Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción del Honorable Senador señor Navarro, que prohíbe a los órganos del Estado la dictación de normas o la ejecución de actos que afecten el desarrollo progresivo de los derechos esenciales de las personas humanas, salvo por razones excepcionales y debidamente justificadas.

Ha habido una tendencia doctrinaria muy extendida de dividir a los derechos en generaciones. Es muy difícil sostenerla actualmente, en vista de que la moderna doctrina de los derechos humanos los mira como un bloque de derechos, todos los cuales acarrean para el estado deberes actuales.

Por una parte de la doctrina se pensaba que los derechos civiles y políticos, de primera generación, son derechos que no requieren financiamiento estatal, son previos a él, basta que el Estado no los viole (deber de abstención del Estado) y que tienen plena y actual vigencia. Entre ellos están el derecho a la vida, a la libertad de culto, de expresión, etc., que son derechos que tienen que ver con libertades.

Mientras, los derechos de segunda generación, los denominados económicos, sociales y culturales, son posteriores al Estado, requieren de financiamiento y por ello no son plena y actualmente vigentes sino que dependen del patrimonio del Estado, que debe actuar para cumplirlos (y no meramente abstenerse de violarlos). Entre ellos están el derecho a la educación, a la salud, al trabajo, a la vivienda, entre otros, que son derechos que tienen que ver con la igualdad.

No obstante, la actual doctrina señala que todos los derechos requieren de financiamiento para ser cumplidos (desde la existencia de tribunales para exigirlos o policía para resguardarlos), todos requieren de acción y abstención del Estado (los deberes de promoción valen para todos los derechos), y todos tienen algo de libertad y de igualdad (no discriminación es de primera generación y los derechos sociales que protegen principalmente a los pobres, son de segunda generación).

Como nos recuerdan Víctor Abramovic y Christian Courtis: “El debilitamiento de la distinción tajante entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales pone también en cuestión la principal objeción que se apunta contra la caracterización de estos últimos como derechos exigibles. De acuerdo a esta objeción, la fuerza vinculante, la exigibilidad o bien la propia “juridicidad” de los derechos económicos, sociales y culturales resulta dudosa ya que la satisfacción de éstos depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado. (...) Cabe repetir que esta objeción parte de la consideración simplista de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que establecen exclusivamente obligaciones positivas, idea que, como vimos, dista de ser correcta. Tanto los derechos civiles y políticos. como los económicos, sociales y culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas Ahora bien, conviene profundizar esta noción, ya que de su afinamiento dependerá la extensión y alcances de la exigibilidad de uno y de otro tipo de derechos”.

Así es el avance de las ciencias jurídicas, se habla hoy de integridad o integralidad de los derechos humanos, sin perjuicio de la validez didáctica de tal clasificación, y de la innegable diferencia cuando se requiere el cumplimiento de ellos en las jurisdicciones domésticas. Así, en Chile, el recurso de protección no puede interponerse ante vulneraciones, amenazas o restricción de los derechos “sociales”, como educación,

trabajo, salud, salvo en la medida que se ampare una “libertad” (de trabajo, libre elección del sistema de salud, o libre elección en el sistema educativo).

El moderno derecho internacional de los derechos humanos aboga por terminar con esta inexigibilidad de los derechos sociales.

Uno de los elementos más importantes, que se aplica a todos los derechos humanos, pero que nace de tratados que resguardan derechos económicos, sociales y culturales, es la denominada cláusula de “NO REGRESIVIDAD”.

“Como consecuencia de la obligación de progresividad, le está vedado al Estado adoptar políticas y medidas., y por ende, sancionar normas jurídicas o recurrir a vías de hecho, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora "progresiva". Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes”, nos dicen Víctor Abramovic y Alicia Oliveira.
La no regresividad tiene reconocimiento en los tratados internacionales. Así, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, el artículo 2 dispone:

“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”.

La progresividad implica no regresividad, es decir, puede avanzarse, pero no retrocederse, ni judicial, ni administrativa, ni legislativamente en ningún Estado que tenga por vigente este tratado, entre ellos Chile, respecto de tales derechos, salvo razones excepcionalísimas, graves crisis, y siempre bajo las más estrictas justificaciones.

En este sentido, el órgano especializado para aplicar este Pacto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General 3, párrafo 9, señaló que “cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone”.

De acuerdo a Víctor Abramovic y Alicia Oliveira (Op. Cit.), “la obligación de no regresividad constituye, entonces, uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de restricción de los derechos económicos, sociales y culturales. Desde el punto de vista del ciudadano, la obligación en cabeza del Estado constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza

desde la adopción del PIDESC y la Convención Americana de Derechos Humanos, y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces".

Es así que el mismo Pacto de San José de Costa Rica, o CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, en su artículo 26, dispone:

"Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

Ahora, el deber de progresividad y no regresividad no se encuentra reconocido en nuestra Constitución. A nivel teórico, la doctrina Constitucional reconoce la no progresividad. Como nos recuerdan Oliveira y Abramovic, "constitucionalistas de la talla de Konrad Hesse han propuesto, en materia de derechos sociales, la teoría de la irreversibilidad (Nichtumkehrbarkeitstheorie). De acuerdo con esta noción, si bien resulta imposible inducir de la propia Constitución el contenido sustantivo de las obligaciones sociales del Estado, una vez que el legislador o la Administración han regulado los diferentes campos mandados por la constitución, toda medida regresiva que afecte el contenido esencial de las regulaciones establecidas es inconstitucional. Se trata de la irreversibilidad de las conquistas sociales alcanzadas" (Op. Cit.)

No obstante, en Chile no tiene plena eficacia, ni siquiera en nuestra práctica constitucional. Vernos que día a día existen leyes o decretos que retroceden en los derechos sociales, pues no existe reconocimiento expreso de esta norma a nivel constitucional.

Creemos que este principio es de la mayor relevancia, pues de lo contrario, las mayorías parlamentarias, los jueces, o el ejecutivo, podrían seguir dictando leyes, sentencias o decretos que sean regresivos o no progresivos.

Por tanto, venimos en presentar el siguiente

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Agrégase el siguiente nuevo inciso tercero al artículo 5 de la Constitución Política de la República:

"Respecto de tales derechos, los órganos del Estado no podrán dictar normas o ejecutar medida alguna que vaya en contra del desarrollo progresivo de tales derechos, salvo razones excepcionalísimas y debidamente justificadas".