

## CAPÍTULO TERCERO

# REFORMAS CONSTITUCIONALES DE SEGUNDA GENERACIÓN Y DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES\*

## I. PRESENTACIÓN

Con motivo del Taller Internacional “Un Cambio Constitucional Ineludible: la Corte Constitucional”, se nos invitó a exponer en el panel “Protección de Derechos Fundamentales” acerca del tema “La Protección Constitucional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Procesal Constitucional Chileno”, lo cual nos sitúa ante la paradoja propia de Pirandello de un personaje en búsqueda de un autor, ya que los derechos económicos, sociales y culturales están aquejados de una debilidad estructural y positivo-procesal en su recepción (reconocimiento y garantía) constitucional en Chile. De este modo, se ha llegado a negar la propia iusfundamentalidad de las normas sobre derechos fundamentales de contenido económico-social destacándose su falta de tutela judicial “diferenciada” o “extraordinaria” a través del proceso de amparo, incurriéndose así en un yerro lamentable, contaminado ideológicamente por la afirmación del Estado mínimo y del mercado como asignador de todo tipo de bienes.<sup>1</sup>

En efecto, hablamos por una parte de una debilidad estructural en la medida que la Constitución de 1980 influida por concepciones neoliberales en lo económico y social recepcionó un concepto de Estado subsidiario o mínimo, y por otra de una debilidad positivo procesal en la medida que el

\* Contribución al libro colectivo sobre derechos económicos, sociales y culturales, con base en una ponencia inédita presentada en un Taller Internacional realizada en Quito, Ecuador, 2007.

<sup>1</sup> Sobre la materia consultar a Häberle, Peter, “El concepto de derechos fundamentales”, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III; Pisarello, Gerardo, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en Carbonell, Miguel, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.

catálogo de derechos económicos, sociales y culturales del artículo 19 de la Constitución es de una extrema sobriedad y su reconocimiento y garantía está asociado a la fórmula neoliberal de Estado abstencionista. Todo ello es resultado de una Constitución en origen otorgada, autoritaria y neoliberal, que como expresión iusfundamental de una “revolución” realiza una “refundación autoritaria del capitalismo” en Chile.

Lo anterior nos sitúa ante dos opciones de trabajo para abordar esta materia. Primero obliga a una lectura y hermenéutica de la Constitución finalista, evolutiva y progresiva en materia derechos económicos, sociales y culturales de la mano de la cláusula de reenvío del artículo 5o., inciso segundo, de la Carta a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes, como en el medio local lo hace con brillo Humberto Nogueira Alcalá.<sup>2</sup> Segundo, obliga a plantear una mirada prospectiva o de futuro de la Constitución, opción a la que nos referiremos en esta ponencia unida a una reflexión acerca de los derechos económicos, sociales y culturales, su naturaleza, objeto y sujetos.

En fecha reciente planteamos en Chile y en un auditorio universitario que la Constitución de “1980-2005”, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó mediante D.S. núm. 100, de Segpres, de 2005, es “nueva-vieja” Constitución, es decir, después de 17 reformas desde 1989 y en especial de la última reforma promulgada por Ley núm. 20.050, la Carta en lo político institucional es una “nueva” Constitución que ha logrado purgar buena parte de sus “enclaves autoritarios” y parcialmente su ilegitimidad de origen, a través de una particular legitimidad de ejercicio, y al mismo tiempo, en lo económico-social es la “vieja” Constitución, ya que su Constitución económica y la social se mantienen en los contenidos gruesos, es decir, fiel reflejo de una “refundación autoritaria del capitalismo” por obra del régimen autoritario que se instala a partir del 11 de septiembre de 1973.<sup>3</sup>

Lo anterior nos lleva a sostener que la Constitución tiene un saldo deudor, en algunas áreas, a saber:

<sup>2</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “Constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2003, pp. 135-177.

También se puede consultar el libro, hoy anticuado, de Roberto Mayorga L., *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 168-194.

<sup>3</sup> Zúñiga Urbina, Francisco, “Vieja nueva Constitución”, *Estudios Constitucionales*, núm. 4, 2007.

- a) Legitimidad de origen.
- b) Apertura de su “techo ideológico” que para el Constituyente originario es autoritario, neoliberal, conservador y corporativista, a un techo ideológico que incorpore las tradiciones y culturas del constitucionalismo democrático y social, así como sus instituciones.
- c) Una “nueva” Constitución económica y social que descansa en la compatibilidad pública-privada (solidaridad y subsidiariedad), el amplio reconocimiento y garantía de derechos económicos, sociales y culturales, y asociado a lo anterior la recepción de la fórmula del Estado social como forma jurídico política de Estado.
- d) Perfeccionamiento de las decisiones fundantes acerca de la República democrática y del Estado de derecho, incorporando nuevas técnicas de participación directa de la ciudadanía en las decisiones estatales y reforzando los controles y responsabilidades del poder, en especial de las “nuevas” autonomías constitucionales, funcionales y territoriales.
- e) Ampliación del catálogo de derechos, deberes y garantías de la Constitución, tanto de derechos civiles, como derechos políticos, económicos, sociales y culturales, según hemos anotado antes.<sup>4</sup>

En suma, en una perspectiva de futuro la Constitución de “1980-2005” debe ser objeto de una segunda generación de reformas constitucionales, constitutivas de una “operación constituyente”, que abra un espacio a la sociedad política y a la sociedad civil, a los partidos políticos y movimientos sociales, a la gestación de un consenso constitucional que salde definitivamente la deuda de ilegitimidad de origen de la Constitución, y aborde los nuevos temas, con miras a una República democrática y un Estado de derecho más moderno, que incorpore la fórmula del Estado social. No basta con la remoción de los “enclaves autoritarios” del estatuto del poder en gran parte lograda con la reforma constitucional de 2005.<sup>5</sup>

Al resultado de esta “operación constituyente”, no circunscrita a la democracia de partidos sino también a la democracia de los ciudadanos, la denominamos Constitución del bicentenario o simplemente nueva Constitución. La “operación constituyente” requiere de la forja de un amplio consenso político constitucional en el seno de la política y de la sociedad ci-

<sup>4</sup> Zúñiga Urbina, Francisco, *Reforma constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.

<sup>5</sup> Consultar un texto básico de Garretón, Manuel Antonio, *Hacia una nueva era política. Estudios sobre las democratizaciones*, Chile, FCE, 1995, en especial pp. 38-51 y 253-266. Sobre la relación Estado social y derechos sociales consultar el libro del jurista mexicano Cossío D., José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

vil, capaz de generar una sólida opinión pública de horizonte republicano-democrático y social; para no estar condenados de antemano a un bloqueo de una oposición, a veces más cautiva del régimen autoritario de lo que uno podría desear, amparada en los quórums ordinario y extraordinario de reforma constitucional. Tal rigidez constitucional y quórum especialmente agravado es una reforzada expresión contramayoritaria de nuestro sistema institucional básico reflejo del viejo ideal del “gobierno de la ley”.<sup>6</sup>

## II. REFORMAS DE SEGUNDA GENERACIÓN A LA CONSTITUCIÓN

Concluida la transición, en el presente cuatrienio 2010-2014 se requiere avanzar en la elaboración de un proyecto de reforma constitucional para una nueva Constitución, que exige en primer lugar un esfuerzo en el plano institucional, específicamente en el discurso constitucional, abierto y persuasivo, para generar las condiciones de diálogo y de consenso-disenso en la sociedad política y sociedad civil.

Ello significa formular las ideas básicas de un proyecto de “reformas constitucionales de segunda generación”, que involucre una “operación constituyente” con la mirada puesta en una Constitución del bicentenario. En efecto, el tema de las “reformas constitucionales de segunda generación” admite dos órdenes de reflexiones: la primera concierne a los temas pendientes, a causa del disenso o de la falta de maduración, en la reforma constitucional promulgada el 26 de agosto de 2005 mediante la Ley núm. 20.050 y que tuvo por finalidad esencial remover los “enclaves autoritarios”, y que, de algún modo, llega 15 años tarde, y la segunda, concierne al discurso político-constitucional que el “progresismo” debe tener para enfrentar la construcción de la República democrática y el Estado de derecho modernos y una sociedad más plural.

### 1. *Reforma constitucional de 2005*

La reforma constitucional de 2005 se caracteriza por aquilatar un consenso necesario a la luz de los altos quórums para aprobar este tipo de proyectos,

<sup>6</sup> Consultar a Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza y Janes, 1985, en especial pp. 197-221; *id.*, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, FCE, 1994.

y que por lo tanto, parece bastante mezquina comparada con el tradicional discurso constitucional de la Concertación de Partidos por la Democracia, gestado a partir del aporte del Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24). En efecto, es mezquina la reforma de 2005, ya que se limita a restablecer la democracia política y el Estado de derecho, caras para nuestra tradición republicana.<sup>7</sup>

En razón de ello se plantearon sin éxito en el Senado y a partir de marzo de 2005 en el segundo trámite de discusión de la reforma, formalmente en la Cámara de Diputados, un conjunto de indicaciones que reflejan ideas fuerza de un discurso político-constitucional progresista que aborda los temas siguientes:

- 1) Reconocimiento de los pueblos indígenas, su lengua, tradiciones y costumbres, e incluso su derecho consuetudinario.
- 2) Establecer la fórmula del Estado social y democrático de derecho. Esta fórmula propia de la socialdemocracia europea de la segunda posguerra define un rol activo del Estado en la economía y sociedad civil en procura de las necesidades colectivas básicas como trabajo, seguridad social, educación, salud, vivienda, y amplia cobertura a servicios esenciales para asegurar un pleno disfrute de los derechos fundamentales, de suerte que los derechos civiles se vean completados por derechos económicos, sociales y culturales.
- 3) Introducción de una cláusula antidiscriminación en el contexto de la igualdad ante la ley, que junto con asegurar la diversidad encomiende al legislador la sanción de distintas formas de discriminación fundadas en estándares tales como el origen social, la raza, la religión, las opiniones políticas, el estilo de vida de las personas, entre otros.
- 4) También se instituyen mecanismos de participación directa de la ciudadanía en democracia como el referéndum, plebiscito, iniciativa popular de ley y revocatoria.
- 5) Reconocimiento de una cláusula de deberes de las personas en sociedad que genera un reequilibrio entre derechos y deberes.
- 6) Mejoramiento de la protección de derechos sociales, económicos y culturales, como el derecho a la salud y a la educación.
- 7) Creación de un mecanismo de participación y diálogo social a través de un Consejo Económico y Social, órgano consultivo integrado por los cuerpos intermedios de capital, trabajo y profesiones agremiadas.

<sup>7</sup> Consultar a Nogueira Alcalá, Humberto, *Constitución reformada*, Santiago, CECO-CH, 2006.

- 8) Institución del Defensor del Pueblo (o Defensor del Ciudadano) para la defensa y promoción de los derechos humanos en general y derechos fundamentales en particular, frente a la mala administración, deficiente funcionamiento de los servicios públicos de gestión pública y privada y, en general, tutela de derechos colectivos y difusos.
- 9) Instauración de un completo sistema de jurisdicción constitucional que aborde dos temas: mayor legitimidad del Tribunal Constitucional y mejor protección de derechos fundamentales. La mayor legitimidad del Tribunal Constitucional se logra con una generación de éste en que participen los poderes democráticos del Estado, ya que hoy es poco democrática y judicialista. Mejor protección de derechos fundamentales a través de dos herramientas: la cuestión de inconstitucionalidad, que con un filtro judicial permite a cualquier ciudadano obtener que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional una ley. Asimismo, se requiere mejorar el sistema de responsabilidades y controles sobre esta judicatura.
- 10) Reequilibrio entre gobierno y Congreso Nacional. Nuestro exacerbado presidencialismo exige un mayor reequilibrio entre los tradicionales poderes Ejecutivo y Legislativo, sin que ello signifique parlamentarizar el régimen político. Por ello se plantea fortalecer las instituciones de control político como: interpelaciones parlamentarias y comisiones investigadoras, y además ampliar la órbita de la acusación constitucional en juicio político. Ciertamente un buen número de estas ideas fuerza materia de indicaciones en su trámite al proyecto de reforma constitucional se vieron fallidas o malogradas por temas de consenso y quórum. Sin embargo, estos temas constituyen un acervo valioso para un discurso político-constitucional progresista y para la cultura jurídica y política.

## 2. Reformas de segunda generación y prospectiva

A los temas antes enunciados se suman otros que son propios del discurso político-constitucional “progresista”, a saber:

- 1) Reforma del régimen político presidencialista. En este campo caben tres opciones: democratizar el presidencialismo, instaurar un régimen semipresidencial o bien un régimen parlamentario racionalizado. Es un tema abierto al debate en 1990 y clausurado con prisa por las élites.

- 2) Reforma político-territorial que está llamada a profundizar la descentralización administrativa y política, instaurándose un auténtico Estado regional. Esta reforma debe separar las funciones de gobierno-administración en la región, quedando el intendente (y gobernador) circunscritos al campo gubernativo y el gobierno regional al campo administrativo (similar a la reforma administrativa francesa de Mitterrand en 1982-86); con expresa elección directa del consejo regional por la ciudadanía regional, simultánea con las demás elecciones administrativas, reforma legislativa pendiente y elección directa o indirecta del presidente del órgano, quien se desempeñaría como órgano ejecutivo del gobierno regional.
- 3) Reforma del sistema electoral público, que aborde no solo las distorsiones de representación demográfico-territoriales del binominalismo, sino que también haga posible la participación directa de la ciudadanía a través de referéndum, plebiscito, iniciativa popular de ley y revocatoria de autoridades. La reforma al binominalismo posreforma ha quedado entregada a una ley orgánica de quórum especial (mismo quórum ordinario de reforma constitucional), introduciéndole un “amarre” al tema. La reforma debe dar cuenta, total o parcialmente en elecciones parlamentarias, de una nueva fórmula electoral, como el proporcional corregido (D’Hondt) que exige aumentar el número de miembros de la Cámara de Diputados y del Senado para asegurar que la configuración de distritos y circunscripciones sea a lo menos mediana para evitar distorsiones en la representación o bien exige un *mixtum* de binominalismo con circunscripciones nacionales con fórmula proporcional corregida. De este modo se corrige el sistema de exclusión de las minorías que el binominalismo consagra, sin generar barreras excesivas en la representación por la vía de establecer distritos y circunscripciones pequeñas en escaños a proveer.
- 4) Refuerzo de los derechos de ciudadanía instituyéndose los derechos siguientes: a la nacionalidad, de protección del Estado a sus nacionales, a una buena administración y de acceso a documentos, entre otros.
- 5) Refuerzo de derechos civiles, introduciéndose al catálogo del artículo 19 nuevos derechos y garantías, a saber: prohibición del trabajo forzado, la servidumbre y trata de seres humanos; derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, con independencia de la identidad sexual de las personas; derecho a la información, libertad de las artes y la ciencia y derecho de asilo, y la recepción de un cuadro de garantías para el nuevo proceso penal acusatorio.

- 6) Refuerzo de derechos sociales, económicos y culturales: reconocimiento al derecho de trabajo, derecho de huelga, derecho a la información y consulta a los trabajadores en la empresa, protección ante el desempleo, garantía de las condiciones de trabajo seguras y equitativas, prohibición del trabajo infantil, derecho de acceso a los servicios de interés económico general.
- 7) Nuevos derechos colectivos: derechos de los consumidores, derecho a la no discriminación fundada en raza, sexo, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo; pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual; derechos del niño (derecho a la protección y cuidado para su bienestar, derecho a expresar su opinión y a que ésta sea tomada en cuenta, preocupación estatal por el cuidado de los niños abandonados o vulnerables, y relación periódica de padres con hijos), derecho de las personas mayores (vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural); derecho a la integración de las personas discapacitadas (asegurar su autonomía, su integración social y cultural y su participación en la vida de la comunidad).
- 8) Reforma de la judicatura: instituyendo un Consejo General del Poder Judicial a cargo del “gobierno” y administración judicial integrado colegialmente por los poderes públicos y representantes de asociaciones de magistrados y funcionarios, y por otra parte establecer una Justicia Administrativa en el Poder Judicial, con tribunales especializados de primera instancia.
- 9) Reforma a la jurisdicción constitucional, reforzando la tutela de derechos fundamentales, estableciendo el amparo extraordinario de derechos sometido a una regla de subsidiariedad.
- 10) Perfeccionamiento de las nuevas “autonomías constitucionales” funcionales (Ministerio Público, Banco Central y Tribunal Constitucional) y territoriales (gobierno regional y municipio), por la vía de reforzar los controles sociales, políticos y jurídicos y las responsabilidades.
- 11) Incorporar a la Defensoría Penal Pública a los cuadros orgánicos del Estado que gozan de autonomía constitucional.
- 12) Introducir en el capítulo XV constitucional, de reforma de la Constitución, el mecanismo del referéndum para resolver efectivamente las diferencias entre el presidente de la República y las cámaras como órganos del poder constituyente derivado.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Sobre las proyecciones ideológicas de la modernidad sobre los derechos funda-



### III. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA CONSTITUCIÓN

La dogmática de los derechos fundamentales en sentido estricto y de los derechos humanos en sentido lato nos permiten diferenciar, como paradigmáticamente lo hacen los pactos de la ONU de 1966, los derechos de la primera generación, en especial los derechos civiles, de los de la segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales) por su origen histórico-político (y raíces ideológicas), modelo de Estado (liberal-social), relaciones economía-sociedad civil, y en cuanto a los derechos mismos por su sujeto individual-colectivo (titulares y condiciones de ejercicio), estructura lógica (derechos de negación-derechos de prestación) y objeto: las obligaciones negativas y positivas que los definen (Estado sujeto de la lesión de derechos y Estado obligado a prestar satisfactorios sociales).<sup>9</sup>

Un lugar común asentado por la crítica liberal-conservadora a los derechos económicos, sociales y culturales conlleva su jibarización o abierta negación, al sostener que careciendo estos derechos de rasgos peculiares en cuanto sujetos, estructura lógica y objeto si se les compara con los derechos civiles, y poseer una deficiente tutela judicial ordinaria, especial o extraordinaria (jurisdiccionalidad); quedan entregados a las políticas públicas y a la fiscalidad del Estado; lo que en el constitucionalismo latinoamericano dado su escoriamiento por el nominalismo constitucional o la proliferación de cláusulas económico-sociales, generalmente hace de estos derechos, no derechos o “promesas de derechos”. Un buen ejemplo de lo dicho es el debate suscitado con motivo de un proyecto de reforma constitucional presentado por el gobierno en 2006, respuesta a un amplio movimiento estudiantil enderezado a la universalidad y calidad de los servicios educativos, que pretendía ampliar la tutela del recurso de protección al derecho a la educación.

Este planteamiento crítico, que goza en Chile de extraordinario predicamento en la doctrina de filiación ideológica neo “liberal” o neo “conserva-

mentales, consultar a Gregorio Peces-Barba, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, en especial pp. 129-189.

<sup>9</sup> Consultar a Bastidas F., Francisco J., *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 83-119; Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002. También es muy provechoso el ambicioso libro de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2004, en especial capítulo 1 y 2, pp. 19-116.

dora”, y en las élites, olvida que todos los derechos son justiciables, pero el nivel de jurisdiccionalidad en procesos ordinarios, especiales y extraordinarios de tutela de derechos o en procesos constitucionales difiere en cuanto al sujeto obligado por los derechos, la determinación y actualización de las obligaciones o deberes por una parte y en cuanto al alcance de las obligaciones negativas y positivas impuestas. Efectivamente, tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, su tutela judicial ordinaria, especial o extraordinaria se hace difícil, pero ello no obsta a una exigibilidad indirecta y progresiva, sea imponiendo obligaciones a los poderes públicos o sea otorgando medios de impugnación a la actividad estatal lesiva o contradictoria con estos derechos u otorgamiento discriminatorio de bienes públicos (bienes y servicios). Ciertamente, los tribunales del Poder Judicial o el Tribunal Constitucional llamados a la tutela judicial del derecho de la Constitución (derechos subjetivos y derecho objetivo), no pueden ordenar o sustituir a los poderes públicos (legislación, gobierno y administración) o dictar políticas públicas de protección social, pero sí pueden establecer la mora de los poderes públicos o la inconstitucionalidad de la actividad estatal lesiva o contradictoria con tales derechos, todo ello en estrecha conexión con el valor y eficacia normativa de las normas iusfundamentales relativas a derechos.

En este contexto las obligaciones que el Estado asume en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, dan cuenta de sus obligaciones “en serio” indirectas y progresivas (artículo 2o., inciso 1). Estas obligaciones “en serio” de los Estados, que admiten cierta justiciabilidad, son: *a*) la obligación de adoptar medidas inmediatas; *b*) la obligación de garantizar niveles esenciales de derechos, y *c*) la obligación de progresividad y no regresividad de derechos.

En palabras del jurista trasandino Raúl Gustavo Ferreyra, estas obligaciones genéricas de los Estados importan expectativas, a saber:

### 1. *Expectativas inmediatas*

En primer lugar a la hora de adoptar las medidas inmediatas que posibiliten el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, la eliminación de toda práctica discriminatoria que los afecte o turbe. No menos importante es la tarea censal; en efecto, en materia de vivienda, educación, salud, cultura, etcétera, el relevamiento de los problemas que enfrenta la población, especialmente los grupos más fácilmente vulnerables, es una obligación de esta especie de medidas. Lo propio ocurre con las minorías, el multiculturalismo y multilingüismo. Es “empíricamente imposible” referirse al contenido

y eficacia de esta categoría de derechos, si inmediatamente no se conoce con bastante certeza el grado de disfrute que, por definición, implica una actuación positiva.

## 2. *Expectativas de no regresividad*

En segundo lugar, la observación general número 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1990, en su artículo 10 dice que dicho órgano es de la opinión que corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos elementales, de atención primaria de salud, de abrigo y vivienda mínimos, o de las formas básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo las obligaciones que le impone el tratado. Si el Pacto se interpretase de tal manera que no estableciese una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima, debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trate. El párrafo 1 del artículo 2o. obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado el máximo esfuerzo posible por utilizar todos los recursos que están a su disposición para satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. En este campo, la noción general es que los Estados se encuentran obligados —diría definitivamente obligados— a la adopción de alguna medida que traiga como consecuencia que, dentro del contexto, arrojen como balance la satisfacción o mantenimiento de los niveles mínimos exigibles.

## 3. *Expectativas de progresivo desarrollo*

Finalmente, la obligación de progresividad y prohibición de no regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales es el elemento que centralmente designa las posibilidades de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que patentiza de modo más indeleble las propiedades definitivas de esta categoría de derechos subjetivos. Sobre el particular, los patrones pueden también ser visualizados en la observación general número 3

del Comité. La claridad de sus disposiciones exige de mayores comentarios. Veamos. En su artículo 2o. dice: “Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados”. Las definiciones sobre la no regresividad prosiguen en la cláusula 5: “Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables”.

La regla número 9 es, probablemente, “el pilar oculto de todo el sistema interpretativo”: “La principal obligación del resultado que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2o. es la de adoptar medidas (para lograr progresivamente... la plena efectividad) de los derechos reconocidos (en el pacto)”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras, progresivamente se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Concluye Ferreyra anotando:

Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirían la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga. La cláusula 12ª agrega: “El Comité subraya el hecho de que, aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en rea-

lidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo”.

Agrega Ferreira:

Considero necesario señalar que el análisis que se viene gestando merece ser completado con la observación general número 9, aprobada en diciembre de 1998. Allí dice: “1. En su observación general número 3 (1990) el Comité abordó cuestiones relacionadas con la índole y el alcance de las obligaciones de los Estados Parte... La obligación fundamental que deriva del Pacto es que los Estados Parte den efectividad a los derechos reconocidos. En la regla 10 se agrega, por su parte, que en lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del pacto pueden aplicarse de inmediato. Así, en la observación general número 3 se citaba, a título de ejemplo, el artículo 3º, inciso i) del apartado a) del artículo 7º —salario equitativo—, el artículo 8º —derecho de formar sindicatos—, el párrafo 3 del artículo 10 —protección a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social—, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13 —reducción de la mortalidad infantil y sano desarrollo de los niños—, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 —derecho de libertad de los padres para decidir la educación de sus hijos—. Y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones).<sup>10</sup>

Hasta ahora nos hemos referido a los derechos económicos, sociales y culturales del Pacto de 1966 en razón de las anotadas debilidades estructural y positivo procesal en materia de reconocimiento y garantía de este tipo de derechos en la Constitución vigente en Chile, sin que a mi juicio resulte posible admitir la tesis del “bloque constitucional de derechos” a que se refiere Nogueira Alcalá en nuestro medio.

Lo expuesto también nos obliga a reconocer las limitaciones que el Pacto de 1966 tiene en materia de garantía de derechos económicos, sociales

<sup>10</sup> Ferreyra, Raúl Gustavo, *Investigaciones sobre derechos constitucionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 91-93.

y culturales, que obligan positivamente al Estado en la medida de sus posibilidades, garantía que se limita al derecho de sindicación, al derecho de huelga y a la libertad de educación, excepciones que se fundan en una obligación negativa o rol pasivo del Estado, por lo que admiten una amplia “justiciabilidad”.

Finalmente, en el sistema interamericano Chile plantea un notorio déficit en relación con el Protocolo de San Salvador, al estar pendiente su incorporación al derecho interno.

Lo expuesto obliga a recoger una reflexión final acerca del sobrio catálogo de derechos fundamentales del tipo derechos económicos, sociales y culturales: derecho a la seguridad social, derecho a una retribución justa, derecho a la salud, derecho de sindicación, derecho a la educación y derecho a un medio ambiente sano (artículo 19, núms. 18, 16, 9, 19, 10 y 8 de la Constitución respectivamente), que a pesar de estar conectados con un modelo de Estado subsidiario o mínimo admite una lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva, que con base en una concepción personalista del Estado (que define como fin del Estado el bien común y como deberes-fines la integración social y el aseguramiento de la igualdad de oportunidades, entre otros) y a una concepción vicarial de poder político admitan una apertura al Estado social o solidario.

Esta lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva de la Constitución, debe conferirle a las normas iusfundamentales de derechos fundamentales del tipo de derechos económicos, sociales y culturales todo el valor normativo y eficacia normativa. De esta manera es central ligar el reconocimiento y garantía de derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución, a una compleja positivación de normas iusfundamentales (Gomes Canothilo) a saber: normas programáticas (normas de principio las denomina Crizafulli en la doctrina italiana) definidoras de tareas y fines del Estado (Staatszielbestimmungen) de contenido social, normas de organización atributivas de competencias para dictar medidas relevantes en los ámbitos económico, social y cultural), garantías institucionales (Institutionnelle Garantien), obligando al legislador a proteger ciertas instituciones) y normas sobre derechos subjetivos públicos. Al mismo tiempo, el desarrollo infraconstitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, permiten reforzar el reconocimiento y garantía efectiva de estos derechos.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Consultar a Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984. También a Gomes Canotilho, José Joaquim, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios*

Ciertamente no es este el lugar para desarrollar dogmáticamente esta lectura y hermenéutica de la Constitución, pero un botón de muestra de lo dicho es el desarrollo infraconstitucional de los derechos económicos, sociales y culturales en la legislación del trabajo, seguridad social, salud pública, vivienda, entre otras, que autorizan a hablar de políticas públicas de una red de protección social con miras a un Estado de bienestar, siendo otro botón de muestra el plan de cobertura pública universal de salud, el programa Chile solidario, y las reformas previsional y educacional en curso aparentemente inacabado. Se agrega a esto la amplia “deferencia” del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional hacia el gobierno y la administración en cuanto a la formulación y ejecución de políticas públicas sociales. La segunda paradoja de esta ponencia, es que se trata de un Estado de bienestar sin cobertura explícita en la Constitución social y económica y contradictoria con el techo ideológico de ésta. Es una paradoja que demuestra la estrecha conexión que tiene la operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales con las condiciones reales de tipo socioeconómico y político.

Finalmente, una aproximación garantista a los derechos económicos, sociales y culturales, como nos recuerda Ferrajoli, exige dar cuenta de la relación normatividad-efectividad, y de la imperfección en la configuración de estos derechos como derechos así como de sus garantías, para encontrar herramientas de tutela adecuadas. También nos exige esta aproximación garantista establecer un nexo entre los derechos y la democracia política, no postergando los derechos económicos, sociales y culturales al desarrollo económico, sino avanzar gradualmente en la efectivización de los derechos (Peña).<sup>12</sup> La fiscalidad del Estado, las políticas públicas sociales y los espacios para la política (ciudadanía) y el mercado, van a definir en cada momento las herramientas de tutela, pero los derechos económicos, sociales y culturales, impedirán a lo menos una regresividad, ya que se han alojado en la decisión misma acerca de la forma jurídico-política de Estado y la legitimidad social y política que un sistema de dominación tiene. En este sentido, la globalización o mundialización ofrece posibilidades progresivas a los de-

*Constitucionales*, núm. 1, 1988, pp. 239-260; Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993, pp. 335-340.

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2006, pp. 108-109, y Abramovich, V. y Courtis, C., “Los derechos sociales...”, *cit.*, pp. 249 y 250. También consultar a Peña González, Carlos, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996, pp. 188-198.

rechos económicos, sociales y culturales si nos tomamos en serio el derecho internacional de los derechos humanos y el ideal de humanidad.<sup>13</sup>

#### IV. CONCLUSIONES: CONSTITUCIÓN DEL BICENTENARIO Y GARANTISMO

Hemos iniciado este capítulo con una paradoja a propósito del tema acerca del cual se nos invita a exponer y sobre el cual consignamos como características torales una debilidad estructural y positivo procesal de la recepción constitucional (reconocimiento y garantía) de los derechos económicos, sociales y culturales en Chile, y por ello proponemos una perspectiva de *Constitutio-ne ferenda*, una mirada de futuro o por-venir.

En suma el esbozo de temas o contenidos desde una mirada o aproximación del por-venir o futuro, exige plantear un discurso político constitucional coherente con miras a la nueva Constitución o Constitución del bicentenario, en que el consenso en torno a las “reformas de segunda generación” se verifique en la sociedad política y sociedad civil, en el seno de los partidos y del poder constituyente derivado, de suerte que los quórum del *iter Constitutio-ne* no operen como mecanismo contramayoritario de bloqueo, sino solo como mecanismo contramayoritario en función del pacto político que subyace a la Constitución democráticamente gestada.

Pero, hemos cerrado esta ponencia con una segunda paradoja: la Constitución económica y social de filiación ideológica neoliberal, admite una lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva, que le confiere a las normas acerca de derechos fundamentales de contenido económico social (y a las normas de principio) todo su valor normativo y eficacia normativa abriendo el modelo de Estado, y de relaciones economía-sociedad civil al Estado social o solidario, todo lo cual confluye a un orden concreto de cosas en que el desarrollo infraconstitucional de derechos fundamentales y políticas públicas hacen posible una red de protección social universal en relación con algunas necesidades públicas, enderezada al asentamiento del Estado de bienestar.

Para concluir, resta anotar para el debate que los derechos económicos, sociales y culturales que han servido en la segunda mitad de siglo XX de base para el desarrollo de un nuevo paradigma en el derecho internacional de los derechos humanos, de lo que es un botón de muestra el comentado Pacto de 1966 de la ONU o los convenios del sistema OIT, se ven sometidos

<sup>13</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, pp. 148-158.



dos o expuestos hoy en los albores del siglo XXI, insertos en un proceso de globalización o mundialización, a severos retrocesos por el tipo de orden económico internacional imperante, que se materializa en tratados bilaterales o multilaterales de libre comercio, de protección de inversiones y de protección de privilegios o franquicias, enderezados a la protección de un desarrollo capitalista dominado por una visión neoliberal. El fin del viejo dogma de la soberanía interna y externa que sirvió a la edificación del Estado nacional primero y a los procesos históricos de descolonización y nuevo orden económico internacional, hoy es puesto en tela de juicio bajo el pretexto de someter o encadenar al Estado-Leviatán.<sup>14</sup> La globalización o mundialización también encierra una paradoja en materia de derechos humanos en general y de derechos económicos, sociales y culturales, a saber: la anotada antes que importa tomarse en serio el derecho internacional de los derechos humanos y la expansiva subjetividad de la persona en dicho orden, y la consignada ahora acerca de un modelo de desarrollo capitalista global que reduce los espacios de la política (Estado), de la ciudadanía y de los derechos, por el mercado y una natural “mano invisible” que pretende inaugurar una “edad de oro” o “fin de la historia”.

<sup>14</sup> Consultar a Moderne, Franck, “¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea?”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Derechos fundamentales y Estado*, México, Consorcio de Universidades-UNAM, 2002, pp. 493-527; Witker, Jorge, “Los derechos económicos y sociales en el contexto del área de Libre Comercio de las Américas”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Derecho Internacional de los derechos humanos*, México, Consorcio de Universidades-UNAM, 2002, pp. 593-607.