa*”.

En esta etapa del mecanismo lo que se requiere es evitar la intervención del Poder Judicial a través de la prestación del bien vivienda por parte de los organismos del Estado que les corresponda dicha labor. Creemos que debe evitarse que los tribunales de justicia conozcan del asunto puesto que no corresponde, prima facie, que éstos decidan sobre un asunto tan complejo que tiene implicancias pecuniarias y presupuestarias para el fisco.

Lo principal de este estadio del proceso es la participación del órgano del Estado que le compete otorgar el derecho a la vivienda y la del titular de éste. Sabemos que en nuestro país el órgano es el Ministerio de Vivienda y Urbanismo por medio del Servicio de su misma denominación. El titular del derecho, asesorado respectivamente, puede recurrir directamente ante el servicio señalado y demandar o exigir su derecho, reuniendo los antecedentes que la misma ley exija para iniciar con el proceso.

#### b.2.1.1) Plazo.

Creemos que esta etapa debe tener un plazo máximo en que se dé una respuesta efectiva al titular que requiere la vivienda adecuada, limitando el actuar de la Administración, abriendo la posibilidad al segundo momento de este mecanismo que sería la etapa propiamente jurisdiccional.

Un plazo racional para dar una respuesta al titular debe ser de a lo más veinte días hábiles contados desde la recepción de los antecedentes por el Servicio respectivo. Para esto es necesario considerar los días y horas de funcionamiento de éste.

#### b.2.1.2) Respuesta del Servicio

La respuesta del Servicio, en definitiva, será la resolución que adopte sobre la existencia del derecho y la solución que le da a la situación que se ve acreditada por los antecedentes presentados en el procedimiento. En este sentido la respuesta del órgano puede ser positiva o negativa. Pero en ambos casos lo que se resuelva por el Servicio debe comprender a todos los titulares siendo su actuación indivisible y al igual que los resultados.

#### b.2.1.2.a) Respuesta Positiva.

La respuesta positiva se traduce en el hecho de aceptar la solicitud del particular y comenzar el procedimiento respectivo para entregar una vivienda a éste. Lo importante de esta situación es el hecho que con esta respuesta termina el mecanismo de protección que por estas líneas proponemos.

Sabemos que esto no dista mucho de lo que ocurre hoy en día ya que es muy similar al sistema de subsidios que entrega el Estado a los particulares que cumplen ciertos requisitos sociales y económicos.

Pensamos que debe existir también un plazo perentorio para la entrega del bien vivienda con las características señaladas, el cual no debería exceder de un año contado desde la fecha de la respuesta positiva entregada por el Servicio. Si esto no fuere así, debe existir un mecanismo que logre que el derecho no se esfume por el transcurso del tiempo sin ser percibido por el titular. Para esto proponemos que si en el plazo señalado no se cumple con la obligación, pueda el afectado recurrir directamente al tribunal respectivo para que resuelva el asunto y ordene, en definitiva, que entregue la vivienda exigida.

#### b.2.1.2.b) Respuesta Negativa.

Se trata de la negación del derecho a un determinado particular por parte del Servicio por las razones que éste deberá esgrimir en su respectiva resolución.

En esta situación pensamos que es apropiado proponer un sistema de apelación del procedimiento cuando la respuesta no tiene fundamentos plausibles. El plazo para la interposición debe ser lo más corto posible, aplicando la regla general de las sentencias definitivas el plazo será de diez días hábiles contados desde que se le notifica al titular por cualquier medio comprobable la decisión del Servicio.

Conocerá de esta apelación el superior jerárquico del funcionario que conoció del asunto y resolvió negativamente éste. El plazo para resolver no debe ser superior al de su interposición, esto es, no debe sobrepasar los diez días hábiles.

Si la respuesta del Superior es positiva nos remitimos a lo que ya dijimos sobre ella en el apartado anterior, remitiéndose los documentos y antecedentes al funcionario competente para que dé cumplimiento a la resolución tomada.

Si la respuesta vuelve a ser negativa se da por terminada la etapa prejudicial para comenzar el segundo estadio del mecanismo que proponemos que corresponde a la intervención del Poder Judicial a través de sus Tribunales de Justicia.

#### b.2.2) Etapa Jurisdiccional propiamente tal.

En lo que sigue de nuestra proposición de mecanismo de protección del derecho a la vivienda adecuada para las personas “en situación de calle” formularemos el procedimiento ante los tribunales de justicia, partiendo de la base que en ellos se accionan los derechos como efectivamente lo es el derecho que hemos estudiado en la presente investigación.

Señalamos que la representación del Estado como ente patrimonial denominado “fisco” será ejercida por el órgano competente, que en este caso es el Consejo de Defensa del Estado, quien una vez notificado del procedimiento, sin más trámites, solicitará al Servicio respectivo todos los antecedentes que le sean necesarios para una debida actuación ante los tribunales.

La presentación de la etapa jurisdiccional la haremos desde los siguientes tópicos: Tribunal competente, procedimiento, sentencia definitiva y recursos.

#### b.2.2.1) Tribunal Competente.

El Tribunal Competente es aquél que le corresponderá, según la ley que establezca el mecanismo que proponemos, el conocimiento íntegro del asunto que se presenta por el titular y su representante. Conocerá de los períodos de discusión y resolverá el asunto controvertido, devolviendo al Servicio los antecedentes para su debido cumplimiento.

Creemos que Tribunal más apropiado para conocer del mecanismo de protección que estamos presentando es la Corte de Apelaciones correspondiente ya que en la actualidad son ellas las que conocen del Recurso de Protección para los demás derechos fundamentales. Considerando que el derecho a la vivienda adecuada es uno de ellos deben ser estos órganos jurisdiccionales los que conozcan y fallen nuestro mecanismo. Además ya existe una nutrida jurisprudencia sobre los derechos humanos en ellas y eso simplificaría las cosas comparándolas con otros tribunales que no tienen esa misión.

Por último, pensamos que por la posición, que ocupan las Cortes de Apelaciones en nuestra organización del poder judicial como tribunal ordinario de justicia, se facilita la opción de interponer recursos ante ella y que serán conocidos por el máximo tribunal, esto es, la Corte Suprema antes de pasar a instancias internacionales, que claramente no es el propósito de la presentación que hacemos.

#### b.2.2.2) Procedimiento.

El principal objetivo de nuestro procedimiento es que sea lo más breve y sencillo posible, llegando a una solución rápida y efectiva ante la vulneración del derecho a la vivienda adecuada. Analizamos este punto desde los siguientes temas: Interposición de la acción y examen de admisibilidad y vista de la causa.

Una de las diferencias que podemos notar en este procedimiento que proponemos es que siempre se tratará de una acción colectiva, presentada por un grupo de personas “en

situación de calle” con la finalidad de resguardar sus derechos íntegramente. Se trata por tanto de una gran diferencia con lo que actualmente tenemos como procedimiento de protección de derechos humanos, que puede interponerse tanto individual como colectivamente.

#### b.2.2.2.a) Interposición de la acción y Examen de admisibilidad.

Comienza el procedimiento con la interposición de la acción ante la Corte de Apelaciones respectiva (desde ahora en adelante simplemente la Corte) por medio de un escrito confeccionado por el abogado patrocinante, el mismo que tramitó el mecanismo en la etapa prejudicial, con el fin de que tenga el conocimiento suficiente de los casos de que es responsable.

Recordamos que la etapa jurisdiccional se inicia con las siguientes hipótesis: si en la etapa prejudicial no hay respuesta del Servicio competente dentro del plazo señalado o si habiendo respuesta, esta es negativa aún después de haberse requerido la intervención del superior jerárquico. En estos casos se hace necesaria la intervención de los tribunales de justicia.

En ambos casos el plazo para la interposición de la acción ante la Corte será de veinte días hábiles contados desde que termine de transcurrir el plazo o desde que se notifique la respuesta negativa a los titulares.

Interpuesta la acción, atendida ya la tramitación en el Servicio correspondiente, creemos, en función de la brevedad y sencillez del procedimiento, que no debe existir un examen de admisibilidad del recurso, salvo en un notorio caso de falta de patrocinio. En este caso debe designarse por la institución respectiva un abogado dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la interposición del recurso ante la Corte.

#### b.2.2.2.b) Vista de la causa.

En cuanto a la prioridad que debe tener el recurso ante la Corte, pensamos, siguiendo la lógica del Recurso de Protección actual, debe tener la misma que los derechos tutelados por la acción constitucional. Lo ideal es que se cumpla con esto para que el derecho a la vivienda adecuada no se diluya por el transcurso del tiempo, logrando así la igualdad entre los distintos derechos humanos y fundamentales.

Sabemos que el derecho a la vivienda adecuada como todo derecho social tiene una difícil comprensión y alcances, siendo complicado para los magistrados conocer y resolver sobre asuntos que competen a órganos de otro poder del Estado. Por todo esto, creemos que la resolución del asunto puede no ser inmediata y admitimos que es necesario un plazo no más allá de cinco días hábiles, contados desde la vista de la causa, para que la Corte se pronuncie al respecto.

#### b.2.2.3) Sentencia definitiva.

La sentencia definitiva deberá contener todos los elementos comunes a toda resolución de esta naturaleza, es decir aquellas que se encuentran en el Código de Procedimiento Civil junto con el Auto Acordado que se refiere a la forma de las sentencias. Sabemos que la Sentencia definitiva es aquella que resuelve el asunto controvertido poniendo fin a la instancia. Aquí lo que se resuelve en definitiva es el derecho a la vivienda adecuada respecto del grupo de titulares que ha interpuesto la acción.

En simples palabras, la sentencia definitiva puede tener dos posibles soluciones al conflicto suscitado entre las personas “en situación de calle” y la administración del Estado: podrá acceder a la solicitud obligando al Servicio a otorgar la vivienda que en un principio se negó a dar o podrá denegar definitivamente el derecho a estas personas.

Si la sentencia definitiva accede, obligando al Estado a cumplir con la prestación que conlleva el derecho a la vivienda, remitirá sin más trámite los antecedentes al Servicio correspondiente para que inicie las gestiones que procedan. A todo esto nos referiremos en el apartado sobre ejecución de lo resuelto.

Si la sentencia definitiva deniega el derecho a estas personas comienza a correr los plazos para su impugnación una vez que haya sido debidamente notificado el abogado patrocinante de las personas titulares del derecho. El procedimiento de impugnación de la sentencia lo veremos en el siguiente apartado.

#### b.2.2.4) Recursos.

Utilizamos la palabra recurso en su sentido jurídico, esto es, como medio de impugnación de resoluciones judiciales, creyendo que es justo que el asunto sea visto por la Excelentísima Corte Suprema antes de que los afectados puedan recurrir ante instancias internacionales.

Lisa y llanamente creemos que el recurso apropiado es la apelación que se concederá en ambos efectos para los titulares del derecho y que se interpondrá ante la Corte para que conozca y resuelva la Corte Suprema como tribunal ad quem, zanjando de forma definitiva el asunto controvertido.

El plazo para su interposición será de diez días hábiles contados desde la válida notificación de la sentencia definitiva y se hará por escrito, con todos los antecedentes del proceso para que el Supremo Tribunal pueda tener una acertada decisión.

Si la resolución de la Corte Suprema es favorable a los titulares del derecho, remitirá los antecedentes al Servicio respectivo con la orden de ser cumplido de inmediato. Por el contrario, si la respuesta es negativa se informará de ello al abogado patrocinante para que este de inicio al procedimiento en instancias internacionales si lo cree conveniente.

### b.3) Ejecución de lo Resuelto.

Para finalizar nuestra proposición haremos un esbozo de lo que sería la ejecución delo resuelto por el Servicio correspondiente o, en caso de haber llegado a la etapa judicial, lo que la Corte haya dispuesto en su sentencia definitiva.

Respecto de esto algo ya adelantamos y dijimos que el plazo prudente para el cumplimiento de la obligación de la prestación del derecho a la vivienda adecuada debe ser de un año a lo más, contado desde las fechas de la resolución administrativa o de la sentencia definitiva según sea el caso. Creemos que este plazo es razonable para otorgar una vivienda adecuada a todos aquellos que la solicitan por medio del presente mecanismo de protección del derecho.

En caso de no cumplir con la entrega dentro del plazo proponemos que el o los titulares que se vean afectados por esta situación podrán recurrir ante el tribunal competente para que compela al Servicio a cumplir con lo que se ha ordenado.

La ejecución del derecho a una vivienda adecuada, como vimos más arriba, tiene dos requisitos copulativos que se refieren a entregar el bien deseado con las características que lo hacen ser considerado como un lugar adecuado para habitar según la dignidad de la persona humana. Con esto queremos señalar que no basta con que se entregue el la vivienda a sus titulares sino que también es necesario que dicha vivienda cumpla con los estándares que hemos estudiado. Si así no ocurriese creemos en la necesidad de contar con un procedimiento que vele por la calidad de las viviendas construidas por el Estado o subsidiadas por éste con el objeto de cumplir con los requisitos planteados.

Como vimos en la tercera parte de este trabajo, el cumplimiento del fallo o de la sentencia es esencial para la aplicación y exigibilidad del derecho a la vivienda y de todos los derechos sociales en general. El cumplimiento de lo resuelto trasunta en la misma efectividad del recurso interpuesto, no siendo meramente ilusorio, teniendo un resultado palpable. Como ya dijimos si no fuera así, el recurso que se presenta sería una ilusión de

tutela judicial efectiva de derechos, lo que no es aceptable en un sistema de Estado de Derecho ya que en todo esto se juega la seriedad de un ordenamiento jurídico completo, ya que no se puede concebir que sólo algunas sentencias se cumplan y otras no.

También vimos que el Estado no puede desligarse del cumplimiento de lo que le ha ordenado una sentencia judicial sobre el tema utilizando ciertos privilegios que hacen inútil lo resuelto ni tampoco puede dar cumplimiento de forma que se desvirtúe la sentencia, dándole una cierta apariencia de legalidad a algo que efectivamente no lo es.

Por otra parte, el cumplimiento de la sentencia en este sentido implica, a fin de cuentas, proveer a los titulares que presentan la acción de una vivienda que reúna los requisitos señalados en atención a sus características sociales. Implicaría también que se le reconozcan derechos que van de la mano de la vivienda, como es la salud, la educación, el trabajo y como parte integrante de éste, el nivel de vida adecuado.

La sentencia también implicaría un precedente para la actuación del Estado en la materia. Con esto nos referimos que para evitar futuras sentencias desfavorables los órganos estatales mejoren el cumplimiento de las obligaciones que emanan del derecho a la vivienda para no incurrir en procedimientos judiciales que sobrecargan la labor de los tribunales y que tampoco es de ellos el trabajo de hacer las políticas públicas sobre vivienda.

Por último, debemos señalar que otra gran diferencia con nuestro Recurso de Protección es que la sentencia que acoja la acción siempre condenará al Estado a otorgar un bien determinado a quienes obtienen en el proceso.

#### b.4) Comentarios.

Creemos que el procedimiento que sencillamente hemos tratado de proponer en el presente trabajo sería suficiente para poder cumplir con las altas expectativas que tenemos

sobre el derecho que hemos expuesto y estudiado, en lo que respecta a las características que lo componen.

También pensamos que un procedimiento así puede ser aplicado para otros grupos sociales que carezcan de una vivienda. Quizás ya exista la etapa pre judicial o administrativa pero siempre será necesario que las decisiones tomadas por estos órganos sean revisadas por un tribunal competente cuando los titulares vean afectados sus derechos. Todo esto porque las condiciones de vivienda en nuestro país no son de las mejores y muchas veces los particulares no ejercen sus derechos porque creen que se trata de una mera liberalidad del gobierno de turno cuando en realidad se trata de un derecho humano tan válido y tan exigible como los demás.

Para concluir, también podemos decir que este procedimiento que presentamos puede servir de base para la creación de un mecanismo general de protección de derechos sociales y no sólo al que nos referimos aquí. Ya vimos las falencias de nuestro querido Recurso de Protección, el cual creemos debe evolucionar para ser efectivamente un mecanismo de tutela de derechos humanos como ya hemos analizado en los capítulos anteriores, ampliando su campo de acción a derechos que no son contemplados actualmente.

## CONCLUSIONES

Para finalizar la presente investigación debemos señalar las distintas conclusiones a las que hemos podido llegar durante el transcurso del trabajo hecho. Adelantamos que muchas de ellas ya se han formulado en las distintas partes donde se han tratado cada uno de los temas que componen la Memoria de Prueba que venimos en presentar. Como hemos visto nuestro trabajo tiene dos grandes ejes sobre los cuales se basa. El primero de ellos es el tema de las personas “en situación de calle”, su conceptualización, caracterización, intervención del Estado y la promoción de sus derechos entre otros tópicos. El segundo gran tema es el derecho a la vivienda adecuada, el cual exige un tratamiento mayor atendida la importancia que creemos tiene en las personas que habitan en las calles. Pasemos ahora a ver las conclusiones a que hemos llegado.

En primer lugar, concluimos que la situación que viven muchos chilenos y chilenas es precaria y totalmente impresentable en un Estado que se ha comprometido a cumplir con ciertos derechos y que claramente en estos casos no se verifica. Según hemos visto las personas “en situación de calle” son aquellas que se hallan pernoctando en lugares públicos o privados, sin contar con una infraestructura tal que pueda ser caracterizada como vivienda aunque la misma sea precaria, y a aquellos que, por carecer de alojamiento fijo, regular y adecuado para pasar la noche, encuentran residencia nocturna, pagando o no por este servicio, en alojamientos dirigidos por entidades públicas, privadas o particulares y que brindan albergue temporal.

Estimamos que los elementos que componen la conceptualización de estas personas son la exclusión social, la inferiorización de la situación y la relación del sistema económico imperante y las personas en esta condición. El primero de estos elementos se refiere a los impedimentos que tienen estos individuos para acceder a ciertos bienes y servicios que mejorarían su calidad de vida. El segundo elemento se traduce en que la situación de estas personas es considerada por ellas mismas desde una perspectiva vertical donde ellos se ven en el nivel inferior de la sociedad, produciendo que esta misma actúe en función de esta concepción. Por último, existe una estrecha relación entre el sistema

económico y la situación de calle, es decir, por la conformación económica que trasunta en el sistema político ayuda a que el escenario social que viven estas personas se mantenga en el tiempo ya que el Estado sólo interviene en ciertos ámbitos de la economía del país. Las personas “en situación de calle” como vimos no son consideradas dentro de los factores productivos predominantes del sistema neoliberal y por tanto no son considerados dentro de lo que es el sistema político que definitivamente prescinde de ellos.

Las personas en esta condición son mayoritariamente del sexo masculino, solteros con un promedio de edad que los coloca dentro de lo que denominamos “edad productiva”. A pesar de esta situación la mayoría de estas personas se encuentra desempleada y sólo obtienen ingresos de trabajos esporádicos de lo que ellos denominan “macheteo” o el pedir limosna. Esta condición hace que ellos permanezcan en los lugares públicos por un tiempo indeterminado. Otro porcentaje importante reside en las llamadas “hospederías” por la cual paga el arriendo de una habitación o simplemente de una cama donde pernoctar, pero igualmente hacen su vida en las calles. Demostró el Catastro que el fenómeno se manifiesta en las grandes ciudades de nuestro país, siendo la capital la que tiene mayor cantidad de personas “en situación de calle”.

Respecto de la intervención del aparato estatal podemos concluir que es mínima. Ella se traduce en la ampliación del *Programa Chile Solidario* a estos sujetos denominándose *Programa Calle*. Grandes críticas se hacen a este sistema de intervención pero la más trascendente consiste en que el Programa no ha podido integrar a las personas en situación de calle porque la forma en que se ha propuesto trabajar con ellas no está bien planteada ya que requiere de un tratamiento multidisciplinario y multiministerial, situación que en la práctica no sucede.

En cuanto al trabajo de instituciones privadas como el Hogar de Cristo, inspirado en sus principios cristiano-católicos, la manera de abordar la situación de estas personas consiste en ofrecer un lugar donde pernoctar, esto es, en las llamadas “hospederías” y prestar servicios básicos en materias de salud y educación. Por otra parte la ONG Moviliza trata el problema desde un punto de vista que podríamos llamar laico, sin concepciones

religiosas de por medio y que traduce como la sociedad civil se organiza y se encarga de los problemas que la misma crea. Más allá del trabajo asistencial que muchas veces organizaciones como ésta buscan realizar, los fines de Moviliza van enfocados a lograr una verdadera inclusión de las personas en la sociedad. Esta misión se busca por medio de diversos talleres en que se va capacitando a los que habitan en las calles y de esta forma prepararlos para una vida de acuerdo a la dignidad humana.

Creemos que es necesario que la intervención del Estado sea más potente en este sentido y no quede en meras declaraciones de buena voluntad o en programas que en la práctica no funcionan como deberían. En este sentido, creemos que falta voluntad de los ejecutores políticos de realizar cambios en esta materia ya que como vimos en el trayecto de la presente investigación no existen razones para considerar que ciertos derechos no pueden ser cumplidos. Es más, respecto de las personas objeto de nuestro estudio no tan sólo son derechos sociales sino que también derechos civiles que se ven vulnerados sistemáticamente, se trata de un escenario social en que se crea la imagen de personas sin derechos lo cual es falso según hemos estudiado.

En segundo lugar, tratamos el derecho a la vivienda adecuada y siguiendo una metodología de trabajo deductiva hemos comenzado su estudio desde el un punto de partida común, esto es, el tema de los derechos humanos. Llegamos, de esta forma, al derecho a un nivel de vida adecuado, el cual se encuentra conformado por un conjunto de derechos humanos entre los cuales encontramos el derecho a la alimentación, el derecho a la vestimenta y el derecho a la vivienda. Este último es el objeto de nuestro trabajo y lo definimos como aquel que tiene toda persona y su grupo familiar a residir en un lugar conforme a su dignidad humana, reuniendo los requisitos necesarios para su pleno desarrollo material, espiritual y moral.

La vivienda debe cumplir con ciertos requisitos para que sea considerada como adecuada. Estos requerimientos vienen dados desde organismos internacionales que interpretan el derecho consagrado en el Pacto mencionado. En resumidas cuentas la vivienda adecuada es aquella que reúne las condiciones materiales y culturales para el desenvolvimiento de las personas que en ella habitan. Con condiciones materiales nos

referimos a que ésta debe estar construida del material que proteja a sus moradores del frío, del calor y de otras condiciones climáticas y también que dichos materiales otorguen la privacidad necesaria para desarrollarse dentro de ella. En cuanto a las condiciones culturales, nos referimos a aquellas que debe reunir la vivienda con tal de que adecue a la realidad cultural de un determinado Estado, o mejor dicho, de una determinada cultura, con todos los elementos y espacios que la conforman.

Los elementos componentes del derecho en estudio los que siguen: Seguridad en la tenencia, Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras, Gastos soportables, Habitabilidad, Asequibilidad, Lugar y Adecuación cultural. Estos siete elementos como mínimo deben estar presentes en una vivienda que busque los fines del derecho señalado. Todos estos elementos fueron analizados en su oportunidad y nos remitimos literalmente a lo que ya hemos dicho sobre el tema.

Todo lo que dijimos en el desarrollo de esta Memoria y lo que hemos resumido aquí nos deja claro y sin ninguna duda que el derecho a la vivienda es un derecho humano, reconocido en distintos instrumentos o convenciones y tratado por los organismos internacionales sobre la materia.

Ahora bien, no basta con que un derecho sea reconocido como tal si no tiene una aplicación en un Estado determinado, es necesario aseverar que el derecho mencionado es un derecho fundamental. En el caso de nuestro ordenamiento constitucional el artículo base para considerar el derecho a la vivienda como uno de aquellos que consideramos fundamentales es la quinta disposición en su inciso segundo donde se establecen los límites al ejercicio de la soberanía. Esas fronteras que el Estado no puede traspasar son los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*.

Claramente no podemos concluir con la simple lectura del artículo mencionado que el derecho a la vivienda está reconocido como tal. Es preciso, por lo tanto, interpretar la norma a la luz de lo que la doctrina señala. Es por eso que en este punto es necesario aplicar el concepto de "*Bloque Constitucional de los Derechos Humanos*". En este orden de ideas,

según lo estudiado, podemos aseverar con propiedad que el derecho en cuestión es un derecho fundamental ya que se encuentra reconocido por nuestro Estado por medio de Convenciones Internacionales sobre la materia, principalmente con esto nos referimos al Pacto Internacional de 1966.

Uno de los temas más importantes que hemos abordado se trata de la Exigibilidad de los derechos sociales, así dejamos de lado el tema particular del derecho a la vivienda y volvemos a lo general. Una de las razones del problema de la exigibilidad de los derechos de esta clase es la importancia que se le ha dado a las llamadas generaciones de derechos.

En cuanto a las obligaciones que nacen de un derecho para el Estado es más amplia y se aleja de la antigua idea de abstención y prestación exclusivas de cada una de las generaciones de derechos. Así podemos decir que para todo derecho humano existen cuatro clases de obligaciones que varían según la naturaleza del mismo. Éstas son las de Reconocimiento y promoción, Respeto, Protección y de Realizar o de Acceso al derecho. Esta nueva concepción complementada con la idea de la interrelación de los derechos humanos nos ilustra y llegamos a la conclusión que en definitiva las llamadas generaciones de derecho no son más que una simple clasificación con fines ordenatorios basada en derechos de una misma naturaleza de un mismo momento histórico. También, por consiguiente, llegamos a la idea de que los derechos son plenamente exigibles y lo que varía en sí es la forma de lograr los fines que tiene cada derecho.

Otro punto de gran importancia en nuestro trabajo es el de la Justiciabilidad de los derechos sociales. Definimos la Justiciabilidad (según lo que postula Curtis) como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de al menos algunas de las obligaciones que se derivan del derecho. Podemos decir que la Justiciabilidad en definitiva consiste en llevar esa exigibilidad que tiene cada derecho ante los Tribunales de Justicia. Lo que califica a un derecho social como derecho pleno, no es el hecho del que el Estado cumpla sus obligaciones de buenas a primeras, si no la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida. Dicho de otra manera los derechos económicos, sociales y culturales no

serán considerados derechos propiamente tales sino cuando el titular de éste se encuentre en condiciones de provocar el funcionamiento del sistema judicial del Estado respectivo mediante una acción a defender una resolución o sentencia, que ordene al Estado a cumplir con una determinada obligación.

Lo que importa en la Justiciabilidad de los derechos sociales es cómo se exige el cumplimiento de las obligaciones positivas que imponen al Estado. Claramente existen muchos obstáculos que deben ser sobrepasados pero como hemos dicho no existe una imposibilidad técnica que impida que se creen o elaboren mecanismos judiciales para que los titulares puedan recurrir al Tribunal con una acción donde se solicite la prestación debida.

Con lo visto anteriormente en el sentido de que los derechos fundamentales entrañan un complejo de obligaciones positivas y negativas, es preciso analizar qué clase de obligaciones tienen la posibilidad de su exigencia a través de la actuación judicial. En cuanto a las obligaciones negativas que derivan de los derechos económicos, sociales y culturales, podemos decir que ellas se cumplen de la misma forma que las obligaciones negativas de los derechos civiles, esto es por medio de un deber de abstención por parte del Estado. Una principal obligación de este carácter se contempla en la obligación Estatal de no discriminar en el ejercicio de estos derechos. Se trata de una abstención en la discriminación.

En cuanto al acceso a la justicia, en primer lugar deben derribarse ciertos obstáculos económicos que impiden a las personas el acceso en todo sentido a la judicatura. También impone la obligación de que toda persona tenga la asesoría pertinente en materia jurídica, esto es, que sea asesorada por un letrado. Por último, impone a los Estados parte eliminar en la práctica ciertas conductas de exclusión sistemática de acceso a la Justicia de ciertos grupos sociales.

Dentro del mismo tema del acceso a la Justicia, encontramos los elementos que debe contemplar el debido proceso en materia administrativa y en el ámbito judicial.

En el primero de estos puntos se refiere a la procedencia del debido proceso en los actos de la administración del Estado. Siempre se ha concebido que éste sea un requisito de los procedimientos que se llevan por los Tribunales de Justicia, sin embargo dentro del SIDH también es considerado en los procesos administrativos que conozcan sobre derechos humanos. Todo esto porque no hay distinciones sobre en qué poder del Estado debe cumplirse con el debido proceso sino que mandata a todo el aparato a estatal a cumplir con aquél.

En los actos de la administración que dicen relación con derechos sociales tiene una influencia transcendental el asunto de la discrecionalidad estatal y en este sentido la CIDH ha señalado en su informe que es necesario, para que exista un debido proceso administrativo, que dicha discrecionalidad sea limitada en pro de los derechos de las personas. Para eliminar todos los vicios que puedan aparecer en este ámbito es necesario, a la luz de lo que postula la CIDH analizando su jurisprudencia y la de la Corte IDH, que se cumplan con los siguientes elementos: En primer lugar, debe existir una audiencia de determinación de derechos en que el afectado o futuro afectado por una decisión administración tenga una serie de derechos con la finalidad de conocer los motivos de la posible vulneración de sus prerrogativas y facilitar su defensa ante el Estado. En segundo lugar, debe cumplirse con una notificación previa sobre la existencia del proceso con la finalidad obvia de que las personas conozcan que existe algún procedimiento que puede llegar a afectarles. En tercer lugar, las personas tienen derecho a contar con una decisión fundada, es decir, que lo resuelto se haga por escrito para que permita una adecuada comprensión y los alcances de la decisión. En cuarto lugar, encontramos que el proceso administrativo debe ser público, esto es, la Administración del Estado debe actuar con toda la publicidad necesaria para que se trate de un procedimiento transparente. En quinto lugar, es necesario que el proceso se realice en un tiempo razonable con tal que el mismo no afecte los derechos de las personas durante su tramitación y para esto se requiere que los plazos de los actos administrativos sean ideados en función de la misma protección de las libertades e igualdades. Por último, pero no por eso menos importante, es preciso que se establezca una conexión entre el poder ejecutivo y el poder judicial mediante la revisión de

los Tribunales de las decisiones tomadas por la Administración. Creemos que es un elemento esencial ya que en definitiva permite que la judicatura conozca de los actos que pueden vulnerar o afectar derechos de las personas y corregir decisiones que no cumplan con los requisitos que hemos mencionado.

En sede judicial el tema del debido proceso tiene un mayor tratamiento doctrinario y jurisprudencial. Es así como la CIDH nos indica que en materia de derechos humanos y su resguardo es necesario que se cumpla con los siguientes elementos. El primero de ellos se traduce en el principio de igualdad de armas entre el Estado y el particular. En este punto debemos señalar que en materia de derechos sociales el Órgano Estatal siempre será parte demandada ya que él es quien tiene la obligación para con las personas en virtud de los reconocimientos que se hacen en Convenciones Internacionales y en las mismas Cartas Fundamentales. El segundo elemento es, coherentemente con el ámbito administrativo, la necesidad de la revisión judicial de la decisión administrativa. Sobre este punto ya nos hemos referido y nos remitimos a ello. Al igual que en los actos administrativos es menester que la decisión de fondo esté debidamente fundada. Por último, es necesario que los plazos que se impongan en el procedimiento judicial sean razonables.

Ahora bien, es necesario profundizar en el tema de la tutela judicial efectiva de los derechos sociales en su forma individual y colectiva. Las características de esta tutela los analizamos desde dos puntos de vista: uno doctrinario y otro jurisprudencial. En el primero de ellos encontramos las siguientes cualidades: Efectividad, es decir, debe existir la posibilidad cierta de que el caso de que se trate llegue efectivamente ante los tribunales de justicia; Sencillez, con esto nos referimos a que el mecanismo no debe ser tan formalista que impida el pleno ejercicio del derecho a la protección del derecho humano; Brevedad, con esto se busca que no se dilate la intervención del órgano jurisdiccional de manera tal que afecte más aun el derecho que se busca tutelar y otros que pueden relacionarse con éste; Integralidad, en este punto nos referimos a que el mecanismo de protección debe ser íntegro, debe resguardar todos los derechos humanos que se vean afectados por una determinada acción u omisión de un particular o del mismo Estado.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos las características de la tutela judicial efectiva son : a) establece una obligación estatal de crear un recurso sencillo y rápido, primordialmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos, para la tutela de “derechos fundamentales” contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley; b) exige que el recurso sea efectivo; c) estipula la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo; d) exige al Estado asegurar que el recurso será considerado; e) señala que el recurso debe poder dirigirse aún contra actos cometidos por autoridades públicas, por lo que el recurso también es susceptible de ser dirigido contra actos cometidos por sujetos privados; f) compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial; y g) establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso.

En cuanto a la ejecución de lo resuelto para que la tutela judicial sea precisamente efectiva es esencial que lo resuelto se cumpla ya que si no caeríamos en un problema de falta de efectividad del mecanismo, convirtiéndolo en una mera ilusión de recurso idóneo. La importancia del cumplimiento va más allá de los derechos sociales sino que constituye un principio fundamental del Estado de Derecho ya que por medio de las sentencias se está aplicando la Constitución y las leyes.

Corresponde decir algunas palabras sobre nuestro mecanismo de resguardo de derechos humanos, es decir, de nuestro Recurso de Protección. Después de estudiar el tema llegamos a la conclusión de que la taxatividad y la forma en que es planteado en nuestra Carta Magna. Así, se ve limitado a ciertos derechos enumerados en el artículo 20 no pudiendo ser aplicado para otros derechos humanos y fundamentales, sobre todo a lo que derechos sociales se refiere. Para solucionar el problema de la taxatividad del Recurso de Protección, los tribunales de justicia, en este caso las Cortes de Apelaciones, han extendido el alcance del derecho de propiedad incluso a bienes incorpóreos como lo son los derechos, en este caso derechos humanos. Se trata, eso sí, de una interpretación guiada por el pensamiento de los autores, lo cual no da la seguridad jurídica de que esto no cambie en el futuro. Por esto, creemos que es necesario reformar en este punto la Constitución haciendo

aplicable el procedimiento a otros derechos o, si no fuere la voluntad política, crear un nuevo mecanismo que sea aplicable a los derechos sociales con el fin de satisfacer las necesidades que estas facultades representan.

Importante para nuestra investigación es la obligación de acceso y por ello dedicamos a ella la transcendencia correspondiente. Estudiamos el tema desde el punto de vista administrativo y desde lo que es el ámbito judicial. En el primero llegamos a la conclusión de que este sistema que actualmente rige en Chile sólo beneficia a familias dejando de lado a las personas solteras, que como vimos constituyen la regla general de las personas “en situación de calle” y por tanto no le es aplicable a menos que se trate de adultos mayores o que pertenezcan a una etnia. También llegamos a la conclusión de que el sistema de acceso a la vivienda en nuestro país sólo tiene como solución el otorgamiento mediante ayuda y ahorro particular una vivienda en propiedad, descartando otro tipo de camino como lo son el arrendamiento y el comodato de inmuebles, tal y como sucede en otros países. Por último, creemos que los subsidios en la forma que se encuentran planteados no ayudan a la solución de la situación de las personas que habitan en las calles por que requiere de un ahorro mínimo, el cual difícilmente ellas pueden lograr según los ingresos y las escasas fuentes de ingresos que tienen, utilizadas sólo para sobrevivir.

En materia judicial, el escenario no es muy alentador. Siendo el derecho a una vivienda adecuada uno de aquellos derechos considerados sociales y que no se encuentran amparados por el Recurso de Protección, no existe por esta vía una aplicación y exigibilidad como lo requiere nuestro Sistema de Derechos Humanos. Al no ser consagrado expresamente en el artículo 19 ni mucho menos ser considerado en el artículo 20 y siendo un derecho social, la vivienda adecuada queda fuera de todo resguardo constitucional chileno de manera formal. Si podría adscribirse a otro derecho de corte civil pero esta situación está lejos de concretarse dentro de nuestra jurisprudencia.

En cuanto a las obligaciones que genera el derecho a la vivienda y las personas “en situación de calle”, llegamos a la lamentable conclusión de que el Estado ha cumplido sólo en parte y quizás en algunos casos ha incumplido totalmente, dichos requerimientos. En las

obligaciones de reconocimiento y promoción, existe un aparente cumplimiento al expresarse que todas las personas tienen derecho a la vivienda pero en la práctica, y relacionándolo con el tema del acceso a la vivienda, no es lo que ocurre con las personas “en situación de calle”. Respecto de la obligación de respeto, creemos que se cumple parcialmente ya que los agentes del Estado en algunas ocasiones realizan actos, quizás aislados, de desalojo en localidades determinadas. Creemos que este tema es mucho más complicado que la simple transgresión a este derecho y por lo tanto puede ser abordado en otro trabajo. La obligación de protección se ve también incumplida por el Estado cuando son los particulares los que vulneran los derechos de las personas en esta condición y no actúa con el fin de remediarlas. Por último, sobre la obligación de acceso a la vivienda nos remitimos a las ya esbozadas más arriba cuando tocamos el tema de acceso en general.

Finalizando el presente trabajo propusimos un procedimiento de protección para la exigibilidad del derecho a la vivienda respecto de las personas “en situación de calle”. Como vimos anteriormente no existe en nuestro ordenamiento un recurso que cautele los derechos sociales ni mucho menos el derecho a la vivienda. Se plantea pensado en los que se encuentra en esta condición pero que puede extenderse a otras personas. Se usó como base nuestro Recurso de Protección con las diferencias necesarias para que cumpla los fines de los que hablamos cuando abarcamos el tema de los mecanismos de protección. En este sentido se incluyeron todos los elementos que exige el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Analizando nuestra proposición podemos señalar que se diferencia del Recurso de Protección actual en los siguientes puntos:

En cuanto a sus titulares, nuestra idea es que siempre se trate de acciones colectivas de personas “en situación de calle” que convivan en un mismo lugar y que sean representados por un abogado común. De esta forma se asegura una solución uniforme para todos los que tengan necesidades similares. Se diferencia de nuestra acción constitucional actual en que ésta corresponde por lo general sujetos de derecho individualmente considerado, donde cada uno debe presentar su libelo al Tribunal.

En cuanto a su estructura, hemos decidido fraccionar el procedimiento en dos etapas, las cuales se desarrollan en distintos órganos del Estado. En un primer momento conoce de la acción el Servicio Público competente que en este caso es el Ministerio de Vivienda y Urbanismo. La segunda etapa, que siempre sucede a la anterior una vez que no exista respuesta o ésta sea negativa, es conocida por la Corte de Apelaciones respectiva. A diferencia del Recurso que consagra nuestra Constitución en que puede presentarse sin que exista una actuación administrativa previa.

Relacionado con lo anterior, el Estado siempre será parte en este proceso, compelido a cumplir con lo que dispone la obligación del derecho a la vivienda. En la acción actual no sólo se puede obligar al aparato estatal sino que también a cualquier particular que vulnere derechos de otro.

En consecuencia de lo dicho precedentemente, la sentencia condenatoria siempre impondrá al Estado a realizar una determinada prestación a favor del demandante. Actualmente las resoluciones sobre esta materia pueden condenar tanto a agentes del Estado como a particulares.

Terminando con las conclusiones que hemos mencionado en el presente apartado, sólo nos queda acotar que el tema que se ha tratado de abordar no finaliza aquí. Creemos que existen muchos puntos y opiniones que pueden ser fundamentadas y mejoradas, entendiendo que se trata de una problemática social de amplio espectro y que requiere de un discernimiento mayor no sólo por la ciencia que intentamos profesar sino que se trata de un trabajo multidisciplinario.

Insistimos, el problema que en este trabajo se retrató no termina aquí y esperamos que se abran las puertas del Derecho para su mejor discusión y así, entre todos, lograr que estas personas logren una mejor calidad de vida que se inicia con el hecho de tener una vivienda adecuada. Creemos que a cinco años desde que se realizó el catastro los avances han sido mínimos en este sentido y es necesario un mayor interés en el tema en las aulas de clases y no sólo sobre las personas “en situación de calle” sino que de todas aquellas

situaciones o condiciones desiguales en que viven ciertas personas y que en nuestro país sólo obtienen ayudas momentáneas y no definitivas, quizás porque no existe una concientización sobre la materia y que es lo que hemos buscado, en parte, por medio de la presente investigación.

## BIBLIOGRAFÍA

### Obras Citadas:

- ALEXY, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 443.
- AQUIN N, “En torno a la ciudadanía” en Aquín N. (Comp.), Ensayos sobre ciudadanía, reflexiones desde el Trabajo Social, Ed. Espacio, Buenos Aires, 2003.
- ATRIA, Fernando, *¿Existen Derechos Sociales?* trabajo comprendido en “Discusiones: Derechos Sociales” Número 4, Editorial Doxa, 2004.
- Biblioteca del Congreso nacional. “Constitución de la República Democrática de Chile”.
- BOTTOMORE, T. Citizenship and social class, forty years on. En TH Marshall y T Bottomore, Pluto Press, Londres, 1992.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “El acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” Víctor Abramovich, Comisionado, [www.cidh.org](http://www.cidh.org) , Washington, 2007.
- COURTIS, Christian; Ensayo “Los derechos sociales como derechos”
- CRUZ, Juan Antonio, “Discusiones: Derechos Sociales” Número 4, Editorial Doxa, 2004, Págs. 71 a 98.

- FUENTES L. (2008) *“Diferenciando la Complejidad: Tipologías de personas en situación de calle e intervención social de calidad”*. Revista de Trabajo Social número 75. Santiago de Chile.
- FUNDACION HOGAR DE CRISTO (2009). *“Ayudar hace bien”*. Santiago de Chile. Extraído desde <http://www.sap.com>
- GIDI, Antonio, *“LAS ACCIONES COLECTIVAS Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS DIFUSOS COLECTIVOS E INDIVIDUALES EN BRASIL”*, traducción de Lucio Cabrera Acevedo, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1337>
- IRARRAZABAL I. (2008). *“Pobreza y personas en situación de calle: Una nota sobre la experiencia internacional y lecciones para Chile”*. Revista de Trabajo Social número 75. Santiago de Chile
- JOUANNET A. (2008). *“Personas en situación de calle: Una oportunidad para nuestro país”*. Revista de Trabajo Social número 75. Santiago de Chile.
- Manual de Orientaciones a la Gestión de Condiciones Mínimas. Programa Calle Chile Solidario.
- MARQUEZ E. Y ROJAS N. (2006) *“Reflexiones acerca de las personas en situación de calle”*. Santiago de Chile. Extraído desde <http://www.redcalle.cl/descripdecla.asp?ImageID=299>
- MEMORIA MOVILIZA CHILE (2008) *“Memoria Corporación Moviliza 2008”*. Santiago de Chile.
- MIDEPLAN (2005) *“Habitando en calle: Catastro nacional de personas en situación de calle”*. Chile.

- MIDEPLAN (2005). Sistema de protección social Chile Solidario “*Programa de apoyo a la integración social de personas en situación de calle*”. Chile
- NOGUEIRA Alcalá Humberto: “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales” Tomo I, Editorial Librotecnia y Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Santiago, 2008.
- NOGUEIRA, Alcalá Humberto, “*El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina.*”  
Extraído desde  
<http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf>
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto: “Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales”, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2003.
- NUÑEZ Rodrigo “Personas en situación de calle” Universidad de Chile, Departamento de Sociología. Programa de estudios y sociedad. 2008
- O’DONNELL, G. Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismos y democratización. Paidós, Buenos Aires, 1997
- PECES-BARBA, Gregorio, “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado. Madrid 1999.
- PECES-BARBA Martínez Gregorio y OTROS, “Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII.” Editorial Dykinson, S.L., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2001.

- PFEFFER Urquiaga Emilio, “Naturaleza, Características y Fines del Recurso de Protección.” Trabajo integrante de “Acciones Constitucionales de Amparo y Protección: Realidad y Prospectiva en Chile y América Latina” editor: Humberto Nogueira Alcalá, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2000.
- PIZZOLO, Calogero, “Los Mecanismos de Protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Interno de los Países Miembros. El Caso Argentino.” Ensayo publicado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ricardo Méndez Silva, coordinador. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.
- SALVAT, P. “El Porvenir de la equidad: una contribución desde el debate Filosófico Contemporáneo”, Mideplan 2000
- SOJO. C. en “La noción de ciudadanía en el debate Latinoamericano”, Revista de la CEPAL N° 76, Santiago, 2002
- VALERIO J. (2006). “*Las representaciones sociales de la calidad de vida en personas en situación de calle de la región Metropolitana*”. Tesis para optar al título de psicólogo. Universidad de Chile. Santiago de Chile. Extraído desde [http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/valerio\\_j/sources/valerio\\_j.pdf](http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/valerio_j/sources/valerio_j.pdf)
- VARGAS, Hernández José, “Liberalismo, Neoliberalismo, Postneoliberalismo”, Extraído desde [http://www.revistamad.uchile.cl/17/vargas\\_04.pdf](http://www.revistamad.uchile.cl/17/vargas_04.pdf) ,página visitada con fecha 7 de julio de 2010.
- WEASON M. (2006) “*Personas en Situación de Calle: Reconocimiento e Identidad en Contexto de Exclusión Social*”. Tesis para optar al grado de Socióloga. Universidad Alberto Hurtado. Santiago de Chile.

### Normas Legales, Constituciones y Tratados:

- Constitución Española de 1978.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
- Constitución Nacional de la República Argentina.
- Constitución Política del Perú.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
- Observación General N°4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Sexto período de sesiones, 1991)
- Observación General N°7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (decimosexto período de sesiones, 1997)
- Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena del 14 al 25 de junio de 1993.
- D.S. N° 174 del año 2005 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.
- D.S. N° 40 MINVU.

### Sitios de Internet:

- [http://www.escrnet.org/resources/resources\\_show.htm?doc\\_id=427014&attribLang\\_id=13441](http://www.escrnet.org/resources/resources_show.htm?doc_id=427014&attribLang_id=13441) Página de la Red de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/> Página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas.
- [www.choike.org](http://www.choike.org)
- [www.cinu.org.mx](http://www.cinu.org.mx) página del centro de información de Naciones Unidas para México, Cuba y República Dominicana, visitada con fecha 1 de noviembre de 2009.
- [http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs21\\_sp.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs21_sp.htm)
- [www.minvu.cl](http://www.minvu.cl)