

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL CHILENA.

Gabriel Celis Danzinger¹.

I. RESUMEN.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales depende más del enfoque metodológico de interpretación constitucional que del propio sistema normativo. Frente a ello, es posible adoptar diversas posturas interpretativas, que van desde el originalismo a las doctrinas nutridas del constitucionalismo social y de la interpretación finalista de las normas de derechos. El autor centra el interés en la dicotomía ponderación/jerarquía, ya que la opción entre los modelos de interpretación no es pacífica, por cuanto se puede ver afectada la vigencia normativa de las normas de derechos.

II. INTRODUCCIÓN.

La controversia a plantear en este breve trabajo es que el problema de la eficacia jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en nuestro país pasa necesariamente por un problema de interpretación constitucional. Los obstáculos a la justicialidad o exigibilidad procesal de los DESC son más bien de carácter hermenéutico antes que propios del sistema normativo.

¹ Abogado. Postgraduado en Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca, España. Magíster en Derecho con mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Profesor de Filosofía del Derecho (Aspectos Valóricos del Derecho), Facultad de Derecho Universidad de las Américas. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Penal, Instituto Profesional de Chile.

En efecto, luego de la primera reforma a la Constitución de 1980, que entre otros aspectos permitió perfeccionar el sistema de protección de los derechos humanos, se han ido decantando dos escuelas de interpretación que inciden principalmente en su parte dogmática. La primera desarrollada al amparo de la facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile y ligada a los creadores y primeros comentaristas de la Carta Fundamental. La segunda, nutrida más bien por el influjo del constitucionalismo social y el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus conexiones con el ordenamiento constitucional, las cuales se ven reforzadas entre los años 1988 y 1990 con la promulgación y publicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos; y la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes.

En efecto, la tesis a exponer en el presente trabajo es que si optamos por una interpretación originalista de la Carta de 1980 la posibilidad de justicialidad de los DESC parece muy lejana. Para esa posición la interpretación constitucional se centra en lo que la doctrina denomina como interpretación subjetiva, esto es, ajustada al creador de la norma, que para el caso no nos entrega una visión muy protectora de los DESC.

Frente a esta postura propia de los primeros comentaristas vinculados a la elaboración de la Carta Fundamental, existe una posición teleológica que se ha ido asentando sobre las bases de los fines del constitucionalismo contemporáneo y el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El trabajo intentará precisamente una caracterización dogmática de estas doctrinas finalistas de la Constitución y los derechos fundamentales, desde la perspectiva de la teoría del Derecho y la hermenéutica constitucional contemporánea, posición que permite dotar de una mayor protección procesal a los DESC, en el ámbito del ordenamiento jurídico interno.

2. La interpretación originalista del sistema de derechos.

A continuación haremos una síntesis crítica de la denominada postura hermenéutica originalista de la Constitución de 1980 y sus consecuencias para la exigibilidad judicial de los DESC.

a. Se trata, en primer lugar de una *interpretación formalista*. Como lo explica el profesor Albert Calsamiglia, los estilos metodológicos formalistas

se caracterizan por un mayor grado de rigidez interpretativa² predominando el “tenor literal” como factor hermenéutico y reduciendo el trabajo del juez o ente administrativo del caso al de mero aplicador de un ordenamiento jurídico hermético y autosuficiente, donde la norma por excelencia es la ley. Obedecen precisamente a sociedades de tipo conservador³.

En el caso de los doctrinarios originalistas de la Carta de 1980 el texto primario de trabajo es la Constitución formal en su interpretación literalista dada por el recurso al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como método para desentrañar el sentido y alcance de los preceptos en ella contenidos, lo que incluye a las normas sobre derechos fundamentales, y por cierto, a aquellas referidas a los DESC. Esta tendencia puede apreciarse, por ejemplo, en los diversos tomos de la obra *Tratado de Derecho Constitucional* de don Alejandro Silva Bascuñán, que sigue bastante dicha metodología; a nuestro juicio, ello se contradice con el principio de jerarquía normativa y supremacía constitucional contenidos en el artículo 6º inciso 1º de la Constitución: “*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella*”; y además, con la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia⁴. En efecto, el elemento literal procede del Código Civil, y por el principio de jerarquía normativa no corresponde trasladar dichas categorías interpretativas en la interpretación de la Carta Fundamental.

Además la utilización del Diccionario de la RAE también puede ser cuestionable desde el punto de vista de la interpretación judicial de la ley por cuanto el artículo 20 del Código Civil sólo hace referencia al “*sentido natural u obvio*” de las palabras, pero no expresa en ninguna parte que éste corresponda necesariamente al significado atribuido por el mencionado diccionario.

b. Consecuencia de lo anterior se trata además de una *interpretación restrictiva* en materia de derechos fundamentales y en particular de los DESC, ya que sólo considera los preceptos de la Constitución formal, vale decir, las disposiciones de derecho fundamental explicitadas en el texto de

² Véase Calsamiglia, Albert, *Introducción a la Ciencia Jurídica*, 2ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1988, págs. 84-85

³ Así se sostiene en Bobbio, Norberto, *Le scienze umane in Italia oggi*, citado en Calsamiglia, Albert, *Introducción a la Ciencia Jurídica*, op. cit., pág. 84.

⁴ Así la Sentencia del Tribunal Constitucional, rol Nº325, considerando 13, de 26 de junio de 2001, señala que deben descartarse en esta materia las interpretaciones literalistas y expresa que: “...la Carta Fundamental en virtud del principio de jerarquía normativa está por sobre las disposiciones de interpretación de las leyes establecidas en el Código Civil”.

la Carta de 1980, con lo cual excluye todos los derechos fundamentales y disposiciones dogmáticas que considera el *bloque constitucional*, entendiendo por tal el conjunto de disposiciones relativos a la dignidad humana y los derechos fundamentales que, además de la Constitución formal presenta la denominada constitución material⁵.

Se pierden así principios valiosos como el *pro homine* o *favor libertatis*, todo lo cual es resultado de un hermetismo constitucional que desconoce la función promocional de los derechos humanos explicitada, entre otros preceptos, en el artículo 1º incisos 4º y 5º y el artículo 5º inciso 2º de nuestro propio Código Fundamental en sentido formal.

c. También se trata de una *interpretación originalista*, ya que además del elemento literal, se apoya mucho en el método histórico, que para estos efectos equivale a la utilización de las actas de la Comisión Ortúzar encargada de elaborar un anteproyecto de la Constitución de 1980, que son consideradas por estos autores como historia fidedigna de aquella Constitución, destinada a interpretar los pasajes oscuros o contradictorios que puedan presentarse y de integrar posibles vacíos constitucionales. Así se aprecia en toda la obra de Alejandro Silva Bascañán, en la de Enrique Evans de la Cuadra: *Los Derechos Constitucionales*, e incluso en el texto *Derecho Constitucional Chileno*, del profesor José Luis Cea; por mencionar algunos de los autores más representativos.

d. Ahora bien, al ser historicista la interpretación de la Carta en el sentido señalado es también *antidemocrática e inconstitucional*. En estricto rigor las actas de la mencionada Comisión Ortúzar no son historia fidedigna, por cuanto en ellas sólo consta el anteproyecto, que fuera presentado a la Junta de Gobierno en cumplimiento del decreto Nº 1.064. Dicho proyecto fue enmendado por el Consejo de Estado, creado a su vez por el Decreto Ley Nº 1.319, de 1975⁶, al cual hay que adherir aún las actas secretas de la Junta Militar que vienen a delinear la versión definitiva de la Carta de 1980 en su formato original. Precisamente, acorde a la propia legislación de excepción que regía a esa época, la potestad constituyente radicaba en la

⁵ Véase Nogueira, Humberto, **Dogmática Constitucional**, Editorial Universidad de Talca, Talca, 1997; y Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto, **Instituciones Políticas y Teoría Constitucional**, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2000, pág. 117-118. Esta idea es conciliable con el concepto de Constitución de Stern, Klaus, **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**, traducción parcial del tomo I por: Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón (1º edición), edición Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 214.

⁶ Publicado en el Diario Oficial de 9 de enero de 1976.

Junta de Gobierno⁷, siendo las mencionadas actas reservadas la única historia fidedigna. De manera que interpretar la Constitución del 80 sobre la base de las actas de la Comisión, en el entendido de que constituyen la historia fidedigna de su establecimiento, es jurídicamente incompleto o mejor dicho incorrecto, ya que no pueden considerarse como la voluntad del constituyente⁸.

Incluso, si intentáramos justificar la utilización de las actas de la Comisión de Estudio desde la perspectiva propugnada por la Escuela Histórica del Derecho⁹, en el sentido que la historia legislativa de cualquier precepto se encuentra también en el contexto histórico político, social, económico, cultural y/o religioso, bajo el cual se elaboró la respectiva ley, debemos objetar que en tal hipótesis, habría que necesariamente recurrir a todo el material histórico que dio lugar a la creación de la Constitución, incluyendo las actas de la junta, lo que también se encuentra ausente en el trabajo interpretativo de la escuela originalista en cuestión.

Pues bien, además de incorrecto, el supuesto análisis historicista es inconstitucional ya que contraviene el propio régimen democrático asegurado en el artículo 4º de la Ley Fundamental, y concretado para estos efectos en el pluralismo político (art. 19 Nº15 inciso 6º); en efecto, el origen de nuestra Constitución no obedece al de una asamblea constituyente en que se haya reflejado alguna cuota de pluralismo en las ideas políticas, sino por el contrario el resultado del poder de facto y con una ausencia evidente de la diversidad ideológica. Además desconoce el efecto integrador de la Ley Fundamental en la comunidad como mecanismo de agregación política, valioso criterio de hermenéutica constitucional que en mi opinión personal encuentra un sustento positivo en el deber estatal de “promover la

⁷ Véase el Decreto Ley Nº128, de 12 de noviembre de 1973, publicado en el Diario Oficial de 16 de noviembre de 1973, que complementa, y aclara el Decreto Ley Nº1; el Decreto Ley Nº527, de 17 de junio de 1974, que aprueba el Estatuto de la Junta de Gobierno, publicado en el Diario Oficial de 26 de junio de 1974; y el Decreto Ley Nº788, de 2 de diciembre de 1974, publicado en el Diario Oficial de 4 de diciembre de 1974,

que dicta normas sobre el ejercicio del Poder Constituyente, publicado en el Diario Oficial de 4 de diciembre de 1974.

⁸ Véase en tal sentido Zapata, Patricio, **La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General**, Universidad Andrés Bello, Santiago, 2002, pág. 17.

⁹ Véase Savigny, Carlos de, **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**, traducción de Adolfo Posada, Editorial Edeval, Valparaíso, 1978.

integración armónica de todos los sectores de la Nación”, que el propio artículo 1° inciso final del texto impone a todos los órganos del Estado.

En este mismo ámbito de críticas, cabe mencionar otro problema común a este tipo de interpretaciones originalistas, más allá del ámbito exclusivo de la Constitución chilena, por cuanto genera el inconveniente de la petrificación constitucional, es decir, la imposibilidad de ir adaptando la Ley Fundamental a los cambios que experimente una sociedad¹⁰. Este último tema adquiere su punto de mayor sensibilidad justamente en materia de los DESC y las posibilidades de su exigibilidad inmediata, ya que los DESC se interpretan no sólo en forma literalista sino acorde también al pensamiento que los integrantes de la Comisión Ortúzar tenían sobre ellos, para los cuales -como veremos a continuación- éstos no constituyen genuinos derechos fundamentales y tampoco gozan de una exigibilidad judicial integral.

e. Otra característica de esta interpretación es que los *DESC no son genuinamente derechos fundamentales* ya que carecen de la doble naturaleza que la doctrina europea les reconoce. En efecto, se les niega en primer lugar el carácter de normas imperativas de aplicación inmediata, señalando que son verdaderas normas programáticas, lo cual desconoce el efecto del artículo 6° inciso 2° de la Constitución que consagra el principio hermenéutico-constitucional de la vinculación directa de la Ley Fundamental, como asimismo la jurisprudencia uniforme del propio Tribunal Constitucional sobre la materia¹¹.

¹⁰ Véase Dworkin, Ronald, “El Drama Constitucional”, en *El dominio de la vida*, versión española de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Editorial Ariel, Barcelona, págs. 159 y ss. También Bidart Campos, Germán, **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino**, tomo I-A, Nueva Edición Ampliada y Actualizada 1999-2000, Sociedad Anónima, Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2002, p. 381. Véase sobre el tema Vial Solar, Tomás, *La legitimidad de la historia fidedigna de la Constitución de 1980*, trabajo inédito, págs. 9 y ss.

¹¹ Téngase en cuenta las sentencias del Tribunal Constitucional: rol N° 46, de 21 de diciembre de 1987; y rol N° 19, considerando N° 10, de 27 de octubre de 1983. Invocando los artículos 1°, 4°, 5° y 19, el Tribunal Constitucional ha sostenido que éstos preceptos constitucionales no constituyen meras disposiciones declarativas, sino que están dotadas de carácter operativo tanto en sí mismas como también en cuanto preceptos aplicables a la interpretación del Código Fundamental: “... estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismos, como también en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”. Recordemos

Por otra parte se les desconoce el carácter de derechos subjetivos por cuando la mayoría no está expresamente mencionada en el listado de derechos amparados por la acción de protección sancionada en el artículo 20 de la Constitución formal, concepción que se apoya en una lectura literalista de la mencionada acción de tutela. Con respecto a la dimensión subjetiva, a los ojos de las posturas originalistas los DESC no son derechos subjetivos; más bien, son pretensiones o aspiraciones sociales que sólo pueden ser satisfechas en la medida de las posibilidades económicas del Estado.

Así, en este razonamiento doctrinal el sistema de justicialidad de los derechos fundamentales se agota en el ejercicio de los derechos de libertad. Los DESC no tienen cabida en su esquema, quedan al margen del sistema de derechos¹². La sola calificación de estos derechos como meras *pretensiones o aspiraciones sociales* trae como consecuencia la total desnaturalización no sólo de estos derechos, sino que también de la función del Estado en la sociedad contemporánea¹³.

también la sentencia emanada del mismo Tribunal, en virtud de la cual se reconocen como principios positivados en los incisos 1° y 2° del artículo 6° de la Constitución: "... el de la 'supremacía constitucional' (...) y el de la 'vinculación directa de los preceptos constitucionales' a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados". Incluso se puede citar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 28.075, de 9 de julio de 2001, cuyo considerando 16, señala en lo pertinente que: "...El principio lleva consigo la necesidad de la aplicación inmediata y directa de la Constitución a una situación de hecho o fenómeno jurídico o derechos determinados. Así se desprende del carácter imperativo de sus contenidos, carácter explicado a su vez en el inciso 2° del mismo artículo (6° de la Constitución), al prescribir que 'los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo'...".

¹² Tan grande es la influencia de estas doctrinas en la formación del constitucionalismo chileno, particularmente al alero de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, que en 2001 se realizó en dicha facultad un encuentro académico titulado Seminario Multidisciplinario sobre Garantías Constitucionales, cuyas actas fueron publicadas en la *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 28 N° 2, 2001). En dichas actas, ninguna de las ponencias presentadas trató directamente de los DESC –sin perjuicio de que alguna de ellas los haya tratado de modo tangencial o bien ejemplar. Por el contrario, las páginas de dichas actas están preferentemente escritas con derechos de libertad (derecho de propiedad, derecho a la vida, integridad física, libertad individual, actividad económica).

¹³ Estas ideas respecto a que los DESC constituyen aspiraciones sociales fueron recogidas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que en su informe señaló, respecto del derecho a la educación, lo siguiente: "Como todo derecho

Jaime Guzmán, por ejemplo, entendió que los DESC no eran derechos, si no meras pretensiones sociales que carecían de acción para exigir su cumplimiento¹⁴, el que se encontraba condicionado al desarrollo económico. Esta mentalidad ha conducido probablemente, a que el artículo 20 de la Constitución no protege a todos los derechos contenidos en el catálogo con el recurso de protección; sólo se consideran en esta esfera de protección aquellos derechos que imponen deberes de abstención para su ejercicio, mas

social, el derecho a la educación implica una aspiración del individuo que la comunidad y, particularmente, el Estado tienen el deber de satisfacer en la medida que las posibilidades lo permitan”, Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: *Informe con Proposiciones e Ideas Precisas (16 de agosto de 1978)*, reproducido en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 8 Nº 1-6 (1981), pág. 190.

¹⁴ Así nos dice el autor: “...Por otro lado, la declaración de Naciones Unidas incurre en un error al que atribuyo no sólo importancia doctrinaria, sino consecuencias prácticas considerables.

“Me refiero a la mezcla indiscriminada que en ella se hace de lo que son **propriadamente derechos**, con lo que más bien encierran **pretensiones o aspiraciones sociales**, que dependen de la capacidad económica de cada sociedad. En sentido propio y estricto, creo preferible reservar el concepto de Derecho a aquellas facultades para cuyo ejercicio, por su titular, sólo requiere que un tercero – sea la autoridad o un particular– no se lo impida o coarte ilegal o arbitrariamente. Así ocurre con el derecho a la vida e integridad de la persona, con la libertad de conciencia y culto religioso, con la libertad de enseñanza, con el derecho de reunión, con el derecho de asociación, etc. Por eso mismo, su imperio es susceptible de reclamarse a través de recursos ante los tribunales de justicia, en caso de atropello o amenaza.

“Distinto es el caso de las pretensiones o aspiraciones sociales, cuya denominación como “derecho” (a la salud, a la vivienda, a la educación, etc.) resulta más bien equívoca, porque sus posibilidades de vigencia dependen de la capacidad económica de cada sociedad y mal podría pretender recabarse de un tribunal de justicia.

“Pienso que llamar derecho a lo que son aspiraciones –muy legítimas, nobles y justas–, pero que no siempre se pueden satisfacer aunque haya la mejor voluntad de realizarlo, presenta el riesgo de que todo Estado y todo gobierno sea acusado por ello de no respetar los derechos humanos, privando entonces al juicio de todo valor efectivo o práctico. Además, al equiparar lo que cada persona puede disfrutar por el simple hecho de que nadie se lo entorpezca, con aquello que sólo se alcanzará según el grado de desarrollo de cada país, se introducen distorsiones de criterios que, en definitiva, conspiran contra la defensa eficaz de los derechos humanos propiadamente tales”. ROJAS, Gonzalo *et al* (ed). **Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz**. Santiago: Ediciones Universidad católica de Chile, 1996, pág. 148 (destacados en el original).

no aquellos que se ejercen mediante prestaciones estatales –prestaciones que, por lo demás, justifican la finalidad del Estado¹⁵.

Una tendencia menos extrema la encontramos en autores que reconocen una dicotomía muy delimitada entre los derechos civiles y políticos, por una parte y los DESC por otra. Así para el profesor Martínez Estay, aun cuando pueden ser objeto de ciertas limitaciones los derechos y libertades clásicos serían *absolutos*, a diferencia de los DESC, que consisten en prestaciones, los cuales no serían absolutos¹⁶. Incluso para el autor los DESC no emanan de la dignidad humana como si ocurre con los derechos fundamentales de primera generación¹⁷.

f. Por otra parte considera esta posición que la Carta Fundamental admite *jerarquías intraconstitucionales*, esto es, al interior del Texto Fundamental, pero además acepta la existencia de jerarquías el interior del conglomerado de derechos que contiene la Constitución, todo lo cual tiene nefastas consecuencias en materia de DESC, ya que aunque algunos autores los consideren como derechos, éstos tienen una jerarquía normativa inferior a los derechos civiles y políticos. Esta postura de la gradación jerárquica de los derechos fue reconocida en el seno de la Comisión Ortúzar:

“El señor Guzmán expresa que al seguir el orden de la Constitución actual, no se resguardará convenientemente el orden jerárquico de las garantías porque la Carta Fundamental vigente contiene una serie de derechos bastante menores que la libertad personal o la libertad de locomoción que están colocados en lugar preferente (...) Si hay un criterio de clasificación más o menos aceptado por la Comisión, sugiere atenerse a él (...). En cambio, si se adopta el criterio con que están actualmente agrupadas las garantías o derechos constitucionales no se justifica el hecho

¹⁵ Sobre este tema puede consultarse Bassa Mercado, Jaime, **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Jaime Guzmán y su influencia en el constitucionalismo chileno**, trabajo inédito presentado en el curso del profesor Eric Eduardo Palma, “Análisis histórico, dogmático y crítico de los Derechos sociales, económicos y culturales”, en el Programa Magíster en Derecho, Universidad de Chile.

¹⁶ El carácter absoluto de los derechos y libertades clásicos sería consecuencia, para el autor, del carácter absoluto de la dignidad del hombre. García-Huidobro Correa Joaquín, Martínez Estay, José Ignacio y Nuñez Poblete, Manuel Antonio **Lecciones de Derechos Humanos**, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Escuela de Derecho (1998), pág. 367.

¹⁷ Martínez Estay, José Ignacio, Acerca de las diferencias entre los Derechos y Libertades Clásicos y los Derechos Sociales, en *Revista de Derecho*, Coquimbo, Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo, Año 4 (1997), pág. 134.

de que una garantía de menor entidad esté considerada antes que otra de jerarquía superior.

*“A continuación, el señor **Ortúzar** (Presidente) rectifica al señor Guzmán en el sentido de que no se ha adoptado acuerdo alguno en orden a seguir estrictamente el mismo esquema de la Constitución actual. Se dijo que por ahora se iba a continuar con la libertad de conciencia y de culto, porque parecía más importante seguir el orden de la constitución.*

“En segundo lugar, hay un error en cuanto a que el orden en que se está considerando esas garantías vaya a ser, en definitiva, el orden de prelación que se les va a asignar. Una vez que se despachen todas las garantías constitucionales se verá cuál será el orden definitivo en que se las va a colocar.

“Por lo anterior, cree que no habría inconveniente para que, por lo menos mientras haya acuerdo en cuanto a que ciertas garantías son fundamentales y tiene que ser consideradas primero, se siga el orden señalado, que es la libertad de culto; después probablemente, la libertad de expresión, la privacidad, la libertad personal, en fin, un cierto orden razonable.

*“El señor **Silva Bascuñan** declara preferir la sugerencia del señor Guzmán. Le parece que existe una mejor predisposición intelectual para tratar las demás igualdades. Estima que ahora no se debe pasar a la libertad de conciencia, por cuanto ésta debe ser tratada después de la libertad de opinión, en atención a que es nada más que una de las formas de expresión y de la libertad de opinión. Entonces, si se empieza inmediatamente con la libertad de expresión, se producirá un debate inorgánico*

“El señor Evans expresa que, sobre esta materia, tenía ciertas dudas; pero lo ha convencido el argumento del señor Silva Bascuñan”¹⁸.

En consecuencia, en caso de colisión entre derechos de primera generación y DESC, deben prevalecer siempre los primeros por aplicación del principio de jerarquía jurídica.

Así para Jaime Guzmán, existe una jerarquía superior de los derechos *propriamente tales* por sobre las meras *aspiraciones sociales*, lo que desmejora aun más la posición de los DESC, por cuanto su (eventual) cumplimiento ya no depende sólo de las posibilidades económicas del

¹⁸ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 96ª, págs. 30-31.

Estado, sino también de que no se perjudique la posición de los derechos humanos propiamente tales¹⁹.

Por ejemplo para Guzmán, el propio derecho a la educación se perfeccionaba desde la libertad individual. Se trata entonces de un espacio más para la libertad individual, que se ejerce, en un nivel cultural mucho más alto que la simple educación básica: en el plano de la investigación y la creación de nuevos conocimientos²⁰.

En la actualidad José Luis Cea plantea la jerarquización de los derechos fundamentales, partiendo por la dignidad humana, luego el derecho a la vida y a la integridad personal, siguiendo por la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar, la libertad de información y el derecho de reunión, para terminar con el orden público económico, dentro del cual se comprende la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de bienes y el dominio²¹.

¹⁹ Véase este pensamiento en Rojas, Gonzalo *et al* (ed.), **Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz**, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996, pág. 147.

²⁰ En el marco de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, las actas consignaron las opiniones de Jaime Guzmán respecto al derecho a la educación: “[El Sr. Guzmán] Cree que, en esta materia, se están consagrando dos libertades diferentes: una, que es la libertad de enseñanza y que se va a analizar y considerar más adelante, y otra, que es la libertad de aprendizaje que, en el fondo, se le ha llamado más técnicamente y de manera más adecuada ‘derecho a la educación’. Opina que este derecho a la educación es, en esencia, libertad para aprender, sea aprovechando el conocimiento que otros han adquirido de una ciencia determinada y así obtenido a través de la docencia, o ya sea adentrándose en el campo no alcanzado todavía por cualquier ciencia, y eso es investigación, descubriendo nuevas verdades en el campo de cualquier disciplina” Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 139ª.

²¹ “Prácticamente y también en el plano de los principios, en efecto, tiene que ser reconocida la disparidad de jerarquía entre los derechos esenciales, comenzando con la fuente o el presupuesto de todos, o sea, la dignidad humana, para seguir con la vida e integridad personal (...) Sostenemos que debe buscarse la conciliación entre esos derechos, asumiendo como regla general que la colisión entre ellos es sólo aparente y por lo mismo resoluble. Pero, si en definitiva y después de aquel esfuerzo, no es posible conjugarlos por entero, entonces tiene que admitirse la idea de la jerarquía o gradación, de primacía o preponderancia de unos sobre otros de esos derechos, comenzando por el derecho a la vida y a la integridad personal, continuando con la intimidad y el honor, pasando a la información y reunión, para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se halla la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de bienes y el dominio ya adquirido o propiedad”. Cea Egaña, José Luis, **Derecho Constitucional Chileno**, tomo II,

Para contra argumentar esta postura debemos referirnos a los comentarios del profesor y constitucionalista Pablo Ruiz Tagle, quien en un artículo denominado *Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile*²², denomina como el grupo de las *teorías pontificias*: a aquel conjunto de autores, en su mayoría originarios de la Universidad Católica, que han desarrollado una doctrina de los derechos fundamentales de carácter *intuitivo y total o jerarquizada*, integrada -según este último autor- por los profesores Alejandro Silva Bascuñán, Enrique Evans de la Cuadra, José Luis Cea, Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y el propio profesor Humberto Nogueira.

También señala el profesor Ruiz Tagle, que a pesar de la influencia de estas doctrinas constitucionales pontificias, existiría en nuestro país una posición distinta que por supuesto también ha tenido reconocimiento en la doctrina. Como ejemplo de estas otras concepciones, y esto es lo curioso a primera vista, el autor cita precisamente la obra *Dogmática Constitucional* del profesor Nogueira, pero teniendo cuidado de aclarar, en todo caso, que la definición que este último profesor hace de los derechos fundamentales todavía corresponde a una concepción intuicionista sobre los mismos.

La tesis de la jerarquía de derechos tuvo acogida en nuestra jurisprudencia en la sentencia del caso *Luksic con Martorell* por la publicación del libro "Impunidad Diplomática", que derechamente se pronunció a favor de la tesis numerológica de los derechos asegurados en el artículo 19, vale decir, que su jerarquía respondía al orden decreciente conforme al listado de dicho artículo. En todo caso se trataba de la pugna de dos derechos civiles o de primera generación²³.

Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, págs. 65 y 67 (destacados en el original).

²² Ruiz Tagle, Pablo, "Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile", *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, vol. 63, págs. 183-187.

²³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 31 de mayo de 1993, confirmada por sentencia de la Corte Suprema de 15 de junio de 1993. El considerando 8º señala que: "...Nadie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia. Así, se comienza con la vida y la integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley y en seguida, en el número 4 la honra, en circunstancia que la libertad de información está contemplada en el número 12".

g. Por último, para este sector doctrinal los DESC o derechos de segunda generación y los de tercera *no* se comprenden dentro de los derechos esenciales *limitadores de la soberanía* a que se refiere el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución²⁴. Incluso algunos autores excluyen derechos de primera generación como el de nacionalidad²⁵.

3. La interpretación teleológica y finalista del sistema de derechos.

La segunda tendencia existente en Chile en materia de derechos fundamentales es la que Pablo Ruiz-Tagle ha llamado “posturas constitucionales de carácter razonado y parcial”. Estas posturas se avienen de mejor manera con el tratamiento del derecho europeo y la literatura jurídica extranjera que constituye la denominada ciencia dogmática constitucional de los derechos fundamentales.

Vamos a defender en este trabajo la tesis interpretativa alternativa a la doctrina originalista de la Constitución de 1980, ya que nos parece más conciliable con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y es la única interpretación que permite otorgar un mayor grado de protección y justiciabilidad de los DESC.

En efecto, si optamos por una interpretación objetiva y evolutiva de la Carta es posible un ejercicio mucho más creativo, flexible, innovador y protector de los DESC, que puede observarse en la obra de numerosos publicistas e internacionalistas a partir de la década de los 90, como Humberto Nogueira, Cecilia Medina, Pablo Ruiz-Tagle y Patricio Zapata, entre otros. En el presente trabajo seguiremos principalmente las doctrinas del profesor Nogueira por ser de aquellas más osadas y además por la basta producción doctrinal en la materia, pero serán apoyadas además por la literatura jurídica nacional y comparada. Caractericemos ahora esta segunda posición.

a. En primer lugar se trata de una interpretación *sistemática, teleológica y finalista* de la Constitución y todo el sistema de derechos fundamentales. En cuanto hermenéutica sistemática la interpretación constitucional debe

²⁴ Véase en tal sentido Villacencio, Luis, *La Constitución y los derechos humanos*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1998, págs. 131-134.

²⁵ Contra la idea de incluir la nacionalidad como derecho esencial que limita la soberanía, véase Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pág. 185.

considerar la comunicabilidad e interdependencia entre la parte dogmática y orgánica de la Carta Fundamental. Además el proceso interpretativo debe ser presidido por la complementariedad entre el derecho interno e internacional, particularmente el ordenamiento internacional de los derechos humanos, ya que la hermenéutica a aplicar debe también ser teleológica. En este esquema hay que interpretar la Constitución basada en principios que permitan construir, reformular y actualizar el ordenamiento constitucional a favor de la dignidad humana²⁶ y los derechos esenciales.

b. Segundo, se trata de una *interpretación extensiva y no restrictiva de los derechos*. En esta perspectiva la interpretación de los derechos fundamentales debe hacerse en conformidad con los principios y valores de la Constitución, con los tratados internacionales de derechos humanos y con las normas de Derecho Internacional, particularmente de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario.

En efecto, interpretar la Constitución bajo esta segunda óptica doctrinal implica considerar no sólo el texto formal, sino también la Constitución material, los que aunados forman en materia de derechos y garantías el denominado bloque dogmático del ordenamiento constitucional.

Esta postura se desprende del artículo 5° inciso 2° primera oración, de la Constitución: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, el cual elimina toda posibilidad de hermetismo constitucional, explicitando un aseguramiento genérico de todos los derechos subjetivos esenciales emanados de la naturaleza humana, que limitan el ejercicio de la soberanía y configuran el bloque constitucional de derechos. Encontramos entonces los siguientes²⁷:

²⁶ Al respecto, el profesor y constitucionalista Humberto Nogueira nos dice que “...la dignidad de la persona humana parte de una concepción antropológico-filosófica, que reconoce en la persona humana el único ser dotado de dignidad, producto de su carácter de ser consciente y racional, perfectible, dotado de voluntad y afectividad. Todo ser humano es un ser original”. Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto, **Derecho Constitucional**, tomo I, edición 1999, reimpresión 2002, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pág. 110.

²⁷ El profesor Nogueira se apoya en la historia de la negociación que dio lugar a la Ley de Reforma Constitucional N°18.825 de 1989, publicada en el Diario Oficial de 17 de agosto de 1989, la cual introdujo la oración final del actual artículo 5° inciso 2°. Incluso, el profesor Nogueira sostiene que también son derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana aquellos que la comunidad democrática puede *en el futuro considerar con tal carácter*. Véase todas estas ideas

b-1. En primer lugar, los derechos asegurados en el articulado del Texto Constitucional, vale decir, aquellos que constituyen *derecho constitucional formal*. A su vez comprenden en mi opinión personal varios grupos:

- Los derechos constitucionales contemplados en el capítulo III, artículo 19 de la Carta Fundamental, denominado: de los derechos y deberes constitucionales
- La nacionalidad y los derechos constitucionales de carácter político, consagrados en el Capítulo II de la Constitución, sobre nacionalidad y ciudadanía (arts. 10, 13, 14, 15 y 18).
- Los derechos constitucionales contenidos en otros capítulos de la Constitución como la dignidad humana acorde al artículo 1° inciso 1°, el derecho a fundar una familia y a contraer matrimonio del artículo 1° inciso 2°, y la igualdad de oportunidades de ingreso a la administración pública, consagrado en el artículo 38 inciso 1°, por mencionar sólo algunos.

Todo este primer grupo de derechos tienen como común denominador que sean de fuente nacional y que están explicitados o bien se infieren implícitamente de la Constitución formal.

b-2. Sin embargo, el plexo de derechos constitucionales se ve complementado por aquellos que tienen su *fuentes en el Derecho Internacional*, y son los siguientes.

- Los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, incorporados al ordenamiento jurídico interno en virtud del propio artículo 5° inciso 2° de la Constitución que establece una cláusula de reenvío al Derecho Internacional.
- Los derechos humanos contenidos en otros tratados sobre derechos humanos, aún cuando no hayan sido ratificados ni estén vigentes es decir, reconocidos por el Derecho Convencional Internacional;

en Nogueira, Humberto, **Dogmática Constitucional**, op. cit., págs. 57, 84, 135-138 y 148. Para el profesor Nogueira en definitiva, el carácter de un derecho fundamental no se identifica con su estructura normativa formal, sino con un contenido material. Por tanto, un derecho fundamental como son los DESC, podría estar perfectamente positivado incluso en normas de jerarquía legal o infralegal, como un reglamento.

garantizados implícitamente en conformidad a lo dispuesto en el artículo 29 literal d) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

- Los derechos humanos derivados de la costumbre jurídica internacional, vale decir, que son reconocidos por el Derecho Internacional consuetudinario, garantizados de manera implícita por la vía del artículo 29 literal c) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

- Los derechos humanos derivados de los principios de Derecho Internacional General; garantizados de forma implícita atendido lo dispuesto en el artículo 29 literal c) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Aplicando esta doctrina a la realidad constitucional chilena en materia de DESC, podemos sostener que nuestra Carta Fundamental se complementa, entre otros, con los siguientes preceptos de fuente internacional:

- En materia de protección del trabajo: los artículos 6º, 7º y 10 Nº2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- En materia de derecho a la huelga: el artículo 8º Nº1 letra d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- En materia de protección de la salud: el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- En materia de derecho a la educación: el artículo 13 Nº1 y Nº2 y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- En materia de derecho a la seguridad social: el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- En materia de sindicación el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el artículo 8º Nº1, letras a), b) y c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Con esta interpretación el catálogo de los DESC *es bastante más amplio* que el concebido por la posición tradicional o pontificia, ya que se complementa por las fuentes de origen internacional, que no operan con carácter subsidiario o complementario de segundo orden –como en

ocasiones parece entenderlo difusamente don José Luis Cea²⁸; sino que operan directamente²⁹. Otra cosa es que el sistema internacional de protección jurisdiccional de los derechos humanos opere con carácter subsidiario. Lo que quiero plantear entonces apoyado en esta doctrina finalista y teleológica de la interpretación constitucional es que los DESC pueden ser invocados no sólo mediante el recurso de protección sino en todas las magistraturas.

Además conviene señalar que para esta corriente, el bloque dogmático de los DESC abarca no sólo las normas iusfundamentales, sino también otras normas de naturaleza dogmática como aquellas que establecen principios de interpretación, como es el *pro homine* o *favor libertatis* (art. 5º PIDESC)³⁰.

c. En tercer lugar, bajo esta lectura sistemática y finalista, y apoyándonos en la doctrina comparada es posible sostener que los DESC *son derechos* en sentido objetivo o normativo y también en sentido subjetivo.

Veamos primero porqué son derechos en sentido objetivo. Para ello hay que recurrir a la Teoría y Filosofía del Derecho, algunos autores han sostenido la existencia de una estructura o gradación normativa bien delimitada (o en sentido fuerte) al interior de los textos jurídicos y entre ellos de la Carta Fundamental. Así uno de los más renombrados sobre la materia, el jurista Robert Alexy, sostiene que la Constitución (alemana), al igual que otras fuentes normativas de estructura codificada comprenden tres tipos de enunciados o preceptos: las normas ético-jurídicas o *valores jurídicos*, las normas principales o *principios técnico-jurídicos*, y las *reglas* o normas jurídicas tradicionales del tipo kelseniano³¹.

²⁸ En efecto este autor, aunque reconoce la existencia de un Derecho Constitucional Internacional todavía parece más propicio a considerar primero los derechos contenidos en el articulado de la Constitución y luego, los contenidos en tratados internacionales ratificados y vigentes. Véase sobre esto Cea Egaña, José Luis, **Derecho Constitucional Chileno**, tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, pág. 68, en relación con pág. 74.

²⁹ Ello es reconocido por el profesor Nogueira, ya que la Convención Americana exige haber agotado la vía jurisdiccional interna para que la Corte Interamericana entre a conocer de estas materias.

³⁰ Véase esta idea en Medina, Cecilia, **Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos**, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, 2003, pág. 69.

³¹ También acuden a esta distinción otros autores como Bidart Campos, Germán, **Teoría General de los Derechos Humanos**, 4ª edición (2002), Editorial Astrea,

Siguiendo la distinción propuesta por Alexy, es posible afirmar una primera diferencia entre principios jurídicos y reglas, la cual radica en que los primeros constituyen normas que contienen mandatos de optimización, es decir, la línea de acción que va tomar el Derecho positivo, y que obedecen al criterio de la maximización, vale decir, que son cumplidas en la mayor medida posible, y carecen de la estructura clásica de antecedente, consecuencia y sanción propia de las reglas jurídicas tradicionales de tipo kelseniano, que sólo pueden ser cumplidas al modo del todo o nada³².

A su vez, Alexy distingue también entre valores jurídicos y principios jurídicos. En este caso la distinción es menos tajante, ya que ambos obedecen al principio de maximización. Sin embargo, la diferencia estriba en que los valores jurídicos mantienen un contenido *axiológico*, vale decir, un trasfondo intrínsecamente ético, en tanto prescriben algo bueno (son preceptos ético-jurídicos). Mientras tanto, los principios jurídicos se caracterizan por su sentido *deontológico*, ya que prescriben un deber ser independiente de su trasfondo axiológico³³.

Alexy sostiene que los derechos fundamentales pueden estructurarse indistintamente como principios -entendiendo aquí el término en sentido amplio, esto es, extensivo de valores y principios jurídicos- o como reglas jurídicas. Ahora bien, si uno analiza nuestra Constitución formal podemos apreciar que tanto los DESC como los demás derechos fundamentales están positivados indistintamente como normas *principiales* o como reglas jurídicas, por lo que cabe concluir que en nuestro sistema constitucional los DESC son derechos fundamentales en su dimensión normativa.

Ahora bien, la importancia del razonamiento de Alexy radica en que los derechos constitucionales en cuanto son normas, -como el denomina *iusfundamentales*, que contienen o positivizan derechos- tendrían en el contexto de nuestro sistema constitucional una imperatividad directa, en virtud del artículo 6° de nuestra Ley Fundamental, particularmente por su

Buenos Aires, 1991, págs. 392-394, quien se refiere a esta nomenclatura a propósito de las normas sobre derechos fundamentales.

³² Para una lectura integral sobre la distinción entre principios y reglas jurídicas véase Alexy, Robert, **Teoría de los derechos fundamentales**, traducción al español de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 82-87 y 129ss.; y Alexy, Robert, **El Concepto y la Validez del Derecho**, traducción al español de Jorge M. Seña, Editorial Gedisa, Barcelona, 1994, pág. 162.

³³ Para una mejor comprensión de la distinción entre valores y principios véase Alexy, Robert, **Teoría de los derechos fundamentales**, op. cit., págs. 141 y 147ss.; y Alexy, Robert, **El Concepto y la Validez del Derecho**, op. cit., pág. 185.

inciso 2º, que consagra el principio de eficacia inmediata de la Constitución. Expresa dicha disposición que: “*Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona institución o grupo*”³⁴. Así entonces, todos los derechos fundamentales - incluyendo los DESC- no son normas programáticas, sino disposiciones operativas que tienen eficacia por sí mismas.

Los DESC consagrados en la Constitución y en los Pactos además de preceptos constitucionales constituyen normas imperativas de derecho internacional general o de *ius cogens*³⁵. A su vez los tratados sobre DESC, al igual que el resto de los acuerdos internacionales tienen rango de constitución, pero en estricto rigor, *supeditados a la Constitución formal* ya que ella contiene normas que permiten a estos tratados adquirir eficacia jurídica en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero además los DESC son derechos en el sentido subjetivo y tradicional, ya que otorgan derechos a prestaciones normativas y fácticas por parte del Estado, usando el lenguaje de Alexy³⁶. Este autor plantea que los DESC se enmarcan dentro de los llamados derechos a prestaciones en sentido estricto. Este tipo de prestaciones estaría situado dentro de los llamados derechos a acciones positivas del Estado o prestaciones en sentido amplio, las que se descomponen en derechos a organización y

³⁴ Este principio se encuentra positivado explícitamente en el Derecho Constitucional extranjero. Así el artículo 9.1 de la Carta Española también positiviza este principio: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Su artículo 53.1 primera oración prescribe: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”. A su turno la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 1.3 consagra en términos explícitos el principio de vinculación de los poderes públicos por los derechos fundamentales: “Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable”. Asimismo el artículo 18.1 de la Constitución de Portugal señala: “Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas”.

³⁵ Dispone el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en lo que interesa destacar, que: “...Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

³⁶ A continuación seguiremos el orden de ideas desarrolladas en Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 149ss.

procedimiento; derechos a protección y derechos a prestaciones propiamente tales, o en sentido estricto.

Respecto de estos últimos, a los que Alexy también denomina derechos sociales fundamentales, se plantea que son aquellos que el individuo posee frente al Estado y que de contar con los medios financieros necesarios los obtendría de otros particulares. Estarían conformados los Derechos Sociales Fundamentales, según el autor, por aquellos derechos sociales expresamente estatuidos, que serían los verdaderos derechos fundamentales, mientras que aquellos que no están expresamente mencionados, ingresarían por la vía interpretativa, a los cuales denomina “interpretaciones sociales de los derechos de libertad e igualdad” o “derechos fundamentales a prestaciones”.

En el caso de la Ley Fundamental Alemana los derechos fundamentales sociales casi no están formulados explícitamente, por lo que su inclusión ha generado una gran discusión acerca de si el derecho constitucional debe o no adscribir a la esfera de los derechos fundamentales, normas que confieren derechos sociales. El autor, entonces, señala que para realizar la referida adscripción se debe recurrir a una clasificación formal de las normas que confieren derechos sociales, (recordemos que los derechos fundamentales son derechos y normas a la vez) atendiendo a tres criterios, a saber: si ellas establecen o no una vinculación; su carácter subjetivo u objetivo; y si se trata de normas *prima facie* o definitivas, lo que da como resultado, de acuerdo a su mayor o menor protección, una clasificación con ocho órdenes decrecientes de tales normas, teniendo en primer lugar aquellas normas subjetivas, vinculantes y definitivas, para llegar en el octavo orden y, en último lugar, a las normas que no son vinculantes, *prima facie* y de carácter objetivo, las que serán en el fondo meros programas, y que, por tanto, merecerían menor protección.

Otro criterio que este autor indica debe ser considerado a la hora de determinar la inclusión o exclusión de estas normas constitucionalmente, es el de su contenido. Así, existiría aquel programa que sólo exige un contenido mínimo de protección al individuo; y, por otro lado, existirían aquellos programas que exigen un contenido maximalista, es decir, la realización plena de los derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho a la educación. En este último caso, se expresaría como un “derecho a la emancipación cultural, intelectual, a la individualidad, a la autonomía, a la madurez político social”.

Todo lo anteriormente expuesto conduce a una necesaria discriminación entre estas normas a la hora de la adscripción de ellas como derechos fundamentales. Esta labor estaría basada en los criterios antes expuestos y en la ponderación de los argumentos en pro y en contra de la inclusión de

los derechos sociales, constitucionalmente. De ellos hablaremos a continuación.

Los argumentos a favor de la inclusión de estos derechos están basados en dos tesis. La primera, parte de la idea de la libertad fáctica. La primera premisa es que la libertad jurídica no tiene mayor sentido, si no se cuenta con la necesaria y correlativa libertad fáctica, esto es, las condiciones o presupuestos para que la libertad de hacer o no hacer sea efectiva. La segunda premisa consiste en que estos presupuestos, o libertad fáctica, de la que son titulares una gran mayoría, no puede estar en el ámbito de dominio de los mismos titulares, sino que debe estar entregada a la actividad estatal.

De lo anterior, el autor plantea que pudiese surgir la duda respecto a si los derechos sociales fundamentales, lo que deben proteger es la libertad entendida como la libertad fáctica. Ello, desde un argumento de la adscripción de los derechos sociales fundamentales basados en la idea de la libertad. La respuesta a tal interrogante la da el autor desde dos argumentaciones. La primera dice relación con la importancia de la libertad fáctica para los ciudadanos. Según esta idea las libertades jurídicas no le sirven de mucho si no cuenta con los medios para hacer posible sus elecciones. Por otro lado, señala el autor, la Constitución establece ciertos principios que requieren de la libertad fáctica para su cumplimiento efectivo. En efecto, la Constitución establece como principio que el individuo se desarrolle libre y dignamente, lo que supone la existencia de la libertad fáctica como presupuesto de estos principios.

Los argumentos en contra dicen relación, el primero, con un aspecto formal, mientras que el segundo, con uno material. Así, el primero de ellos plantea que los derechos sociales fundamentales no son justiciables o lo son sólo parcialmente, ello, ya que su objeto es de suyo impreciso, lo que obliga a un traslado de las decisiones acerca de su contenido, a fin de obtener su cumplimiento, desde el legislativo al judicial, lo que supone una inconstitucionalidad, por cuanto viola el principio de la separación de poderes, y la democracia.

Por otro lado, su excesivo costo financiero obligaría a que el velar por su cumplimiento eficaz estuviera en manos del Tribunal Constitucional (alemán), lo que una vez más implicaría caer en una inconstitucionalidad, por cuanto una parte de la política presupuestaria estaría en manos de este tribunal. Para evitar dicha irregularidad, la única salida posible sería quitarle el carácter vinculante a estas normas, lo que, a su vez, significaría violar la cláusula de vinculación establecida en el ordenamiento jurídico alemán.

El segundo de los argumentos en contra dice relación con un aspecto material, es decir, con la colisión que se presenta entre los derechos sociales fundamentales y otros derechos fundamentales o entre éstos e intereses generales. El autor, para graficarlo, cita el derecho al trabajo, el que, desde el punto de vista del derecho social, debe ser cumplido por el Estado, lo que se traducirá en una irremediable colisión con los derechos de los particulares en una economía de mercado, por cuanto el objetivo del pleno empleo, implicará la intervención del Estado en el mercado, en desmedro de los derechos de privados y de su dominio de los bienes de producción. Esto mismo se da en general, según esta tesis, en los demás derechos, en la medida en que ellos demandan grandes costos que son satisfechos con impuestos, es decir, a costa de otros privados, para lo que el Estado tiene una importante limitación, constituida por la no lesión de los derechos de estos últimos.

El autor, más adelante, plantea un *modelo de ponderación* de estos derechos a fin de establecer cuáles de éstos deben ser considerados como derechos del individuo en forma definitiva, lo que se obtendría a través de la ponderación de todos los factores que hasta ahora hemos mencionado, esto es, el respeto a la división de poderes, a los ámbitos de competencia del legislador, al principio de libertad fáctica y a la conciliación de los derechos sociales con las libertades jurídicas y con intereses de carácter general. Esta tarea quedará entregada, según el autor, a la teoría que se elabore a partir de cada uno de los derechos sociales.

Sin perjuicio de lo anterior, el autor plantea una respuesta general. Se considerará que un derecho debe ser garantizado de una manera definitiva y permanente, si: 1) la libertad fáctica lo requiere en forma urgente; y 2) la división de poderes, la democracia, los principios materiales opuestos (la colisión de derechos) y la competencia presupuestaria, se ven afectados en forma reducida. Es posible entonces defender jurídicamente la exigibilidad de los DESC como auténticos derechos fundamentales.

Por último bajo esta segunda postura interpretativa que estamos describiendo, la dicotomía tradicional entre derechos de primera y segunda generación carece de todo sentido y no tiene basamento teórico alguno. Esta difuminación ha sido desarrollada principalmente por autores internacionalistas como Antonio Cancado Trincade o Magdalena Sepúlveda, por mencionar sólo algunos de sus exponentes³⁷.

³⁷ Véase Cancado Trincade, Antonio, "La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en Varios Autores, **Estudios Básicos de Derechos Humanos**, tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos Serie

d. Esta tesis plantea, en lugar de la jerarquía, el balance y *ponderación de los derechos*. Ello basándose en que la jerarquía debe, como método intuitivo, y en una primera instancia, ser descartada de plano en el análisis y aplicación de tales derechos. Se señala que en la necesidad de ser utilizada la jerarquía en caso de conflicto, esta deberá ser analizada a luz de razones históricas o políticas, o, en último caso, utilizando el modelo planteado por Rawls de una sociedad en que todos o la mayoría tienen a su disposición los derechos fundamentales y en la que los principios rectores son la libertad y la igualdad. Además, de ser utilizados criterios de índole religiosa o económica, éstos deberán darse a conocer explícitamente.

Por otra parte, se plantea en esta postura que la delimitación y solución de los conflictos entre derechos deberá hacerse caso a caso, por lo que, de resultar una preferencia de un derecho por sobre otro, ella será ponderada parcial y razonadamente. Plantea Ruiz-Tagle que esta postura ha tenido acogida en diversos fallos de nuestra jurisprudencia nacional. Es decir, en esta tesis la decisión de un posible conflicto entre derechos deberá hacerse a la luz de elementos racionales y manteniendo el criterio del análisis caso a caso, sin que el haber dado preeminencia en un caso concreto a un derecho determinado, signifique su necesaria decisión en el mismo sentido en otros casos, pues las circunstancias particulares son consideradas como esenciales en su resolución.

Bajo este segundo esquema interpretativo no es posible admitir una jerarquía apriorística entre los DESC y los demás derechos humanos o fundamentales, cualquiera sea su naturaleza, data histórica o filosofía inspiradora.

Resulta entonces que en caso de conflictos entre derechos de primera, segunda y/o tercera generación, ellos deben ser ponderados o sopesados para cada caso en particular, pero nunca considerados unos como superiores axiológica o jurídicamente frente a otros de manera *a priori*³⁸.

Estudios de Derechos Humanos, 1993, págs. 40 y ss; y Sepúlveda, Magdalena, "La justicialidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la supuesta dicotomía entre las obligaciones impuestas por los Pactos de Naciones Unidas", en Cantón O, y Corchea S (editores), **Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ensayos y Materiales**, Editorial Porrúa, México, 2004.

³⁸ Véase un desarrollo del tema de la ponderación, al cual nos adherimos, en la doctrina comparada, en Alexy, Robert, **Teoría de los derechos fundamentales**, op. cit.; Pietro Sanchís, Luis, **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**, Editorial Trotta, Madrid, págs. 189 y ss. y Ciamcaro, J., **El conflictivismo en los derechos fundamentales**, Editorial Eunsa, Madrid.

En tanto los derechos fundamentales se estructuran normativamente como valores o principios, lo que existe cuando entran en conflicto es una antinomia de segundo grado que no puede obtener solución a través de los criterios tradicionales para la resolución de conflictos normativos (temporalidad, especialidad y jerarquía), ya que dichos criterios obedecen fundamentalmente al Estado Liberal de Derecho históricamente superado, y no al Estado Constitucional y Democrático de Derecho que marca el desarrollo contemporáneo y supranacional de los derechos fundamentales, espectro este último donde se han, potenciado, precisamente, los DESC, y además los derechos de los conglomerados o pueblos, que obviamente también son derechos³⁹.

Esta exigencia de ponderación tiene su fundamento en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido implícitamente en el artículo 6º inciso 1º de la Carta Fundamental. Esto no significa negar cabida a los viejos criterios de temporalidad, especialidad -ambos regulados en el Código Civil-, y al criterio de la jerarquía, -radicado implícitamente en la Constitución-, sino entender que no son operables en el caso de conflictos de derechos fundamentales.

En nuestro medio, el profesor Nogueira -siguiendo al catedrático alemán Konrad Hesse-, parece reconocer parcialmente la tesis de la ponderación de derechos ya que al producirse una contradicción de derechos existen dos opciones: o un derecho se afirma al primar jerárquicamente sobre otro que cede ante él ya que es indisponible, como sucede con el derecho a no ser torturado; o bien, se consigue una optimización de los bienes en juego⁴⁰.

Ahora bien en caso de *conflicto de un mismo DESC al interior del bloque de constitucionalidad*, por ejemplo, entre aquel asegurado por el texto de la Constitución formal y aquel asegurado por una fuente normativa de origen internacional, debe primar aquel precepto que mejor asegure el derecho, por que así lo ordena el artículo 5º inciso 2º de la Ley Fundamental, en relación con el principio *pro homine* o *favor libertatis* contenido en el artículo 5.1 del PIDESC, según el cual ante dos o más preceptos aplicables a un caso específico -siendo uno de fuente internacional y el otro de fuente nacional-, se debe preferir aquella norma que mejor proteja el derecho fundamental. Otra cosa distinta es que la protección jurisdiccional internacional opere con carácter subsidiario o

³⁹ Esto no significa negar cabida a los viejos criterios de temporalidad, especialidad -ambos regulados en el Código Civil-, y al criterio de la jerarquía, -radicado implícitamente en la Constitución-, sino entender que no son operables en el caso de conflictos de derechos fundamentales.

⁴⁰ Nogueira, Humberto, **Dogmática Constitucional**, op. cit, págs. 183 y ss.

complementario ya el sistema de protección internacional de derechos humanos exige haber agotado la vía interna para que los organismos supranacionales puedan conocer.

4. Estrategias de exigibilidad de los DESC en el marco de una interpretación teleológica de la Constitución.

Pasemos ahora a proponer estrategias doctrinales para conseguir una exigibilidad jurisdiccional de los DESC en el plano procesal interno, en el marco de una teoría de la interpretación constitucional de carácter teleológica y finalista.

a. En este contexto, el *principio de vinculación directa* de la Ley Fundamental (art. 6º inciso 2º) es un elemento clave para la exigibilidad judicial de los DESC. Los derechos fundamentales y, por tanto, también los DESC vinculan a todos los poderes públicos ya que están dotados de una eficacia inmediata. En este sentido los preceptos de la Norma Suprema adquieren carácter normativo y operativo. Obligan directamente y sin necesidad de mediación normativa alguna, sea legislativa, reglamentaria o de otra especie de disposición jurídica a menos que el propio Código Fundamental así lo requiera⁴¹.

En mi opinión, el sentido de la expresión preceptos abarca todo tipo de normas constitucionales, sean ellas materiales o formales, dogmáticas u orgánicas, y por último, cualquiera sea la estructura de sus enunciados, es decir, valores, principios o reglas constitucionales.

En consecuencia, toda la preceptiva constitucional, inclusive los derechos constitucionales en cuanto normas *iusfundamentales*, adquieren

⁴¹ Véase un reconocimiento generalizado de este principio en nuestra doctrina iuspublicista nacional, por ejemplo, en Aldunate, Eduardo, "El efecto de irradiación de los derechos fundamentales", y Cazor, Kamel, "El fenómeno de constitucionalización del Derecho: Cuestiones de mera legalidad, de trascendencia constitucional y derechos fundamentales", en Varios Autores, **La Constitucionalización del Derecho Chileno**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 13ss. y pág. 43, 58-59, respectivamente; Fernández, Miguel Ángel, **Principio constitucional de igualdad ante la ley**, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2001, pág. 176-179; Verdugo, Mario, Pffefer, Emilio y Nogueira, **Derecho Constitucional**, tomo I, Editorial Jurídica de Chile edición 1999, reimpresión 2002, pág. 132; Nogueira, Humberto, **Dogmática Constitucional**, op. cit, pág. 20-22; y Cea, José Luis, **Derecho Constitucional Chileno**, tomo I, op cit, pág. 244.

operatividad plena o directa, en un doble sentido, esto es, primero frente a los poderes públicos y luego respecto de los particulares. Opera así una vinculación inmediata de los órganos del Estado y de los particulares por los derechos humanos. Todas las personas, magistraturas y estructuras de poder se hallan vinculados por la Norma Fundamental, inclusive aquel encomendado a ejercer la función constituyente derivada. Por tanto, deben supeditar su actuación a los preceptos constitucionales.

Frente al poder público la imperatividad directa se traduce en una eficacia vertical de la Constitución respecto de todas las autoridades públicas como el órgano constituyente derivado, el ejecutivo, el legislador, los órganos jurisdiccionales, administrativos, contralores, etc.

Ahora bien, con respecto a los particulares el principio de vinculación directa de la Constitución se refleja en la denominada eficacia horizontal, siendo inmediatamente aplicable a las relaciones jurídicas entre privados.

Por último, este principio de vinculación directa de la ley Fundamental conduce a evitar cualquier interpretación de la Constitución que conduzca a anular o privar de eficacia a alguno de sus preceptos, lo cual debe ser concordado con el principio de integralidad maximizadora de los derechos consagrado en el artículo 29 letra b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que los derechos son normas constitucionales iusfundamentales.

c. La lista de derechos asegurados de protección, de acuerdo al artículo 20, no excluye los demás derechos, ya que *la enumeración no es taxativa*. Se pueden utilizar mecanismos de protección por una vía indirecta de exigibilidad, vale decir, a través de violaciones a los derechos civiles y políticos que están asegurados expresamente de acuerdo con el tenor literal del artículo 20 de la Constitución. Así el derecho a la vida puede fundamentar el derecho a la seguridad social y a la protección de la salud, el derecho a un medio ambiente incontaminado absorbe al derecho a la salud, el debido proceso puede sustentar a cualquier derecho, la propiedad también a cualquier derecho, la igualdad ante la ley permitiría recurrir todo impedimento al acceso material a un DESC, la libertad de opinión cuando los Estados no informan de los sistemas de salud. Refuerza lo anterior, que es imperativo *dotar de acción a los derechos* lo que se deduce del propio artículo 19 N° 3 incisos 1° y 3° de la Constitución en relación con el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para ello hay que demostrar cómo la falta de satisfacción de un derecho no incluido en la enumeración del artículo 20 puede derivar en la amenaza o perturbación de un derecho fundamental recurrible de protección. Si el

Estado no cubre los DESC incurre en una omisión arbitraria e ilegal vulnerando preceptos de la propia Constitución como es la dignidad humana, la igualdad jurídica y el respeto al bien común.

c. El artículo 5° inciso 2° primera oración hace un reenvío al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que abarca todos los derechos esenciales del *bloque dogmático* de la Constitución, con lo cual podemos hablar de un bloque constitucional de derechos que es recurrible de protección, es decir, que pueden invocarse de protección no sólo los derechos enumerados en el artículo 20, sino también los demás derechos del texto formal y aquellos contenidos en tratados internacionales ratificados y vigentes, por mencionar sólo algunos. Esa es la interpretación que más se condice con el Estado Social y Democrático de Derecho o constitucionalismo social y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

d. El artículo 5° inciso 2° oración final de la Carta Fundamental es otro elemento clave para otorgar operatividad jurisdiccional a los DESC ya que impone deberes de *respeto, promoción y garantía* de todos los derechos esenciales para todos los órganos del Estado, sin distinguir a que derechos se refiera: “*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*”. No es lícito al intérprete establecer entonces diferencias donde el ordenamiento jurídico no las crea. Así los DESC merecen también de protección jurisdiccional.

A su vez estas exigencias para el Estado derivan del valor dignidad humana proclamado en el artículo 1° inciso 1° de la Constitución en armonía con el principio de servicialidad estatal en orden a promover el bien común tal como se desprende del inciso 4° del artículo 1° de la Ley Suprema y concretado a su vez en el deber de otorgar igualdad de oportunidades en la vida nacional (art. 1° inciso 5°).

Estos preceptos deben ser coordinados a su vez, por la vía del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, con diversos instrumentos de fuente internacional. Así cabe mencionar los artículos 1° y 2° párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este último párrafo preceptúa la obligación estatal de *adoptar medidas para dictar disposiciones legislativas o de otro carácter*. Así, también el artículo 1° del Pacto San José de Costa Rica establece las obligaciones de *respetar* los derechos fundamentales de todas las personas sujetas a su jurisdicción y de *garantizar* su libre y pleno ejercicio señala, su artículo 2° dispone la obligación estatal de *adoptar medidas legislativas o de otro carácter* que

fueren necesarias para hacer efectivos los derechos fundamentales reconocidos por esta. Por último el artículo 2º Nº 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación de *realización progresiva* de tales derechos por parte de los órganos estatales.

Ahora bien, en cuanto a las medidas legislativas podemos señalar que una vía indirecta de largo plazo para la eficacia jurisdiccional de los DESC es en relación con la citada normativa el artículo 5º del Código Civil, conforme al cual el poder judicial debe informar al Presidente de la República sobre los vacíos y dudas normativas que se le presentaren en la aplicación del ordenamiento jurídico, a fin de que éste pueda implementar las iniciativas legislativas destinadas a perfeccionar el sistema procesal de protección de los DESC.

Una forma de alcanzar la eficacia jurisdiccional de los DESC en el ámbito nacional vía legislativa sería a través de un *procedimiento de tutela de todos los derechos* de segunda generación, como ocurre con el proyecto que en materia laboral fuera ingresado por mensaje del ejecutivo en el Congreso Nacional el 22 de septiembre de 2003, el cual sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo⁴². Se trata, en este proyecto, de institucionalizar a nivel legal la protección procesal en sede ordinaria de todos los derechos fundamentales del trabajador mediante la sanción de nulidad del acto lesivo de los mismos, como una verdadera ampliación del actual artículo 294 del Código Laboral, que contempla esta figura en relación con el derecho a la libertad sindical, todo ello sin perjuicio de incluir normas alteradoras de la carga de la prueba con el objeto de atemperar la superioridad probatoria del empleador.

e. La vía ordinaria es otra posibilidad de exigibilidad directa. Una alternativa en el orden interno es una *acción en juicio sumario* con arreglo a la preceptiva prevista en el libro III del Código de Procedimiento Civil, que supone la necesidad de un juicio rápido para que la acción sea eficaz. Esta tesis no es descabellada porque la causal genérica admitiría esta figura, cumpliéndose el requisito de admisibilidad previsto por el legislador, haciéndose operativos en consecuencia el derecho a la acción, jurisdicción o tutela constitucional -previsto en los incisos 1º y 3º del artículo 19 Nº3 de la Constitución y artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos-, como también el principio de inexcusabilidad consagrado en el artículo 73 inciso 2º del mismo texto, lo que a su vez se traduce en la obligación de proveer la demanda por parte del magistrado.

⁴² Boletín Nº 3367-13.

5. Conclusiones generales.

a. La Constitución no admite una sola lectura, pero hay interpretaciones que resultan más conciliables con el régimen democrático y la protección y desarrollo de los derechos fundamentales, particularmente de los DESC. Una comprensión adecuada de la Carta Fundamental en el marco del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, debe promover una axiología jurídica anclada en la tolerancia y ajena a los reductivismos ideológicos y morales que representan el origen de nuestra Constitución. Es necesario, *apartarnos de las interpretaciones originalistas*, ya que atendida su rigidez hermenéutica y conceptual, restan eficacia al régimen democrático, y entorpecen el desarrollo efectivo de los derechos fundamentales, particularmente de los derechos de segunda y tercera generación.

Sostenemos, que este cambio de mentalidad jurídica puede ser promovido, entre otros aspectos, por vía de la doctrina y literatura jurídicas, y de ahí empapar el pensamiento de los operadores del Derecho, partiendo por abogados para llegar finalmente a funcionarios públicos y magistrados.

La doctrina constitucional no puede centrarse en el análisis histórico de la Constitución ya que el mismo contradice el sistema democrático, el pluralismo político e ideológico consagrados en la parte dogmática de la propia Constitución (arts. 4º, 19 Nº 6 y Nº 15 inciso 6º).

Esta nueva concepción hermenéutica de la ponderación en aras de solucionar los conflictos normativos entre derechos, se encuentra en una fase muy precaria en nuestro país, y nos parece legítimo adoptar los avances que la literatura y jurisprudencia europea han alcanzado sobre el particular. Seguir empleando las concepciones jerárquicas implica negar toda posibilidad de eficacia jurídica de los derechos de segunda y tercera generación, lo que es contrario al propio ordenamiento constitucional, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y lo que es más grave, a la propia persona humana, cuya dignidad y derechos, es el basamento último del sistema jurídico y orienta la función promocional de los mismos por parte del Estado.

b. En el plano normativo de los principios constitucionales, pareciera existir una estructura favorable a la protección jurisdiccional de los DESC en el ámbito interno en virtud del artículo 6º de la Constitución. Sin embargo, una revisión más acuciosa del diseño procesal constitucional (art. 20 de la Constitución) nos revela la inexistencia de un mecanismo jurídico institucional adecuado para imponer los derechos fundamentales de segunda

generación por cuanto el recurso de protección es una acción extraordinaria que no considera los principios sustantivos y procedimentales propios de la legislación social, particularmente en materia laboral.

Por otra parte, aunque existieran estructuras normativas claras para la aplicación directa de los derechos fundamentales, resultaría un reduccionismo conceptual pretender que la dimensión estrictamente positiva nos permita resolver la interrogante, ya que si bien existen bases constitucionales y legales sólidas para la justicialidad de los DESC, ello no asegura la eficacia de dichos derechos en su dimensión fáctica.

Como apunta Bobbio, el problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los destinatarios de la norma jurídica), precisamente, nos dice que una norma exista en cuanto norma jurídica no implica que también sea constantemente cumplida⁴³.

Si bien en el plano de los principios jurídicos (Constitución, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y Convención Americana) existe una obligación jurídica normativa para que el legislador desarrolle los derechos fundamentales –inclusive los DESC–, ello no se ha reflejado plenamente en el diseño institucional de nuestro sistema constitucional y menos aún en el ámbito de la práctica procesal.

La eficacia procesal de los DESC se ha recepcionado tímidamente en nuestro sistema. En efecto, desde mediados de la década de los noventa el legislador laboral ha desarrollado ciertos DESC –específicamente de naturaleza laboral- a nivel legal.

Merece ser destacado en este sentido el derecho a la libertad sindical (art. 19 Nº 19), que ha sido desarrollado por el nuevo artículo 294 del Código del Trabajo –introducido por la Ley Nº 19.759⁴⁴–, el cual establece sanciones propias de esta rama jurídica e implementa una acción procesal ante la magistratura ordinaria destinada a hacer efectivo dicho derecho, mediante un procedimiento ágil y expedito.

Lo anterior sin embargo, confirma la tesis de que en materia DESC como regla general no existe un sistema de eficacia procesal, ni una práctica jurisprudencial muy alentadora. Por otra parte, nuestro diseño procesal tampoco cuenta con mecanismos de control constitucional para el caso de

⁴³ Bobbio, Norberto, **Teoría General del Derecho**, Editorial Temis, Bogotá, 1987, págs. 33 y ss.

⁴⁴ Publicada en el Diario Oficial de 5 de octubre de 2001.

que los jueces infrinjan un DESC en aplicación de una ley que no resulta contraria a la Constitución.

c. La era del Estado Constitucional y Democrático de Derecho implica un momento cultural y políticamente propicio para que, en aplicación de los artículos 1º, 4º, 5º, 6º y 7º de nuestra actual Constitución y en armonía con los pactos internacionales sobre derechos humanos, el juez se vea obligado a fallar las causas bajo el prisma de los derechos fundamentales, inclusive los DESC, ya que ellos deben impregnar la interpretación de todas las ramas del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, una somera lectura de la jurisprudencia y práctica forense en la materia nos lleva a concluir que al menos en nuestro país el entorno jurídico-cultural, sobre todo del Poder Judicial, es por el contrario hostil a la justiciabilidad de tales derechos.

En efecto, no existe en materia interpretativa una cultura constitucional flexible y finalista, sino legalista y formalista. Análogamente a lo que sucede en la judicatura constitucional (como acaece con el fenómeno de propietarización de los derechos fundamentales en materia de recursos de protección), la interpretación de muchos DESC se ha hecho a partir de conceptos civiles y a criterios formalistas.

Pese a todo lo expresado, existen casos excepcionales que apuntan a mediatizar los derechos fundamentales a la relación laboral, por la vía judicial; como asimismo una progresista línea jurisprudencial criolla de la Dirección del Trabajo que podría considerarse como una mediación de derechos fundamentales por la senda de la interpretación administrativa digna de elogiar.

d. Finalmente, para contestar la pregunta inicial que ha generado esta escueta investigación, todas mis impresiones se traducen en que desde el punto de vista jurídico-positivo, la existencia de una justiciabilidad de los DESC es sostenible a partir de la estructura de principios constitucionales, vale decir, el plano de la sustancia normativa, siendo necesario en todo caso, un perfeccionamiento de la institucionalidad procesal. Sin embargo, desde la óptica de la eficacia jurídica, se plantea una ardua labor de modificación de las estructuras mentales y lógicas interpretativas de los operadores jurídicos cimentadas todavía en criterios privatistas, propios del Estado Legal de Derecho.

Mi conclusiones apuntan en definitiva a que para consolidar una genuina exigibilidad judicial de los DESC, deben perfeccionarse no sólo las estructuras procesales, sino sobre todo modificar la mentalidad de los

operadores del sistema jurídico en una doble dimensión: desde el Estado Legal y Liberal de Derecho al Estado Constitucional y Democrático, y desde la argumentación de reglas legales a la de los principios constitucionales.