

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. LIMITACIONES Y PROYECCIONES

GABRIEL CELIS DANZINGER¹

RESUMEN

El autor considera a los DESC como derechos fundamentales, existiendo diversos supuestos que apoyan la tesis que les reconoce exigibilidad procesal. La investigación se inicia con un breve recuento contemporáneo sobre el concepto de derecho fundamental, su concepción en el Derecho chileno, las tres posibilidades de invocación del mismo y su delimitación, para luego internarse en tres aspectos específicos sobre los DESC, su naturaleza jurídica, cómo enfrentar las contiendas entre DESC y otros derechos fundamentales; finalmente, enuncia diversos obstáculos que merman o impiden su eficacia.

Palabras clave: Derechos fundamentales, exigibilidad, interpretación.

ABSTRACT

The author considers the social and economics rights like fundamental rights, with procedural exigibility. The paper begins with a brief exposition of contemporary concepts of fundamental rights, its conception in the Chilean law, the three possibilities of invocation of same and the their boundary. The study finish with three specific aspects of social rights: their nature, how to FACE the conflicts between fundamental rights and finally, diverse obstacles that affects their effectiveness.

Key words: Fundamental rights, exigibility, interpretation.

I. INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva metodológica finalista y una opción no positivista sobre el fenómeno jurídico, el presente trabajo pretende alcanzar una aproximación inicial a la realidad de los derechos económicos, sociales y culturales centrada en el principio de retroalimentación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional.

¹ Abogado. Postítulo en Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca, España. Magíster en Derecho, mención Derecho Público, por la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Chile, de la Universidad de las Américas y de la Universidad Miguel de Cervantes; y profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Chile.

Consciente de las problemáticas e impedimentos fácticos para una vigencia jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales, la investigación opta por una tesis favorable a la exigibilidad procesal de los mismos, a los cuales considera como genuinos derechos fundamentales sociales, siguiendo la terminología doctrinal extranjera, pero intentando justificar su operatividad sobre la base de la propia preceptiva constitucional y en general, de las demás fuentes del ordenamiento jurídico de origen nacional e internacional.

II. QUÉ SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. FUNDAMENTACIÓN Y CONCEPTO

Para abordar la vigencia de los derechos fundamentales sociales debemos examinar someramente qué se entiende en la dogmática constitucional contemporánea por derecho fundamental.

Al respecto, existen numerosas tendencias u orientaciones doctrinales, de las cuales solo nos referiremos escuetamente a las principales teorías contemporáneas²:

2.1. Concepto formal de derecho fundamental.

Bajo esta primera concepción el concepto de derecho fundamental se determina por su pertenencia al catálogo de derechos contenido en la Carta Constitucional. En el caso chileno este catálogo se ubica en el Capítulo III, particularmente en su artículo 19³.

El problema de esta doctrina es que quedan excluidos aquellos derechos que no obstante haber sido positivados también en la propia Constitución formal no se encuentran incluidos en el catálogo de derechos, como ocurre en nuestra Ley Fundamental con el derecho a la nacionalidad (art. 10 CPR), los derechos constitucionales de carácter político consagrados en el Capítulo II de la Constitución formal (arts. 10, 13, 18 CPR), la igualdad de oportunidades, la carrera funcionaria (art. 38 inciso 1° CPR), etc.

² Véase esta clasificación conceptual en ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 93.

³ En el ordenamiento constitucional alemán este catálogo se ubica en el artículo 93 inciso 1° N° 4 de la Ley Fundamental.

2.2. Concepto material de derecho fundamental.

Desde esta perspectiva los derechos fundamentales son aquellos derechos que han sido transformados en derecho positivo.

Desde una perspectiva iusnaturalista, don Antonio FERNÁNDEZ GALIANO apunta a que son “aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”⁴.

A su turno, CASTÁN TOBEÑAS también desde una línea iusnaturalista define los derechos naturales “como aquellos derechos fundamentales de la persona humana –consideradas tanto en su aspecto individual como comunitario– que corresponden a este en razón de su propia naturaleza (de esencia a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común”⁵.

Carlos Santiago NINO, iusfilósofo y constitucionalista de cuño analítico señala sobre la base de una fundamentación centrada en el argumento de la autonomía que: “Siendo la propiedad de ser individuos humanos la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos (salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en distintos grados)”⁶.

El profesor Peter HÄBERLE afirma que los derechos fundamentales constituyen “el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales”⁷.

Desde una perspectiva intersubjetiva que conjuga el fundamento iusnaturalista de los derechos humanos con la necesidad de positivación y garantía, el profesor PÉREZ LUÑO los define como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. Agre-

⁴ FERNÁNDEZ GALIANO, Antonio, *Derecho Natural. Introducción filosófica al derecho*, Madrid, Editorial Ceura, 1988, p. 134.

⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos del hombre*, 3ª Edición, Madrid, Editorial Reus, 1985, pp. 13-14.

⁶ NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1980, p. 417.

⁷ HÄBERLE, Peter, “El concepto de los derechos fundamentales”, en: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Universidad Carlos III, p. 94.

ga que los derechos fundamentales corresponden a su vez a aquellos derechos humanos que han sido positivados por el orden constitucional⁸.

En una línea similar el connotado constitucionalista chileno Humberto NOGUEIRA conceptúa los derechos fundamentales como “el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos –considerados tanto en su aspecto individual como comunitario–, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos”⁹.

También en dicha visión, el profesor José Luis CEA define los derechos fundamentales como aquellos “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos”¹⁰.

2.3. Concepto procedimental de derecho fundamental.

De una perspectiva puramente formal o procedimental el jurista italiano Luigi FERRAJOLI –de origen analítico y neopositivista– señala que los derechos fundamentales son “Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”¹¹.

III. CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO CHILENO

Veamos a continuación –desde una perspectiva iusfilosófica no positivista, y antiformalista en el campo metodológico–, cuáles son los derechos

⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 7ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1984.

⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2006, p. 243.

¹⁰ CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 221.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, 4ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 37.

fundamentales de acuerdo con el ordenamiento constitucional chileno, o dicho de otra forma, dónde se encuentran tales derechos.

En esta línea, el artículo 5° inciso 2° de la Constitución 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 conforman el bloque constitucional de derechos, esto es, el plexo de derechos subjetivos incorporados al ordenamiento constitucional chileno que, además de la Constitución formal presenta la denominada Constitución material.

En efecto, el profesor Humberto NOGUEIRA define dicho bloque constitucional como “el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes de derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el consuetudinario y los principios de *ius cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5° inciso 2° de la Constitución chilena vigente”¹².

Se pasa de un Estado constitucional de introversión a un Estado abierto al Derecho Internacional, dando seguridad jurídica al bloque constitucional de derechos, compuesto por normas constitucionales de fuente interna y de origen internacional, lo que implica el reconocimiento de derechos implícitos. Por lo tanto no es necesario que ellos estén asegurados en la Constitución formal, operando así el principio de retroalimentación y optimización de los derechos entre el ordenamiento nacional y el Derecho Internacional¹³.

En definitiva, encontramos, entonces los siguientes¹⁴:

3.1. Los derechos asegurados en el articulado del Texto Constitucional, vale decir, aquellos que constituyen derecho constitucional formal y que tienen su fuente en el derecho nacional o interno. Están explicitados o bien

¹² NOGUEIRA ALCALÁ, *Lineamientos de interpretación constitucional...*, pp. 244-245. Esta idea de constitución en sentido formal y material es conciliable con el concepto de Constitución de STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, 1ª edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 214.

¹³ Véase CANÇADO TRINCADE, Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 310-311.

¹⁴ Véase una interpretación similar en NOGUEIRA ALCALÁ, *Lineamientos de interpretación constitucional...*, pp. 246; NOGUEIRA ALCALÁ, *Dogmática Constitucional*, Talca, Universidad de Talca, 1997, pp. 57, 84, 135-138 y 148; y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia”, en: *Ius et Praxis*, Talca, vol 9, N° 1 (2003), pp. 403-466.

se infieren implícitamente de la Constitución formal. A su vez comprenden varios grupos:

- a. Los derechos constitucionales contemplados en el Capítulo III, artículo 19 de la Carta Fundamental, denominado: De los derechos y deberes constitucionales¹⁵.
- b. 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 CPR)¹⁶.
- c. 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 implícito en el artículo 1° inciso 2°, la igualdad de oportunidades de ingreso a la administración pública y el derecho a la carrera funcionaria, consagrados en el artículo 38 inciso 1°.

3.2. Sin embargo, el plexo de derechos constitucionales se ve complementado por aquellos que tienen su fuente en el derecho internacional, al cual el artículo 5° inciso 2° en su segunda oración hace un reenvío por incorporación, y son los siguientes.

- a. Los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, incorporados al ordenamiento jurídico interno en virtud del artículo 5° inciso 2° segunda oración de la Constitución que establece una cláusula explícita de reenvío o remisión incorporativa, en tanto tales derechos son garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En este punto la Constitución no exige que se trate de tratados de derechos humanos propiamente tales, sino que los derechos fundamentales se encuentren reconocidos por tales instrumentos, sin distinguir su naturaleza, sean de libre comercio, de límites, etc. Criterio que incluso ha sido reconocido por nuestra doctrina laboral¹⁷.

¹⁵ Para un sector doctrinal disidente, con el cual discordamos absolutamente, los derechos de segunda y tercera generación no se comprenden dentro de los derechos esenciales limitadores de la soberanía. Véase en tal sentido VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis, *La Constitución y los derechos humanos*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1998, pp. 131-134.

¹⁶ 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, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 185.

¹⁷ “Muchos tratados podrán ser de límites, de comercio, de pesca, de aeronavegación o de otros ámbitos, pero si incluyen disposiciones que *garanticen* derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana, ellas caen en el ámbito del deber de respeto y promoción, a las que alude

- b. Los derechos humanos contenidos en otros tratados sobre derechos humanos, o sobre derecho internacional humanitario, es decir, reconocidos por el Derecho Convencional Internacional; garantizados implícitamente en conformidad a lo dispuesto en el artículo 29 literal d) de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁸: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza” que establece el principio de progresividad o integridad maximizadora de los derechos. Dicho principio se reitera además en el artículo 52 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 4° del Protocolo adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos, en materia de derechos económicos sociales y culturales, el artículo 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- c. 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: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: “c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” que como derivación y complemento del principio de progresividad contiene el principio pro homine o favor libertatis, recogido también por el artículo 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹ (PIDESC) conforme al cual: “Ninguna

el inciso 2° del artículo 5°, al prescribir que los órganos del Estado –Gobierno, Congreso, Tribunales de Justicia, Administración Pública Centralizada o Descentralizada, Contraloría, Municipalidades, etcétera– deben respetarlos y promoverlos sin más exigencia de que estén garantizados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados y vigentes”. THAYER ARTEAGA, William, *Sindicato y empresa ante la ley chilena y la OIT*, Editorial LexisNexis, 2007, p. 67. Contra esta idea véase CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo I, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, p. 288, quien circunscribe los derechos fundamentales solo a los contenidos en la Constitución y los Tratados que cumplan las siguientes exigencias: a) Ser tratados solemnes, excluyéndose a los simplificados, b) Principalmente tratados multilaterales, c) Ser tratados de derechos humanos y no de otro tipo, d) Ser aprobados y ratificados por Chile, y e) Encontrarse vigentes, para lo cual tienen que haber sido sancionados, promulgados y publicados.

¹⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 22 de noviembre de 1969, promulgado por Decreto Supremo N° 873, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores; y publicado en el *Diario Oficial* de 5 de enero de 1991.

¹⁹ Decreto Supremo N° 326, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 27 de mayo de 1989.

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

- d. Los derechos humanos derivados de los principios de Derecho Internacional General; garantizados de forma implícita atendido lo dispuesto en el citado artículo 29 literal c) de la Convención Americana de Derechos Humanos y recordando que el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados define la norma de *ius cogens* como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Sobre la materia la Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido que: “[...] en materia de derechos humanos, y de acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, existen derechos constitucionalmente implícitos que son aquellos que no se encuentran expresamente mencionados en el texto constitucional, pero que son derechos esenciales, entre los que pueden citarse el derecho a la personalidad jurídica, el derecho al nombre, el derecho a constituir una familia, que si bien no son Constitución en sentido formal, sí son Constitución en sentido material, ya que tales derechos, de acuerdo a la norma constitucional nombrada, constituyen un límite a la soberanía, por tanto al Poder Constituyente derivado y a los poderes constituidos o institutivos [...]”²⁰.

Esta interpretación se ve reforzada, por lo demás por la jurisprudencia de nuestro propio Tribunal Constitucional chileno, en sentencia Rol N° 226 de 30 de octubre de 1995 señala que: “[...] la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales”²¹ y agrega inmediatamente a continuación que “Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional”²².

²⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 13.597-94, considerando N° 10, letra f) de 26 de septiembre de 1994.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 226, considerando 25, de 30 de octubre de 1995.

²² El Derecho Constitucional extranjero también nos ilustra sobre la posibilidad de derechos implícitos, vale decir, de catálogos abiertos de derechos como ocurre con la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, novena enmienda, la cual dispone que: “La enumeración en

Esta interpretación resulta además armónica con el propio sistema constitucional, ya que hace prevalecer las normas dogmáticas constitucionales sobre las normas organizativas constitucionales, puesto que las primeras condicionan materialmente el ejercicio de las funciones y competencias públicas y guían la actuación material de los diversos órganos del Estado.

Este último razonamiento encuentra sustento normativo en que el Estado se encuentra precisamente al servicio de la dignidad y los derechos esenciales de la persona humana, tal como se desprende del inciso 4° del artículo 1 de la Constitución en armonía con su inciso 1 y artículo 5° inciso 2° y tiene un sustento jurisprudencial en la Sentencia Rol N° 325, del Tribunal Constitucional cuyo considerando 6° expresa que: “es importante y muy oportuno tener presente en la debida resolución del problema en examen, una regla de interpretación constitucional compartida por la unanimidad de la doctrina y de las magistraturas constitucionales del mundo actual. La resume con magistral claridad el profesor Segundo Linares Quintana en su Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional en los siguientes términos: “En la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico de la Constitución, que si es instrumento de gobierno, también y principalmente es restricción de poderes en amparo de la libertad individual. La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre. Por consecuencia, la interpretación de la ley fundamental debe orientarse siempre hacia aquella meta suprema. Y en caso de aparente conflicto entre la libertad y el interés del gobierno, aquella debe primar siempre sobre este último, porque no se concibe que la acción estatal manifestada a través de los cauces constitucionales pueda resultar

la Constitución de ciertos derechos no será interpretada como negación o restricción de otros derechos conservados por el pueblo”. A su vez la Constitución argentina en su artículo 33 preceptúa que: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. También la Carta de Uruguay en su artículo 72 señala que: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. Asimismo la Constitución de Ecuador de 1998, en su artículo 19, señala: “Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se derivan de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”. La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 22, señala que: “La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”. También encontramos disposiciones similares en las Constituciones de Bolivia (art. 35); Brasil (art. 4); Colombia (art. 94); Costa Rica (art. 74); Guatemala (art. 4); y Paraguay (art. 80).

incompatible con la libertad, que es el fin último del Estado (ob. cit. Tomo 111, página 654)²³.

También la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco ha reconocido que los derechos fundamentales asegurados en tratados internacionales son Constitución material al señalar que “[...] de acuerdo con el artículo 5º, inciso 2º de la Carta Fundamental, los derechos asegurados en los tratados se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos, y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos”²⁴.

IV. MODALIDADES PARA LA INVOCACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

De acuerdo a la naturaleza de la relación jurídica, en nuestro sistema normativo los derechos fundamentales pueden invocarse por los particulares bajo tres modalidades: Como individuo frente al Estado, en una relación de Derecho Público, como individuo frente al Estado, en una relación de Derecho Privado y como particulares frente a particulares en una relación de Derecho Privado. Analicemos cada una de estas hipótesis.

4.1. Como individuo frente al Estado, en una relación de Derecho Público.

Esta primera alternativa recoge la concepción del constitucionalismo clásico, vale decir, la invocación de derechos fundamentales como límite al ejercicio de las potestades públicas, lo que supone una relación de desigualdad entre el Estado y los particulares.

- a. Un primer caso, lo constituyen las relaciones estatutarias de los funcionarios sometidos al régimen laboral del sector público, los cuales no se encuentran en el caso de la *Drittwirkung der Grundrechte*, ya que los derechos fundamentales se invocan ante la autoridad pública en una relación de Derecho Administrativo propia del Derecho Público, vale decir, caracterizada por la jerarquía de las partes, puesto que el órgano estatal se encuentra en ejercicio de sus potestades exorbitantes, tal como

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 325, considerando 6, de 26 de junio de 2001.

²⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, considerando N° 2, de veintidós de septiembre de 2004.

prevé el principio de jerarquía funcional prevista en el artículo 7° de la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575²⁵, el cual determina que: “Los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado. Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico”²⁶. Así se presenta, por ejemplo, con el Estatuto Administrativo Ley N° 18.834²⁷, el Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales Ley N° 18.883²⁸, el Estatuto Docente Ley N° 19.070²⁹, el Estatuto de la Universidad de Chile DFL N° 153/89³⁰, el Estatuto de la Universidad Santiago de Chile DFL N° 149/81³¹, y el propio Código del Trabajo, ya que acorde a la propia jurisprudencia de la Contraloría, las disposiciones del código laboral, en la medida que rigen a determinados servidores del Estado³², son normas estatutarias de derecho público, que fijan derechos

²⁵ Publicada en el *Diario Oficial* de 5 de diciembre de 1986; cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado, fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1 (19.653), de 2000, de la Secretaría General de la Presidencia, publicado en el *Diario Oficial* de 17 de noviembre de 2001.

²⁶ Sobre el particular ha señalado la jurisprudencia administrativa que “[...] el cumplimiento de la función pública, impone, a quien pase a desempeñar labores en los cuadros administrativos, una serie de deberes, obligaciones y prohibiciones, y otorga, también, diversos derechos o facultades, de modo que ese individuo, al incorporarse, voluntariamente, a una de las entidades que conforman la administración estatal, se adscribe simultáneamente a un status jurídico especial, que es el que tipifica el cuerpo regulador de sus relaciones con el ente a que pertenece, el funcionario público entonces, está sujeto a un régimen estatutario de derecho público, fijado soberanamente por el Estado sobre la base de principios jurídicos de bien común, uno de los cuales descansa en la idea de que el interés público debe primar por sobre el interés particular del empleado [...]”. Dictámenes N°s 14.480, de 1996 y 34.591, de 1999, de la Contraloría General de la República.

²⁷ Publicada en el *Diario Oficial* de 23 de septiembre de 1989; cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado, fue fijado por el Decreto Supremo N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, *Diario Oficial*, Santiago, 16 de marzo de 2005.

²⁸ Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales, *Diario Oficial*, 29 de diciembre de 1989.

²⁹ Ley N° 19.070, Estatuto Docente Ley, Santiago, *Diario Oficial*, 1 de julio de 1991.

³⁰ Decreto con Fuerza de Ley N° 153/89, Estatuto de la Universidad de Chile, *Diario Oficial*, Santiago, 19 de enero de 1982.

³¹ Decreto con Fuerza de Ley N° 149/81, Estatuto de la Universidad de Santiago de Chile, *Diario Oficial*, Santiago, 7 de mayo de 1982.

³² Ley N° 19.263, que determina normas aplicables al personal de las Corporaciones de Asistencia Judicial establece en su artículo único que: “Las disposiciones del Estatuto Administrativo no se aplican al personal de las Corporaciones de Asistencia Judicial, creadas de conformidad con lo dispuesto en Leyes N° s. 17.995 y 18.632, el que se ha regido y continuará rigiéndose exclusivamente por los respectivos contratos de trabajo y las normas aplicables al sector privado, en virtud de lo prescrito en los citados cuerpos legales”. Por ejemplo, el Decreto con Fuerza de Ley N° 850, 1997, del Ministerio de Obras Públicas, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 15.840, de 1964 y del Decreto con Fuerza de Ley N° 206, de 1960, prescribe en su artículo 70 que: “Los obreros contratados por la Dirección General de Obras Públicas y sus Servicios dependientes, se regirán por el Código del Trabajo

y obligaciones (Dictámenes N°s 6.456, de 1991 y 49.757, de 2002, de la Contraloría General de la República)³³, etc.

En esta hipótesis el Estado-empleador dirige la relación laboral investido de todas sus potestades sancionadoras que se basan en el *ius puniendi* aplicado en sede administrativa, caso en el cual los derechos esenciales se invocan como limitación al ejercicio de tales facultades exorbitantes.

- b. Otra hipótesis, sucede en el caso de los particulares que celebran contratos administrativos con el Estado, ya que si bien los sujetos privados pueden invocar derechos fundamentales respecto de la Administración activa, esta última actúa como autoridad pública también bajo un régimen de Derecho Administrativo, y de dirigismo estatal. Este es el caso, de la Ley de Compras N° 19.886³⁴, la Ley de Acciones de Apoyo N°

y sus remuneraciones serán fijadas por el Director General de Obras Públicas, sin perjuicio de los regímenes legales actualmente vigentes. No obstante lo anterior, la jornada de trabajo no excederá de 44 horas semanales, respecto de los obreros que laboran en faenas”.

Por su parte, el Decreto Ley N° 3538, de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, dispone en su artículo 22 que: “El personal de la Superintendencia será nombrado por el Superintendente, el que determinará sus obligaciones o deberes.

La planta del personal de la Superintendencia, el sistema de sus remuneraciones, beneficios, incentivos, estipendios de cualquier naturaleza y las modificaciones que correspondan serán aprobadas por el Consejo Monetario a proposición del Superintendente.

El Presidente de la República, mediante decreto expedido a través del Ministerio de Hacienda y a proposición del Superintendente, dictará dentro del plazo de seis meses a contar desde la fecha que entre en vigencia el presente decreto ley, un Estatuto del Personal que contendrá los requisitos y normas laborales a que estará afecto el personal de la Superintendencia. En lo no previsto en él o en este decreto ley, regirán el Código del Trabajo y sus leyes complementarias, como legislación supletoria.

No obstante lo dispuesto en el artículo 2° y en el inciso anterior, el Superintendente y demás empleados de la Superintendencia tendrán el carácter de empleados públicos para los efectos de la responsabilidad penal, del desahucio y de la previsión social. Asimismo, el Superintendente, de conformidad al Estatuto del Personal, podrá nombrar y remover al personal con entera independencia de toda otra autoridad. A dicho personal no le será aplicable la legislación sobre organización sindical a que se refiere el decreto ley N° 2.756, de 1979, ni podrá negociar colectivamente conforme a lo dispuesto en el decreto ley N° 2.758, del mismo año.

El Superintendente podrá celebrar contratos de prestación de servicios a honorarios para la ejecución de labores específicas. Las personas así contratadas no tendrán, en caso alguno, la calidad jurídica de empleados ni de imponentes de la Caja de Previsión a que esté afecto el personal”.

³³ “[...] la circunstancia que determinados empleados de instituciones estatales, carácter que invisten los municipios, estén afectos en su relación laboral a las normas del derecho privado, no significa que pierdan su calidad de servidores públicos, de modo que docentes de establecimientos educacionales de los municipios, no obstante estar afectos a ese preceptiva conforme ley N° 18.602, tienen la calidad de servidores del Estado [...] en tal caso, el Código del Trabajo constituye el estatuto administrativo propio de ese personal” (Dictamen N° 6.456/91, de la Contraloría General de la República).

“[...] las disposiciones del Código del Trabajo, en la medida que rigen a determinados servidores del Estado, tienen el carácter de normas estatutarias de derecho público, que fijan los derechos y obligaciones, que deben en la especie respetarse”. (Dictamen N° 49.757/02, de la Contraloría General de la República).

³⁴ Ley N° 19.886, Ley de Compras, *Diario Oficial*, Santiago, 30 de julio de 2003.

18.803³⁵, por mencionar solo algunas de las numerosas hipótesis contractuales en la materia.

- c. Un tercer caso es la situación de los derechos fundamentales de los sujetos en el área procesal penal (art. 94 del Código Procesal Penal³⁶), o de los derechos de los reclusos sometidos a un régimen penitenciario (Reglamento de Establecimientos Penitenciarios³⁷), en que igualmente la entidad estatal ejerce el *ius puniendi* como potestad pública sancionadora en el castigo de todo ilícito criminal, y se encuentra limitada por el Estado democrático a través de los derechos esenciales de la persona.

En fin, las posibilidades son numerosas, pero todas tienen como común denominador una relación jurídica gobernada por el Derecho Público.

4.2. Como individuo frente al Estado, en una relación de Derecho Privado.

Esta posibilidad es lo que se denomina *Fiskalgeltung*, en la literatura jurídica alemana.

Aquí la situación es diversa porque las partes se desenvuelven en la esfera del Derecho Privado, pero siendo una de ellas una entidad de Derecho Público y la otra un particular. Por ejemplo, un contrato comercial celebrado entre un órgano del Estado y un particular, ya que acorde al artículo 19 N° 21 inciso 2° de nuestra Constitución, implica que la entidad estatal queda por regla general sometida al régimen normativo ordinario en una situación de horizontalidad o igualdad frente a los sujetos privados. En este sentido el precepto señala explícitamente que: “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”³⁸.

4.3. Como particulares frente a particulares en una relación de Derecho Privado, que es la *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia horizontal de los

³⁵ Ley N° 18.803, Ley de Acciones de Apoyo, *Diario Oficial*, Santiago, 12 de junio de 1989.

³⁶ Ley N° 19.696, Código Procesal Penal, *Diario Oficial*, Santiago, 12 de octubre de 2000.

³⁷ Decreto Supremo N° 518, de 22 de mayo de 1998, del Ministerio de Justicia, *Diario Oficial*, 21 de agosto de 1998.

³⁸ Este precepto debe ser concordado con el artículo 6° de la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado, que precisa el enunciado constitucional en el sentido de que la exigencia está referida a la participación del Estado en entidades que no formen parte de su administración, vale decir, en empresas privadas del Estado. Así el inciso 1° señala que: “El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración solo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales”.

derechos fundamentales, vale decir, el modo o manera de incidir los derechos fundamentales en relaciones entre sujetos privados sometidos al ordenamiento jurídico-privado, que será objeto de nuestro estudio.

Ahora bien, no todo derecho fundamental admite *Drittwirkung*, ya que existen derechos que por su propia naturaleza solo pueden invocarse frente al Estado, como el derecho de asilo, de nacionalidad, de objeción de conciencia.

Este no es el caso de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) ya que en la concepción contemporánea sí pueden esgrimirse frente a particulares.

V. DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La delimitación es inherente a la existencia misma de los derechos, ya que el ordenamiento constitucional contiene imprecisiones y ambigüedades lingüísticas. En definitiva le da certeza a la extensión del derecho ya que nos indica cuál es el campo de ejercicio de un derecho, el continente preciso en el cual se ejerce. Por ello, la delimitación implica intervenciones legislativas tendientes a complementar la indeterminación del texto constitucional, generando a la vez un margen de cobertura mediante las respectivas leyes de desarrollo de los derechos fundamentales³⁹.

Así, el legislador delimita el contenido del derecho por mandato de la Constitución, pero no puede imponer nuevos límites ya que solo le corresponde especificar los contornos del derecho esencial que ha previsto el propio enunciado iusfundamental con la mira de favorecer su máxima operatividad. En este sentido el profesor alemán Peter HÄBERLE explica que: “Como ocurre además con cualquier otra norma de Derecho, así también en el caso de los derechos fundamentales el legislador no puede privar de valor efectivo el alcance preceptivo que la Constitución ha entendido asegurar. Por el contrario el legislador puede y debe buscar incrementar la fuerza normativa de la Constitución, que está a su vez condicionada por las condiciones concretas de la vida. Debe hacer todo lo posible para favorecer la efectiva vigencia de las condiciones de vida encerradas en los derechos fundamentales”⁴⁰.

Como hemos indicado la propia delimitación legislativa de derechos fundamentales está sujeta a limitaciones constitucionales de orden orgánico y también material:

³⁹ BENDA, Ernst y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, edición prolegómena y traducción de Antonio López Pina, Marcial Pons, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 109.

⁴⁰ HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 93.

- a. En primer lugar, el desarrollo de los derechos fundamentales debe observar el principio de reserva legal, garantía normativa en virtud de la cual solo pueden ser regulados por la vía de los preceptos legales considerados en sentido estricto (art. 63 CPR), en tanto no opera la delegación legislativa (art. 67 inciso 2° CPR).
Además cabe recordar que las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, son materia de ley, según lo dispone expresamente el artículo 63 N° 4 de la Constitución, norma que en materia de derechos fundamentales debemos entender referida al grupo de los derechos específicos.
- b. Una segunda limitación para el legislador la constituye el principio de razonabilidad, que emana a su vez del principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos implícito en los artículos 7° inciso 2° y 19 N° 2 de la Ley Fundamental.
- c. Por otra parte, el legislador está limitado además por la garantía dogmática del contenido esencial de los derechos, de antecedente germano, prevista en el artículo 19 N° 26 de nuestra Carta Política al asegurar que: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”⁴¹. Y es que el constitucionalismo contemporáneo no se agota en el principio de legalidad, vale decir, con el sometimiento de la ley a las fuentes de producción normativa previstas por el ordenamiento constitucional, o sea, a las denominadas disposiciones organizativas.
- d. Una cuarta limitación para el legislador de desarrollo de derechos fundamentales, la constituye en nuestra opinión el respeto a los contenidos materiales de la Constitución dogmática.

Tal como lo ha sostenido siempre el iusnaturalismo clásico, hoy día también en la dogmática y filosofía jurídica contemporáneas, para que una norma sea válida requiere además respetar los principios sustantivos o antropológico-filosóficos de la Constitución y los derechos fundamentales.

En este mismo sentido el iusfilósofo italiano Luigi FERRAJOLI, no obstante adherir a las tendencias analíticas de la dogmática jurídica señala que

⁴¹ Este precepto –*Wesensgehalt Garantie*– tiene su antecedente en la Ley Fundamental de Bonn, que en su artículo 19.2 expresa: “En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental”. La Carta Española en su artículo 53.1 segunda oración prescribe: “Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”. La Constitución de Portugal en su artículo 18.3 señala: “Las leyes restrictivas de los derechos, libertades y garantías habrán de revestir carácter general y abstracto y no podrán reducir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales”.

“[...] en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución”⁴². También se aprecia esta actitud en otro autor analítico como ZAGREBELSKY⁴³.

A su turno Robert ALEXY, al criticar el argumento positivista del concepto de Derecho, nos entrega un ejemplo de injusticia legal, en los mismos términos de la fórmula radbruchana. Se trata de un fallo sobre ciudadanía del año 1968, dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Por medio de la 11 Ordenanza sobre la Ley de ciudadanía del Reich del 25 de noviembre de 1941, se privó de la ciudadanía alemana, por razones racistas, a los judíos emigrados. El Tribunal Constitucional Federal tenía que decidir si un abogado judío que poco antes de la Segunda Guerra Mundial había emigrado a Amsterdam, había perdido la ciudadanía alemana de acuerdo con esta disposición. El abogado había sido deportado de Amsterdam en 1942. Era de suponer, por lo tanto, que había muerto; ello significaba que había desaparecido la posibilidad de recuperar la ciudadanía alemana de acuerdo con el artículo 16, párrafo 2° de la Ley Fundamental de Bonn.

El Tribunal Constitucional Federal llega a la conclusión de que el abogado no había perdido nunca la ciudadanía alemana porque la 11 Ordenanza sobre la Ley de ciudadanía del Reich había sido nula *ab initio*, puesto que el nivel de injusticia había sido tan insostenible que si el juez la aplicara no estaría creando derecho sino un “no derecho”⁴⁴.

⁴² FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, p. 66.

⁴³ “El Estado que actuaba según las leyes era, solo por ello, legal y legítimo. El fascismo y el nazismo se adornaron incluso con el título ‘científico’ de estados de derecho, y pudieron hacerlo porque la fuerza de la ley, de por sí, no distingue derecho de delito [...]”. ZAGREBELSKY, Gustavo, “La ley, el Derecho y la Constitución”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24 N° 72 (2004), p. 19.

⁴⁴ “[...] El Derecho y la Justicia no se encuentran a disposición del legislador. La concepción según la cual un legislador constitucional puede ordenar todo lo que quiera significa una recaída en la actitud intelectual de un positivismo legal valorativamente neutro, superado desde hace tiempo en la ciencia y en las praxis jurídicas. Justamente la época del régimen nacionalsocialista en Alemania ha enseñado que también el legislador puede imponer lo injusto. Por ello, el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado que hay que negar a las disposiciones jurídicas nacionalsocialistas la validez como Derecho porque contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas dictaría no Derecho en vez de Derecho.

La Ordenanza violó estos principios fundamentales. En ella, la contradicción con la justicia alcanzó una medida tan insostenible que debe ser considerada nula *ab initio* [...]. El no derecho impuesto que viola manifiestamente los principios constitutivos del Derecho no se vuelve Derecho por ser aplicado u obedecido”. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, citada en ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción al español de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 15-16.

Alexy nos dirá que este es un clásico argumento no positivista. Se niega la validez o el carácter de Derecho a una norma impuesta conforme al ordenamiento y socialmente eficaz durante la vigencia de su validez por violar el derecho suprapositivo. También nos señala que si se trata de fundamentar las conclusiones de este fallo exclusivamente diciendo que el reconocimiento actual de la eficacia jurídica de la pérdida de la ciudadanía viola la máxima general de igualdad del artículo 3°, párrafo 1° Ley Fundamental como así también la prohibición de discriminación artículo 3°, párrafo 3° Ley Fundamental, ciertamente esta posibilidad reduce el peso del argumento no positivista para el caso decidido en el fallo sobre la ciudadanía, pero no su importancia general. No en toda situación en la que hay que juzgar acerca de las consecuencias jurídicas de un régimen injusto rige una Constitución como la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Además hay casos en los que lo que importa es saber si una norma era nula *ab initio*, nulidad que no puede tener su causa en una Constitución posterior.

Ahora bien, en nuestro sistema constitucional el límite material para el legislador deriva del principio de prevalencia de los derechos fundamentales previsto en el artículo 5° inciso 2° de la Carta Política, que reafirma la intangibilidad de tales derechos por las autoridades públicas, lo cual se extiende, por cierto, al legislador democrático.

VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DESC

Sobre la naturaleza jurídica de los derechos sociales fundamentales se han formulado diversas concepciones doctrinales.

6.1. Los DESC como meras pretensiones o aspiraciones sociales.

Una primera postura sostiene que los DESC no son genuinos derechos subjetivos; más bien, son pretensiones o aspiraciones sociales que solo 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 derechos⁴⁵.

⁴⁵ 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 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 Propositiones e Ideas Precisas (16 de agosto de 1978), reproducido en: *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 8 N° 1-6, 1981, p. 190.

Jaime GUZMÁN, por ejemplo, afirmó que los DESC no eran derechos, sino meras pretensiones sociales que carecían de acción para exigir su cumplimiento⁴⁶, el que se encontraba condicionado al desarrollo económico. Esta mentalidad ha conducido probablemente, a que el artículo 20 de la Constitución no proteja expresamente a todos los derechos contenidos en el catálogo con el recurso de protección; solo se consideran en esta esfera de protección aquellos derechos que imponen deberes de abstención para su ejercicio, mas no aquellos que se ejercen mediante prestaciones estatales, prestaciones que, por lo demás, justifican la finalidad del Estado⁴⁷.

Una tendencia menos tajante 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 absolutos⁴⁸. Incluso para el autor los DESC no

⁴⁶ Así nos dice el autor: “[...] Por otro lado, la declaración de Naciones Unidas incurre en un error al que atribuyo no solo importancia doctrinaria, sino consecuencias prácticas considerables.

Me refiero a la mezcla indiscriminada que en ella se hace de lo que son propiamente 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, solo 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 solo 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 propiamente tales”. ROJAS, Gonzalo *et al.* (ed), *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996, p. 148 (destacados en el original).

⁴⁷ 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, Santiago, Programa de Magíster en Derecho, Universidad de Chile, 2004, p. 30.

⁴⁸ 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, p. 367.

emanan de la dignidad humana como sí ocurre con los derechos fundamentales de primera generación⁴⁹.

6.2. Los DESC como genuinos derechos fundamentales.

Bajo esta perspectiva resulta interesante referirse a la situación de los derechos sociales en la doctrina comparada alemana.

Desde esta perspectiva, los DESC son derechos en el sentido subjetivo y tradicional⁵⁰, ya que otorgan derechos a prestaciones positivas y acciones fácticas por parte del Estado, usando el lenguaje de ALEXY⁵¹.

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 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 (como el derecho de cada madre a la protección y cuidado de la sociedad previsto en el art. 6° inciso 4° de la Ley Fundamental de Bonn), 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

⁴⁹ MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, “Acerca de las diferencias entre los Derechos y Libertades Clásicos y los Derechos Sociales”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo, Año 4 (1997), p. 134

⁵⁰ “Según su *genus proximum*, los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales, es decir, derechos subjetivos con un alto grado de importancia”. ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Colombia, Editorial Legis, 2005, p. 37.

⁵¹ A continuación seguiremos el orden de ideas desarrolladas en ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos...*, pp. 149 y ss.

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 solo 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 es 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 solo 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 estos 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.

VII. CONFLICTOS ENTRE DESC Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

En caso de conflicto de derechos fundamentales, y por tanto, también en situaciones de pugna o confrontación de DESC con otros derechos fundamentales de primera generación o inclusive con otros derechos sociales, cabe aplicar, a nuestro juicio la doctrina constitucional de la ponderación o balanceo, siendo uno de sus máximos promotores, Robert ALEXY.

Siguiendo la doctrina constitucional del *ballancynng test*, a diferencia de las antinomias entre reglas, que se solucionan mediante criterios que operan

en la dimensión de validez por medio de la subsunción, los conflictos normativos entre principios se deciden en función del principio de proporcionalidad⁵².

La subsunción es un mecanismo de resolución de antinomias entre reglas jurídicas basado en tres criterios: el de la jerarquía normativa, implícitamente consagrado en el artículo 6° inciso 1° de la Ley Fundamental, según el cual la norma jerárquicamente superior prevalece sobre la inferior; el de la temporalidad, que se encuentra implícito en los artículos 52 y 53 de nuestro Código Civil, y bajo el cual la norma posterior deroga tácitamente a la anterior, si ambas fueren de idéntico rango; y finalmente el de la especialidad, establecido expresamente en los artículos 4° y 13 del mismo cuerpo legal, que hacen primar la norma específica sobre la general, también en caso de disconformidad entre preceptos de igual jerarquía.

Para la teoría del *ballancyng test*, no es factible admitir los criterios de subsunción como mecanismos de solución en la colisión de derechos fundamentales al interior del bloque constitucional, ya que los derechos están codificados generalmente sobre una estructura principal siendo además esencialmente interdependientes. Ello conduce a la aplicación del criterio interpretativo de ponderación de los bienes jurídicos, el cual se traduce en el balanceo de los derechos fundamentales en conflicto aplicando uno sobre otro en el caso concreto⁵³.

Habría entonces –siguiendo a GUASTINI– una jerarquía axiológica (no jurídica) móvil de derechos fundamentales⁵⁴, que debe ser declarada en particular por la magistratura, todo lo cual puede fundamentarse en el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, contenido implícitamente en el artículo 7° inciso 1° de la Carta Fundamental.

Consideramos que, 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 que marca el desarrollo contemporáneo y supranacional de los derechos fundamentales, es-

⁵² Véase BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 185.

⁵³ Véase un desarrollo del tema de la ponderación, en la doctrina comparada, en ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos...*, pp. 92 y 163; PIETRO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, pp. 189ss.; y CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Eunsa, pp. 198-283.

⁵⁴ GUASTINI, Ricardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Editorial Distribuciones Fontamara, 2001, p. 146.

pectro este último donde se han potenciado, precisamente, los DESC, y además los derechos de los conglomerados o pueblos, que obviamente también son derechos.

Siendo consecuentes con esta teoría, no es posible admitir a priori la jerarquía de los derechos del trabajador sobre los del empleador, sino que ambos deben ser sopesados caso a caso todo, por el aplicador del Derecho (bien se trate de la magistratura constitucional, laboral o administrativa) sobre la base del principio de proporcionalidad⁵⁵.

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 el precepto que mejor asegure el derecho, porque así lo ordena el artículo 5° inciso 2° 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 fundamental⁵⁶. Otra cosa distinta es que la protección jurisdiccional internacional opere con carácter subsidiario o complementario ya el sistema de protección internacional de derechos humanos exige haber agotado la vía procesal interna para que los organismos supranacionales puedan conocer⁵⁷.

⁵⁵ “[...] cuanto mayor es el grado de la afectación de uno de los derechos en juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert, *Tres Escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 66.

⁵⁶ “[...] la primacía es de la norma más favorable a las víctimas, sea ella norma de derecho internacional o de derecho interno. Este y aquel aquí interactúan en beneficio de los seres protegidos”. CANÇADO TRINCADE, Antonio, *El Derecho Internacional de los derechos...*, pp. 310-311.

⁵⁷ En efecto, acorde al preámbulo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos se reconoce que “*los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos*”. Luego, en lo relativo a la admisión de una petición ante la Comisión el artículo 46.1 del Pacto agrega que para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requiere:

- a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
- b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
- c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y
- d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

Además, no existe un procedimiento a nivel de nuestro derecho interno que le de operatividad a las sentencias de la Corte Interamericana⁵⁸.

VIII. FACTORES QUE PRIVAN DE EFICACIA A LOS DESC

Revisemos ahora algunas de las circunstancias fácticas y jurídicas que han condicionado negativamente la efectividad o exigibilidad judicial de los DESC.

8.1. Falsas concepciones sobre la naturaleza jurídica prestacional de los DESC.

Con ello nos referimos a la separación rotunda entre derechos civiles y políticos y DESC difundida por la dogmática constitucional tradicional. En efecto, se ha sostenido que los derechos fundamentales de primera generación imponen deberes de omisión para los Estados, en tanto los DESC son derechos que imponen un deber de acción para estos.

Sin embargo, ello no siempre acontece así, ya que el propio derecho a la vida (de primera generación), conlleva la obligación de tomar medidas sanitarias en orden a su protección. Igual situación acaece con el derecho a la intimidad.

Por otra parte, los DESC implican políticas públicas y medidas positivas estatales, pero también abstenciones para no afectar la esencia del derecho, como sucede con el derecho a un medio ambiente incontaminado o la protección de la salud⁵⁹.

⁵⁸ Si bien el artículo 68.1 de la Convención Americana consagra el principio de vinculatoriedad del fallo de la Corte, al prescribir que: "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes", luego su artículo 68.2, solo determina que: "La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado". Como ha señalado la doctrina "[...] queda un aspecto que debe afrontarse por los órganos colegisladores a la brevedad posible para evitar en el futuro daños mayores al Honor del Estado chileno, este es la aprobación de una ley que determine el procedimiento de cumplimiento en Chile de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como diversos países lo han hecho en el contexto europeo para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos". NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano", en: *Ius et Praxis*, Talca, volumen 12 N° 2 (2006), p. 363.

⁵⁹ Así bajo esta postura interpretativa que estamos describiendo, la dicotomía tradicional entre derechos de primera y segunda generación carece de un límite claro. Esta difuminación ha sido desarrollada principalmente por internacionalistas y constitucionalistas. Véase CANÇADO 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 Estudios de Derechos Humanos, 1993, pp.

8.2. El argumento del condicionante económico.

Tradicionalmente se sostiene un tema de caja, es decir, que los DESC imponen una exigencia de medios económicos, por tanto su exigibilidad es dependiente del presupuesto estatal disponible.

No obstante, los DESC imponen, a veces, abstenciones que no generan la utilización de recursos financieros. Incluso en el caso de las obligaciones positivas estatales derivadas de la exigibilidad de los derechos sociales, estas no importan siempre recursos directos, ya que puede consistir en la dictación de un marco regulatorio legislativo y/o reglamentario que imponga, por ejemplo, limitaciones al principio de autonomía de la voluntad⁶⁰.

8.3. Una consagración constitucional tenue o programática.

En efecto, algunas constituciones como la española de 1978 o la chilena de 1980, establecen un aseguramiento tímido o más bien restringido, de los derechos sociales fundamentales en la redacción literal de sus preceptos.

Así el Capítulo III de la Carta Española los regula bajo la denominación de Principios Rectores de la Política Social y Económica.

En el caso de nuestra Ley Fundamental hay que recordar que la acción de protección prevista en el artículo 20⁶¹, no cubre todos los derechos constitucionales. No protege, al menos en términos explícitos, derechos tan básicos como la protección de la salud (art. 19 N° 9 CPR), la no discriminación laboral (art. 19 N° 16 inciso 3° CPR), la negociación colectiva (art. 19 N° 16 inciso 5° CPR), y la huelga (art. 19 N° 16 inciso 6° CPR).

8.4. La renuencia legislativa, es decir, la falta de un desarrollo legislativo de los DESC.

Esta tesis también admite sus matices, ya que en materia laboral el legislador chileno, tanto a través del Código del Trabajo como de otras disposiciones legales, ha sancionado en los últimos años, una abundante

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; y PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 60.

⁶⁰ "[...] existen obligaciones positivas vinculadas a la satisfacción de derechos civiles, políticos y sociales que tienen que ver no con prestaciones fácticas, sino con prestaciones normativas, como el dictado de una ley, un reglamento o, simplemente, de un marco regulatorio que garantice la seguridad jurídica en el disfrute del derecho". PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías...*, p. 61.

normativa que viene a materializar los preceptos *iusfundamentales* de contenido laboral.

IX. CONCLUSIONES. ALGUNAS ESTRATEGIAS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DESC EN EL MARCO DE UNA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN

Pasemos ahora a proponer algunas 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.

9.1. En este contexto, el principio de vinculación directa de la Ley Fundamental previsto en el artículo 6° inciso 2° de nuestra Carta Magna es un elemento clave para la exigibilidad judicial de los DESC. Expresa dicha disposición en su primera parte que: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

Los derechos fundamentales y, por tanto, también los DESC vinculan a todos los poderes públicos ya que están dotados –al menos a nivel de principios– 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 a menos que el propio Código Fundamental lo exija⁶².

⁶¹ Dispone el precepto constitucional que: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”. Véase también el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales (de 27 de junio de 1992, modificado por Auto Acordado de 4 de mayo de 1998).

⁶² 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”, en: Varios Autores, *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 13 y ss. 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*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 43, 58-59; VERDUGO MARINKOVIC, Mario,

En nuestra 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 constitucionales⁶³.

En consecuencia, toda la preceptiva constitucional, inclusive los derechos sociales fundamentales en cuanto normas iusfundamentales, adquieren 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 interpretación conforme con la Constitución (art. 6° inciso 1° CPR) y el principio de progresividad o 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.

Así, la conformidad del orden jurídico con la Ley Fundamental (interpretación conforme) debe partir por las normas que reconocen y aseguran los derechos fundamentales, lo cual conduce a la búsqueda de su máxima realización (principio de progresividad).

En definitiva el principio de interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución (aplicable a todos los operadores del sistema

PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, tomo I, edición 1999, reimpresión 2002, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 132; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Dogmática Constitucional...*, pp. 20-22; y CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional...*, tomo I, p. 244.

⁶³ Para un análisis más detallado de esta distinción véase ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, pp. 82-87, 129ss., 141 y 147ss; y ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, traducción al español de Jorge M. Seña, Barcelona, Editorial Gedisa, 1994, pp. 162 y 185.

jurídico⁶⁴), conlleva a la prohibición de cualquier interpretación que concluya en un resultado directa o indirectamente contrario a los valores constitucionales que reciben a su vez concreción en los derechos fundamentales.

9.2. 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.

Además existe la doctrina de la dominación del derecho, en virtud de la cual se recurre de protección de un DESC fundado en el derecho de propiedad (art. 19 N° 24 CPR)⁶⁵.

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 vulne-

⁶⁴ Como sostiene el connotado catedrático español Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA “[...] sin perjuicio de que la regla haya nacido ‘en los intersticios del procedimiento’ de justicia constitucional [...] en realidad ha venido a revelar un verdadero principio general del ordenamiento que, por tanto, resulta de necesaria aplicación universal, también afectante, en consecuencia, además de a los Tribunales, a los operadores jurídicos públicos y privados de cualquier carácter, en cualquier aplicación del ordenamiento o de cualquiera de sus elementos”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 2001, p. 97. A su turno el profesor Ramón Peralta, en un trabajo dedicado especialmente a la materia sostiene que: “Este principio de interpretación de la legislación de acuerdo con la Constitución se erige en criterio interpretativo general y fundamental en toda actividad interpretativa de carácter jurídico”. Agrega el mismo autor que “estamos ante un principio que actúa como referente normativo permanente y básico en cualquier tarea de carácter hermenéutico que se plantee en el seno de un sistema jurídico”. PERALTA MARTÍNEZ, Ramón, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 43.

⁶⁵ Véase sobre el tema en la doctrina nacional CASTELLÓN, Hugo y REBOLLEDO, Laura, *Aspectos sobre la Constitucionalización del Derecho Civil*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1999, pp. 92-106.

rando preceptos de la propia Constitución como es la dignidad humana, la igualdad jurídica y el respeto al bien común.

9.3. 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 qué 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° CPR).

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 carácter⁶⁶.

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. 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 esta⁶⁷. Por último el artículo 2.1 del Pacto Internacional

⁶⁶ El artículo 2° párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos preceptúa: “2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

⁶⁷ El artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone la obligación estatal de adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos fundamentales reconocidos por esta: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁸, 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 una vía indirecta de largo plazo para la eficacia jurisdiccional de los DESC, el artículo 5° del Código Civil⁶⁹, conforme al cual el Poder Judicial (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones) debe informar al Presidente de la República sobre los vacíos y dudas normativos que se le presentaren en la aplicación del ordenamiento jurídico, a fin de que este 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 por la vía de la mediación legislativa sería, por ejemplo, a través de un procedimiento de tutela de todos los derechos de segunda generación en sede ordinaria, como ampliación del actual párrafo 6° del Libro V del Código del Trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, Eduardo, "El efecto de irradiación de los derechos fundamentales", en Varios Autores, *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción al español de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , *El Concepto y la Validez del Derecho*, traducción al español de Jorge M. Seña, Barcelona, Editorial Gedisa, 1994.
- , *Tres Escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- , *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Editorial Legis, 2005.

⁶⁸ El artículo 2° párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales preceptúa:

"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".

⁶⁹ Señala el artículo 5° del Código Civil que: "La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas".

- BASSA MERCADO, Jaime, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Jaime Guzmán y su influencia en el constitucionalismo chileno*, trabajo inédito, Programa de Magíster en Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2004, 30 pp.
- BENDA, Ernst y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, edición prolegómena y traducción de Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.
- BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CANÇADO TRINCADE, Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- , “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 Estudios de Derechos Humanos, 1993.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos del hombre*, 3ª Edición, Madrid, Editorial Reus, 1985.
- CASTELLÓN y REBOLLEDO, *La Constitucionalización del Derecho Civil*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1999.
- 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*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, tomos I y II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002 y 2004.
- CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Eunsa.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez para los capítulos 1, 2 y 3 y Andrea Greppi para los capítulos 4 y 5, 4ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- FERNÁNDEZ GALIANO, Antonio, *Derecho Natural. Introducción filosófica al derecho*, Madrid, Editorial Ceura, 1988.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edición 1983, reimpresión 2001, Madrid, Editorial Civitas, 2001.
- GARCÍA-HUIDOBRO CORREA, Joaquín, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio, *Lecciones de Derechos Humanos*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Escuela de Derecho, 1998.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Editorial Distribuciones Fontamara, 2001.
- HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

- , “El concepto de los derechos fundamentales”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Universidad Carlos III.
- NINO, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, 4ª edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1991.
- NOGUEIRA, Humberto, *Dogmática Constitucional*, Talca, Editorial Universidad de Talca, 1997.
- , “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia”, en *Revista Ius et Praxis*, Talca, 2003, vol. 9, N° 1.
- , *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2006.
- , “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano”, en: *Ius et Praxis*, Talca, 2006, volumen 12 N° 2.
- PERALTA, Ramón, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1994.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 7ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1984.
- PIETRO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- PIZARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- ROJAS, Gonzalo *et al.* (eds.). *Derecho Político*. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996.
- 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*, México, Editorial Porrúa, 2004.
- THAYER, William, *Sindicato y empresa ante la ley chilena y la OIT*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2007.
- VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, *Derecho Constitucional*, tomo I, 2ª edición 1999, reimpresión 2002, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “La ley, el Derecho y la Constitución”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24 N° 72, 2004.