

LA POSICIÓN Y EL VALOR JURÍDICO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

Place and legal value of social right in the chilean Constitution

Tomás Pablo Jordán Díaz*

Profesor de Teoría Política y Derecho Constitucional,
Universidad Alberto Hurtado
tjordand@gmail.com

RESUMEN: El trabajo examina la posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución Política Chilena, planteando que todos los derechos constitucionales tienen el carácter de fundamental, situando en consecuencia, a los derechos sociales en un plano de igualdad jurídica con relación al resto de los derechos constitucionalmente consagrados.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales. Derechos sociales. Posición y valor jurídico de los derechos fundamentales sociales. Bloque de derechos fundamentales.

ABSTRAC: The present work examines the place and the legal value of social rights in the Chilean Political Constitution, stating that all the constitutional rights are fundamental; placing, therefore, the social rights in a level of legal equality in relation with the rest of the constitutional rights.

KEY WORDS: Fundamental rights. Social rights. Place and legal value of fundamental social rights. Fundamental rights' block.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Magister en Ciencia Política, Universidad de Chile. Diploma en Estudios Especializados en Derecho Público, Universitat Autònoma de Barcelona. Magister de Investigación en Derecho Público, mención Derecho Constitucional, Universitat Autònoma de Barcelona. Profesor de Teoría Política y Derecho Constitucional, Universidad Alberto Hurtado.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República (CPR) dispone de un catálogo de derechos fundamentales (DDFF) amplio desde una perspectiva clasificatoria. En ella se han incorporado derechos correspondientes a las diversas categorías, extendiéndose a derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, ya sean éstos derechos de libertad –defensa–, de prestación o complejos (de libertad y prestación).

En ese marco normativo, se estima que todos los derechos constitucionales tienen el carácter de fundamental, no estableciendo la CPR distinciones jurídicas en torno a la posición y el valor jurídico entre los derechos sociales y el resto de los derechos consagrados en su texto, pues, no existen razones constitucionales (expresas o derivadas) que permitan instaurar una distinción en este sentido. Los derechos fundamentales sociales (DFS) se fundan y se desarrollan constitucionalmente bajo la lógica de un estatuto homogéneo de DDFF. Tal conclusión se extrae del examen y análisis de la geografía constitucional del artículo 19 CPR, de la reserva de ley, de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, de la protección reforzada de algunos derechos y de la reforma constitucional de los DDFF.

Las únicas distinciones constitucionales en la tratativa de los distintos derechos están vinculadas a la tutela reforzada que gozan algunos DDFF en el art. 20 CPR, aunque este catálogo restrictivo incorpora derechos fundamentales sociales de libertad, y en lo referente a la exigencia de un quórum mayor para la aprobación, modificación y derogación de la normativa legal regulatoria de ciertos derechos, cuya diferenciación responde a criterios de sustancialidad, no vinculados a una categoría concreta de derechos, incluyendo en tal materialidad normativa a ciertos derechos sociales.

En lo que sigue se realizará un examen primario de la estructura general de los derechos fundamentales en la Constitución, para luego particularizar el análisis en la situación jurídica de los derechos fundamentales sociales.

2. LA ESTRUCTURACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

El artículo 19 de la Constitución Política de la República (CPR) establece el núcleo central de los derechos fundamentales (DDFF), cuyo enunciado inicial dispone “la Constitución asegura a todas las personas:”, frase que recoge una tendencia mayoritaria en la doctrina chilena, situando el análisis constitucional desde una perspectiva «*ius naturalista*», otorgándoles a estos derechos un carácter de derechos «reconocidos» debido a su existencia anterior y superior al ordenamiento jurídico positivo.¹ El origen y fun-

¹ En esta postura doctrinal encontramos a CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, tomo II. Derechos, deberes y garantías, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, p. 56; EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, tomo I, 3ª edición, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2004,

damentación de tal visión obedece a concepciones personales de los académicos chilenos, y a la postura predominante de los miembros de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (La Comisión), designada por la Junta de Gobierno en 1973 para tales fines. La palabra «asegura» tiene por finalidad representar esta existencia anterior al ordenamiento de los derechos, considerada por la Comisión más representativa de dicha significación que la palabra «reconoce», e impone una obligación de respeto de tales derechos a la institucionalidad positiva.²

A partir de dicha enunciación se configuran en un orden numérico los DDFF, estableciendo un catálogo heterogéneo que se extiende a las diversas categorías de derechos. Ahora bien, la construcción del «bloque de derechos fundamentales» no se reduce únicamente al art. 19 CPR, sino que comprende (DDFF) ubicados en otros artículos de la norma fundamental y a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de conformidad a lo dispuesto en el art. 5 CPR, vigorizando numérica y sustancialmente el bloque.

Cabe precisar que los DDFF no son absolutos, estableciendo la Constitución a un nivel general, y en forma específica para determinados derechos, ciertas limitaciones a su contenido constitucional, representando el desarrollo legislativo el principal elemento de restricción de éstos. La ley regula a un nivel infra-constitucional el contenido de los derechos, reduciendo la normación de los derechos a los criterios legislativos, juicios que deben conciliarse con el parámetro constitucional de manera de no vulnerar el contenido esencial de éstos.

Junto a ello, la consagración constitucional de los derechos fundamentales ha generado en la doctrina chilena una tendencia a establecer una jerarquía de derechos fundamentales, conllevando que, frente a una posible colisión de derechos, la solución para el juez radica en la distinción piramidal de los derechos. En esta ordenación general, los elementos característicos del sistema de derechos son la no taxatividad del catálogo del art. 19 CPR, el carácter limitado de los derechos y una supuesta jerarquía entre los derechos.

a) *Catálogo no taxativo*. El bloque chileno tiene un carácter amplio, no reduciéndose al contenido del art. 19 CPR. Para la cimentación y análisis certero del «bloque de

pp. 23-26; GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime, en Rojas Sánchez, Gonzalo, Achurra González, Marcela, Dussillant Balbontín, Patricio, *Derecho político, apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1995, pp. 147 y 148; HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Panorama de los derechos humanos*, Andrés Bello, Santiago, 1973, pp. 19-22; VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, tomo I, 2ª edición, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 192 y 193.

² EVANS DE LA CUADRA, op. cit., p. 26; VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, op. cit., pp. 192 y 193. Estos autores expresan en su texto: "En lo referente a la voz asegura, que ya empleaba la Constitución de 1925, se estimó conveniente mantenerla después de un debate en que se propuso reemplazarla por la expresión "reconoce". Se llegó a la conclusión de que el término "asegura" expresaba mejor el espíritu de la Comisión, que ha querido destacar especialmente que estos derechos son innatos y anteriores a cualquier ordenamiento jurídico (Sesión N° 87, pp. 6 a 8)".

derechos fundamentales» se debe realizar un análisis armónico y sistémico de la CPR. Junto a los derechos del art. 19 CPR, otras disposiciones constitucionales instauran DF. El artículo 1°, inciso 5° CPR establece el derecho de todas las personas a participar en forma igualitaria en la vida nacional, y el artículo 13 CPR consagra los derechos políticos de sufragio y de optar a cargos de elección popular. A lo anterior se suma lo dispuesto en el art. 5, inciso 2° CPR que dispone: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

Bajo el amparo de este artículo, que forma parte del Capítulo I denominado “Bases de la Institucionalidad”, se entienden incorporados al ordenamiento constitucional los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adquiriendo los derechos contenidos en tales documentos jerarquía o rango constitucional. Se ha sostenido doctrinariamente que los tratados internacionales tienen «jerarquía constitucional» pero no una «aplicación» igualitaria a los derechos fundamentales. Se distingue entre esta «jerarquía» y la «aplicación» del contenido de los tratados, ejecutándose los derechos de origen externo de forma subsidiaria, luego del agotamiento del ordenamiento jurídico interno, concurriendo, en consecuencia con rango «complementario» o «coadyuvante».³ Este planteamiento es contradictorio, pues, al otorgar a los derechos contenidos en los tratados igual rango o jerarquía que los derechos consagrados en la constitución, todos éstos se sitúan en un plano de igualdad jurídica constitucional. Se debe efectuar la “aplicación” de dichos derechos con un criterio igualitarista al no existir razones de orden constitucional que autorice diferenciar entre ellos, de manera que la invocación de un derecho externo en sede nacional no puede estar sujeta a restricciones sin sustento normativo.

Una Constitución puede contener normas que establezcan distinciones entre los derechos consagrados a nivel interno y externo, disponer reglas de adecuación que permitan la aplicación de ambos niveles de derechos,⁴ o no establecer disposición

³ CEA EGAÑA, José Luis, op. cit., pp. 49 y 50. Cea Egaña sostiene que la fundamentación de esta incorporación tiene un triple origen, de carácter natural, positivo y humanista secular, de manera que su justificación del carácter amplio del catálogo chileno se funda en las principales posiciones jurídico-ideológicas. Indica que la amplitud del catálogo chileno está radicada en que los derechos esenciales de la naturaleza son tantos como aquéllos que ésta revela a la inteligencia. La razón positiva radica en el artículo 5, inciso 2° CPR, norma que incorpora al ordenamiento jurídico interno los derechos, deberes y garantías fundamentales contenido en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Finalmente, el carácter extenso de los DF se funda en los descubrimientos de derechos que permite el «progreso y el desarrollo de la humanidad», debiendo reconocerlos y protegerlos con el objeto de elevar la «calidad espiritual y material de la vida». Vid. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, op. cit., p. 23; VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, op. cit., p. 194.

⁴ En el caso español, el art. 10.2 CE dispone que las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas se interpretarán de conformidad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

alguna en ese sentido. La Constitución chilena contiene como reglas de incorporación de las normas internacionales al orden interno lo establecido en el art. 5 CPR antes transcrito, es decir, con rango constitucional, por lo que no es dable establecer distinciones a dicha jerarquía o regulación en la aplicación de tales derechos de origen externo bajo cánones no constitucionales. Al incorporarse al texto con rango constitucional los catálogos foráneos, éstos deben ser analizados y aplicados bajo los parámetros de los derechos constitucionales.

Al no existir una regla que distinga entre los derechos consagrados internamente y los dispuestos en los tratados internacionales, la jerarquía constitucional está determinada por la naturaleza de la materia que contienen los tratados internacionales, y éstos, al normar derechos humanos, deben introducirse al ordenamiento jurídico chileno con un rango equivalente a las normas sobre derechos fundamentales al regular materias análogas (Constitución material).⁵ De lo contrario existirían normas de rango constitucional con diferente aplicación por razones extra constitucionales.⁶

Además, es el propio art. 5 el que sitúa en igualdad de condiciones jerárquicas a estos derechos, fijando primariamente una regla general que establece como límite a la soberanía los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana «cualquiera sea su origen», para luego disponer un mandato imperativo a los poderes públicos de «respeto y promoción» de las normas de derechos fundamentales garantizadas expresamente por la Constitución como las contenidas en los tratados. Al alinear el constituyente una norma igualitaria entre tales derechos no es dable atribuir distinciones que la norma fundamental no instituye.

Ahora bien, igualmente es necesario diferenciar para fines aplicativos entre aquellos derechos contenidos en los tratados con consagración constitucional equivalente (por ejemplo el derecho a la salud está consagrado en el art. 19.9 CPR y en el art. 12 del PIDESC) y derechos sin tal consagración. Los derechos sin consagración constitucional se pueden invocar y aplicar directamente por el hecho de su incorporación vía art. 5 CPR, debiendo los tribunales chilenos aplicarlos bajo sus propios razonamientos de lógica y hermenéutica constitucional con expresa consideración y no contradicción con lo dispuesto por los organismos y tribunales internacionales. Respecto de los derechos con consagración constitucional interna se debe desarrollar una labor de «conciliación» y «adecuación» entre los derechos de igualdad temática, llevando a cabo una labor interpretativa que permita la aplicación no contradictoria entre los textos y lograr una interpretación y aplicación expansiva, y lo más favorable a los DDF de conformidad a las diversas normas consagradoras.

⁵ Cabe precisar que los DDF reconocidos en los tratados internacionales ingresan al ordenamiento jurídico chileno después de una tramitación legislativa equivalente al de una ley.

⁶ En este mismo sentido, vid. CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, *Revista Jurídica Ius et Praxis*, vol. 9 N° 1, 2003, www. <http://www.scielo.cl/scielo/>; VERDUGO MARINKOVIC, MARIO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, op. cit., p. 123.

b) *Límite a los derechos constitucionales*. Un límite a los derechos fundamentales figura como una restricción al derecho desde una posición externa, que impide el ejercicio de alguno de los comportamientos dables de acuerdo al objeto del derecho fundamental. Esta limitación tiene un doble sentido: reduce o priva de protección a un derecho fundamental y faculta al poder público para actuar sobre éste, caracterizándose dicha limitación por su carácter exterior, la protección sobre el objeto del DF y la necesidad de que la Constitución habilite al poder público para restringir los derechos.⁷

En el ordenamiento constitucional chileno podemos distinguir dos tipos de limitaciones: a) limitaciones contenidas en el propio derecho fundamental y b) limitaciones externas al derecho dispuestas por el ordenamiento constitucional. La primera de las restricciones se vincula a la mayoría de los DDFE, los cuales en sus enunciados explicitan ciertas limitaciones de las que pueden ser objeto, asentándose el legislador como el primer ente limitador del ejercicio absoluto del derecho, al ser el órgano llamado a ejecutar o desarrollar su contenido. De igual modo, la Constitución dispone de otros límites internos referidos a determinados bienes jurídicos, otorgándoles el carácter de limitadores los DDFE, así, por ejemplo, la libertad de conciencia, de manifestación de todas las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos está limitado a que estos no se opongan a la moral, las buenas costumbres o al orden público (19.6 CPR) la libertad de enseñanza tiene como límite la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional (19.11, inciso 2°).⁸

Las restricciones externas a los derechos se vinculan con situaciones internas o externas de conflictualidad político-social que facultan a la autoridad para decretar estados de excepción constitucional (Estado de asamblea o de guerra, de sitio, de emergencia y de catástrofe),⁹ suspendiendo el ejercicio de los derechos.¹⁰

⁷ AA.VV., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española* de 1978, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 120.

⁸ Respecto de la libertad de enseñanza, la jurisprudencia ha confirmado estas limitaciones no legales, expresando: "...ha de regir en todo su vigor el principio de que la libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional". Vid. SCAA de La Serena N° 17353 de 04/02/93.

⁹ Los Estados de excepción constitucional están regulados entre los art. 39-45 CPR.

¹⁰ En este sentido, Cea Egaña señala que los DDFE encuentran dos tipos de límites, vinculados a la situación política-social-institucional del país, de manera que las restricciones a los DDFE serán más o menos extensas según existan una situación de normalidad o anormalidad política o social. En este sentido reconoce 2 tipos de límites: a) habituales y b) extraordinario. Los habituales son aquellas restricciones "cotidianas u ordinarias, inherentes al ejercicio del derecho, aplicables durante la vida normal o corriente del Estado Nación", que los sujetos titulares soportan en su vida cotidiana, sin que signifique una situación de anormalidad o crisis política-institucional. Tales límites habituales se encuentran contenidos en los enunciados jurídicos de cada derecho que consagra el artículo 19 CPR, los cuales junto con consagrar el derecho, indica las limitaciones "corrientes" a las cuales éstos están sujetos. Las limitaciones extraordinarias de los DF se ejecutan en situaciones institucionales de conflicto o crisis (nacional o internacional), las cuales justifican la restricción (Estados de asamblea o de guerra, de sitio, de emergencia y de catástrofe). Vid. CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, op. cit., p. 58 y 59. Evans de la Cuadra indica que en torno a las limitaciones, se reconocen las propias de cada derecho constitucional (por ejemplo el art. 19.6 fija como límite a la libertad de conciencia, creencia y cultos la

Los límites internos de los derechos constitucionales que no estén establecidos por el legislador, como por ejemplo lo constituye la «moral», no se corresponden con la teoría moderna de los derechos fundamentales en un Estado democrático. Estas limitaciones recaen en posiciones subjetivas sobre la observancia de la sociedad, de conformidad a la concepciones éticas o ideológicas del sujeto llamado a restringir el derecho (juez), pudiendo éste establecer diferenciaciones entre las personas fundadas en sus concepciones personales o circunstanciales. La fijación de parámetros constitucionales subjetivos puede conllevar situaciones de colisión entre lo regulado por el legislador democrático y el criterio jurisprudencial, pudiendo primar este segundo al tener un fundamento constitucional vulnerando la soberanía nacional radicada en sus representantes indirectos, erosionando el régimen democrático.

c) *¿Jerarquía entre los derechos?* Parte de la doctrina chilena ha expresado su convicción por la consagración de una jerárquica geográfica de los derechos constitucionales.¹¹ Para éstos, una interpretación correcta de tales preceptos *ius* fundamentales debe tener como elemento formulador inicial su desigual posición conformadora. El origen de esta postura doctrinal radica en la Comisión de Estudios (Sesión N° 84), instancia que planteó la ordenación de los derechos en el nuevo texto de acuerdo a un criterio jerárquico, estableciendo una construcción descendente a partir del derecho a la vida, las igualdades y las libertades.¹² Se reconocen derechos más importantes que otros, concurriendo una diferencia de «niveles» que fijan cómo se debe resolver una potencial colisión entre los derechos, primando el derecho de mayor nivel jerárquico. La doctrina ha estimado que los derechos de este nivel superior lo constituirían los derechos de libertad como el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la libertad de conciencia, la seguridad personal, es decir, derechos vinculados al constitucionalismo originario que tuvo por lógica el reconocimiento de determinados derechos naturales.¹³ Posturas atenuadas de la anterior, indican que primeramente se debe tra-

moral, las buenas costumbres o el orden público), y limitaciones «propias de los estados de excepción constitucional» (Estado asamblea, sitio, emergencia y catástrofe). Vid. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, op. cit., p. 27. Verdugo, Pfeffer y Nogueira expresan que el catálogo de derechos constitucionales están sujeto a limitaciones referidas al respeto de los derechos de terceras personas y la defensa de determinados bienes jurídicos de «mayor entidad» (la moral, el orden público, las buenas costumbres, la seguridad nacional y la seguridad del Estado), y el respeto a las normas legales que los regulen. Finalmente indican que los derechos se pueden suspender o restringir transitoriamente su ejercicio por determinadas circunstancias de excepción (guerra externa, estado de asamblea.). Vid. VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, op. cit., pp. 194 y 195.

¹¹ ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo; ACHURRA GONZÁLEZ, Marcela; DUSSAILLANT BALBONTÍN, Patricio, op. cit., p. 152; CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, op. cit., p. 66.

¹² VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, tomo I, op. cit., p. 197.

¹³ Guzmán Errázuriz sostiene la existencia de niveles entre derechos, y que dentro de cada nivel también se pueden llevar a cabo distinciones jerárquicas, expresando "Por eso aclaro que no se trata de establecer una escala jerárquica rígida entre los derechos, sino admitir que los diversos niveles de cada uno de ellos son susceptibles de una evaluación jerárquica, de acuerdo a cada circunstancia y conforme a la virtud de la prudencia o buen juicio.". Vid: ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo; ACHURRA GONZÁLEZ, Marcela; DUSSAILLANT BALBONTÍN, Patricio, *Ibid.*

tar de lograr una conciliación entre los derechos en colisión, pero, que en caso de no prosperar se debe invocar un argumento jerárquico, estructurada sobre la base de que existen derechos que gozan de primacía jurídica.¹⁴

Tal criterio interpretativo es erróneo. Si bien es cierto que el establecimiento de una jerarquía entre los bienes jurídicos que conforman los distintos DF es un mecanismo teórico aceptado en materia de derechos fundamentales, conllevando la estructuración del sistema de derechos bajo un armazón piramidal, con posiciones de mayor o menor valor según el criterio jerárquico, se debe tener presente que la adopción de este tipo de fórmulas para la resolución de conflictos por colisión de derechos no puede ser arbitraria o fundada en criterios extra constitucionales, sino que debe ser sostenida en la norma fundamental, es decir, la preferencia entre derechos debe estar contemplada por la constitución o derivarse de ella. En el primer caso no hay mayor complicación por cuanto no existe colisión entre bienes jurídicos, pues únicamente el órgano jurisdiccional debe aplicar en el caso concreto la regla que dispone el criterio piramidal, pero, la complejidad concurre al analizar el segundo presupuesto (que la jerarquía se derive de la constitución), puesto que procederá la jerarquía con bases a criterios materiales o sustanciales protegidos con relación a individuos, la comunidad o el Estado, criterios que deben estar comprendidos en el texto constitucional, pudiendo el juez invocarlos como elementos diferenciadores.¹⁵

La comentada doctrina chilena favorable a la jerárquica geográfica entre derechos no invoca alguna de las dos condicionantes exigidas para la procedencia de una ponderación de base piramidal. La Constitución chilena no fija en ningún artículo una primacía o preferencia de determinados derechos, ni tampoco hay normas que permitan interpretar desde una perspectiva social-contextual una alineación piramidal entre bienes jurídicos. Además, el razonamiento fundado en los criterios de la Comisión de Estudios sobre una ordenación geográfica de los derechos constitucionales sólo pueden tener una explicación en la ordenación del trabajo del poder constituyente autocrático o de una ordenación jerárquica incompleta y contradictoria, pero no en la ordenación estructural global de los derechos fundamentales, ya que el art. 19 no responde a ningún criterio ordenador preferencial, sino que sólo se pueden fijar criterios generales con múltiples excepciones que desestiman la formulación piramidal.¹⁶

¹⁴ Cea Egaña indica que la jerarquía de los DDFF posiciona en forma decreciente el derecho a la vida y a la integridad personal, el derecho a la intimidad y el honor, información y reunión, y concluye con el «orden público económico» (libre iniciativa empresarial, libre apropiabilidad de bienes y derecho de propiedad), indicando que la configuración del artículo 19 sigue tal criterio jerárquico. Vid: CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, *Ibid.*

¹⁵ GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo, la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 290-292.

¹⁶ Ruiz-Tagle Vial expresa esta crítica a la ordenación geográfica-jerárquica de la Constitución chilena, desvirtuando la postura de Cea Egaña. Expresa Ruiz-Tagle Vial: “Desde luego, el orden de las disposiciones del artículo 19 de la Constitución vigente no calza con la propuesta del profesor Cea, que no reconoce en su jerarquía el lugar de las igualdades y otros derechos que con gran esfuerzo, quizá sólo

Además, la invocación de la Comisión constituyente autocrática colisiona directamente con el principio democrático vigente desde fines de 1989 y comienzos 1990 (elecciones presidenciales y parlamentarias libres y el inicio del periodo democrático), debiendo desestimar su autoridad, pues, existe un conflicto entre un constituyente originario autocrático y uno democrático a partir de la reforma constitucional aprobada por plebiscito en 1989 y las subsiguientes enmiendas al texto fundamental. Ante esta colisión de poderes constituyentes, debe primar el principio democrático (art. 4 CPR), dejando de lado y sin valor jurídico el criterio de la Comisión al estar fundado en cánones autoritarios. Las normas constitucionales nunca modificadas deben interpretarse bajo otras reglas hermenéuticas compatibles con un Estado de derecho democrático.

En igual línea de argumentativa, se presenta como un claro elemento desvirtuador de la jerarquía descendente la tutela directa de los derechos fundamentales que instituye un amparo reforzado de los derechos no vinculado al mencionado criterio (art. 20 CPR), protegiendo derechos y libertades de diversos numerales del art. 19, sin distinción piramidal. Al no diferenciar la CPR entre derechos de mayor o menor nivel se estima que el criterio interpretativo ante una colisión de derechos fundamentales se debe ajustar a la tendencia predominante en el constitucionalismo contemporáneo, utilizada por diversos tribunales constitucionales (Alemania, España), denominada «teoría multifuncional». Esta teoría plantea que frente a una colisión de derechos, la labor hermenéutica debe “hacer compatible los valores, bienes y derechos Fundamentales que pueden incidir, de forma simultánea, en un sustento” a través de un trabajo de «ponderación» de los DDFE.¹⁷

Sostiene que se debe conferir la «máxima efectividad que permitan las circunstancias de caso concreto» a los derechos colisionados, buscando el punto de equilibrio entre éstos, debiendo para ello cumplir con tres exigencias: 1) un análisis cuidadoso del caso con el objeto de encontrar donde se ubica la colisión y si ésta realmente existe, puesto que puede ocurrir que no sea necesaria la ponderación producto de un buen examen; 2) ante una colisión real, se debe determinar qué derecho es más digno de protección en el caso concreto, utilizando dos criterios: la determinación del grado de afectación de los valores en juego (referido al contenido esencial) y el rango normativo (aunque esto no es absoluto) y, 3) el resultado de la ponderación no será necesariamente de primacía absoluta de un derecho u otro, sino que se debe determinar según el caso concreto hasta dónde se optimizan los derechos, equilibrando los valores opuestos (proporcionalidad).¹⁸

podemos incluir en la vaga noción de orden público económico. Asimismo, revisadas las fuentes respectivas, ni los Pactos Internacionales más relevantes ni los documentos donde constan las discusiones de la Constitución en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución muestran un acuerdo que demuestre la existencia de la jerarquía de derechos que nos propone para nuestra adopción el profesor Cea.”. Vid. RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, *Revista de Derecho Público*, N° 63, tomo I, 2001, pp. 185 y 186.

¹⁷ Para una revisión de la teoría multifuncional, Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 302-305.

¹⁸ DIEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 51-54.

Ahora bien, puede ocurrir que enmarcados dentro de las reglas de la ponderación existan derechos que generalmente obtengan una ponderación favorable con respecto a otros derechos con los que colisionan, como por ejemplo el derecho a la vida. La configuración primaria de este derecho fundado en un núcleo básico estructurado como «todo o nada» (derecho a la existencia v/s la privación de la vida), lleva a que en cada caso particular se requiera un máximo de cuidado en la ponderación y, de conformidad a la mayor o menor intensidad y la complejidad de la protección que cada ordenamiento se le confiere a este derecho su ponderación variará.

Lo anterior lleva a desvirtuar cualquier interpretación jerárquica entre los derechos, pues un razonamiento objetivo y fundado en criterios constitucionales desmerecen algún discernimiento piramidal entre los derechos, debido a que un raciocinio únicamente de este tipo tendría como fundamento criterios subjetivos o extra jurídico-constitucional no democrático.

3. LA POSICIÓN Y EL VALOR JURÍDICO DE LOS DERECHOS SOCIALES

La doctrina chilena no ha situado la discusión en torno a la fundamentalidad de los derechos como objeto principal de análisis, es más, difícil es encontrar referencia expresa a dicho problema constitucional.¹⁹ Esta ausencia de estudio podría ser explicada, *a priori* y con carácter abstracto, por al menos dos razones: la no existencia de conflictualidad en torno a que debemos entender por derechos fundamentales al gozar todos los derechos del art. 19 CPR del mismo carácter *ius* fundamental o, por el contrario, que sólo algunos de tales derechos responden a la calidad de fundamentales y no hay dudas al respecto.

Lo cierto es que los principales autores relevantes en materia de derechos fundamentales utilizan indistintamente cuatro vocablos: derechos constitucionales (denominación que les otorga la propia Constitución al titular al Capítulo III “De los derechos y deberes constitucionales”), garantías o derechos constitucionales, derechos huma-

¹⁹ La única referencia, aunque indirecta, la encontramos en el pensamiento de Jaime Guzmán Errázuriz, quien analizando la Declaración Universal de Derechos Humanos, efectúa una crítica a dicho texto por incorporar junto a los derechos que emanan de la naturaleza humana y que constituyen propiamente derechos (derechos de libertad), con «pretensiones o aspiraciones sociales», dependientes de la capacidad económica de las sociedades particulares y no puede exigirse su cumplimiento ante los tribunales de justicia (DESC). En esta línea, expresa el autor: “Pienso que llamar derecho a lo que son aspiraciones –muy legítimas, nobles y justas–, pero que no siempre se pueden satisfacer aunque haya la mejor voluntad de realizarlo, presenta el riesgo de que todo Estado y todo gobierno sea acusado por ello de no respetar los derechos humanos, privando entonces al juicio de todo valor efectivo o práctico. Además, al equiparar lo que cada persona puede disfrutar por el simple hecho de que nadie se lo entorpezca, con aquello que sólo se alcanzará según el grado de desarrollo de cada país, se introducen distorsiones que, en definitiva, conspiran contra la defensa eficaz de los derechos humanos propiamente tales”. Vid. ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo; ACHURRA GONZÁLEZ, Marcela; DUSSAILLANT BALBONTÍN, Patricio, op. cit., p. 148.

nos y derechos fundamentales. Se les ha otorgado una similitud de significado y alcance, ya sea refiriéndose tanto a derechos de libertad como derechos de prestación, sean civiles, políticos o sociales, económicos y culturales.²⁰ A lo anterior debemos adjuntar la posición de las Cortes de Apelaciones, órganos llamados a tutelar en primera instancia los derechos fundamentales en el ordenamiento chileno, quienes han utilizado la denominación «derechos fundamentales» para referirse a los derechos constitucionales, cualquiera sea su naturaleza.²¹

En este contexto de no conflictualidad aparente, cabe efectuar un razonamiento de carácter explicativo del estatuto constitucional de los derechos fundamentales, con énfasis particularizado en los derechos sociales. Se estima que todos los derechos constitucionales tienen el carácter de fundamental. Así, la situación jurídica de los derechos sociales no difiere de las otras categorías de derechos al no existir razones formales ni materiales que nos conduzcan a esbozar un criterio diferente de clasificación, teniendo la calidad de derechos fundamentales sociales.

Para efectuar el examen de fundamentalidad analizaremos los distintos elementos regulatorios normados en el texto constitucional que configuran la asimilación entre constitucionalidad y fundamentalidad de los derechos. Estos elementos son la geografía del art. 19, la reserva de ley, la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, la protección reforzada de los derechos y la reforma de los DF.

²⁰ Los textos de los principales autores sobre derechos fundamentales utilizan de manera indistinta, a lo largo de sus obras, la terminología derechos constitucionales, derechos humanos, derechos fundamentales o garantías constitucionales. Vid.: CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, tomo II. Derechos, deberes y garantías, op. cit.; EVANS DE LA CUADRA, Enrique, op. cit.; GÓMEZ BERNALES, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2005; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, y CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, *Instituciones políticas y teoría constitucional*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2001; VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, op. cit.

²¹ A modo ejemplar podemos mencionar: SCAA de Valparaíso N° 251/2001 (derecho a la igualdad ante la ley); SCAA de Santiago N° 4743/2003 (derecho al honor); SCAA de Santiago N° 2180/2004 (derecho a desarrollar cualquier actividad económica); SCAA de Puerto Montt N° 3725 de 20-12-02 (derecho de propiedad); SCAA de San Miguel N° 223/1996 (Libertad de trabajo); SCAA de Antofagasta N° 12301 de 27-01-00 (derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado); SCAA de Valdivia N° 215/2004 (derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado) y SCAA de Santiago N° 3421/2002 que expresó, en un caso sobre negociación colectiva, los presupuestos de procedencia del Recurso de amparo, indicando "12°. Que por consiguiente, es menester la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) que se trate de un acto u omisión ilegal o bien arbitrario; b) que agrave a un sujeto ya sea como perturbación, privación o amenaza y c) que recaiga en el ejercicio legítimo de un *derecho fundamental* que el constituyente protege a través de este especial medio." Esta transcripción es explicativa, pues, la letra c) manifiesta la extensión de la fundamentalidad al realizar una distinción entre los derechos fundamentales protegidos y derechos fundamentales no protegidos, expresando que el recurso procede si el derecho fundamental supuestamente vulnerado está amparado por el mecanismo constitucional de tutela, reconociendo que pueden concurrir supuestos en que los derechos fundamentales no estén protegidos por dicho instrumento de tutela, cuestión que ocurre con al negociación colectiva de conformidad al art. 20, inciso 1°.

a) *El artículo 19 CPR: ubicación y geografía.* La primera asimilación entre derechos constitucionales y derechos fundamentales se vislumbra de la simple ordenación de los derechos, ya que el constituyente radicó a la mayoría de los derechos constitucionales en un Capítulo particular (III “De los derechos y deberes constitucionales”), sin distinguir en su interior entre derechos pertenecientes a algunas de las categorías de derechos. Al no establecerse constitucionalmente una diferencia de este tipo se debe concluir la igualdad posicional y valórica entre los derechos constitucionales.

Igualmente, la configuración geográfica de los derechos contemplados en dicho artículo es heterogénea en cuanto a la tipología de derechos. No obstante seguir ciertos delineamientos generales, encontramos elementos que alternan y desacreditan una ordenación sujeta a parámetros preconcebidos que conllevaría a situar a los derechos sociales en una posición jurídica débil, desvirtuándose de este modo aquellas visiones que buscan establecer una jerarquía entre los derechos de carácter descendente.

Estableciendo como criterio de prueba que los derechos fundamentales podrían estar estructurados según la clásica clasificación entre civiles, políticos y económicos sociales y culturales, no podemos concluir afirmativamente tal hipótesis. A los derechos civiles establecidos en los primeros numerales (derecho a la vida (19.1), igualdad ante la ley (19.2, igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos 19.3) derecho a la vida privada y honra (19.4), inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación (19.5), libertad de conciencia (19.6), derecho a la libertad personal), le siguen los derechos sociales del medio ambiente descontaminado, derecho a la protección de la salud (19.9), derecho a la educación (19.10), libertad de enseñanza (19.11), para luego volver a los derechos civiles con alcance político como es la libertad de emitir opinión e información (19.12), derecho de reunión (19.13), derecho de petición (19.4), derecho de asociación (19.15), y consiguientemente continuar con derechos sociales como la libertad de trabajo, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a huelga (19.16), derecho a la seguridad social (19.18) y el derecho a la libre sindicación (19.19). Entre los numerales 20-25 se consagran derechos económicos con énfasis en la libertad individual pro mercado (derecho a igual repartición de los tributos, derecho a desarrollar cualquier actividad económica, derecho a un trato no discriminatorio por parte del Estado en materia económica, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, el derecho de propiedad sobre cosas corporales e incorporales y el derecho de autor y propiedad industrial). El numeral 19.25 consagra también un derecho cultural representado por la “libertad de crear y difundir las artes”, pero enfocado desde una perspectiva dominical.

Tampoco se puede sostener una ordenación geográfica con base a una distinción entre derechos de libertad y prestación, al no existir, al igual que lo señalamos precedentemente, una línea constitucional uniforme en ese sentido, sino que tales derechos se entremezclan en el artículo 19. Así, y a modo ejemplar, al derecho a la vida le sigue el derecho a la tutela judicial efectiva (derecho de prestación por cuanto es el Estado el que debe garantizar un sistema judicial imparcial). Los derechos fundamentales sociales, como la salud o la educación se incorporan como derechos prestaciona-

les pero con facetas de libertad en sus enunciados (por ejemplo el derecho a elegir el sistema de salud –público o privado–, o la libertad de enseñanza o el derecho de elegir el establecimiento educacional). De igual manera, no podemos fijar una ordenación fundada en aspectos sustanciales o materiales, ya que la Constitución ni los antecedentes constitucionales otorgan herramientas para disponer una ordenación completa del art. 19 CPR en ese sentido.

b) *Reserva de ley*. La relación entre la ley y los derechos fundamentales tiene dos perspectivas: una positiva y otra negativa. La positiva dice relación con el reconocimiento de la relevancia para la constitución de los derechos fundamentales, radicando el desarrollo del contenido constitucional en una norma de alto nivel jerárquico, estableciéndose la ley como una garantía de protección de los derechos fundamentales al imposibilitar que la normativa infra-legal regule esta materia (reserva de ley). Esta garantía positiva se fundamenta también por la rigidez que implica la regulación legal de los derechos fundamentales, al establecer las constituciones procedimientos particulares para su aprobación, modificación o derogación y la sujeción a determinados *quóruns*.²² Junto con lo anterior, la regulación por ley de los DDFF responde al criterio democrático, pues, la relevancia material de los DDFF al regular las relaciones entre los sujetos y el Estado debe ser discutida y sujeta a los criterios de ponderación reflexiva del Congreso Nacional, única instancia que recoge los acuerdos sociales básicos para la vida en común.

Desde la perspectiva negativa, la reserva de ley se asienta como un límite o restricción a los derechos fundamentales. El contenido general y vago de los enunciados constitucionales se ven restringidos por el desarrollo y regulación legal. En el contexto de complejidad social actual, se reconoce que los DDFF tienen que ser interpretados de conformidad a toda la constitución (principios de unidad constitucional), dando razón a la necesidad de una regulación del legislador en la «conformación y limitación» de los derechos en su aspecto social.²³ Frente a esta situación dialéctica, entre el DDFF y la reserva de ley, generalmente se establecen límites a esta actividad limitadora del legislador como la garantía del contenido esencial de los DF.

La CPR no consagra la reserva de ley en materia de DDFF en forma expresa a un nivel general, al no enunciar palmariamente que todos los derechos fundamentales del art. 19 deberán ser desarrollados por el legislador, sino que se extrae de determinados numerales particulares del art. 63 (por ejemplo, las leyes que en virtud de la Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales –N° 1–, o las que la Constitución exige que deben ser reguladas por ley –N° 2–). La mayoría de los enunciados normativos referidos a derechos fundamentales hacen una remisión a la ley para su desarrollo, excepcionándose de esta regla únicamente el derecho al respeto y protección de la vida privada y la honra de las persona y su familia (19.4), el derecho

²² DIEZ-PICAZO, Luis María, op. cit., pp. 99-106.

²³ GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., p. 139.

de reunión (19.13) y el derecho de petición (19.14). De igual modo, el desarrollo legislativo se extrae particularmente del numeral 20 del artículo 63 CPR que regula las materias de ley disponiendo que sólo son materias de ley “Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”, el cual se constituye como una «norma general tácita de reserva» (aunque al constituir los derechos fundamentales «constitución material» no se podría catalogar de tácita).

Paralelamente, cabe advertir que la constitución somete la regulación legislativa de los derechos fundamentales a 3 tipos de leyes: ley ordinaria, ley de quórum calificado y ley orgánica.²⁴ Se deben aprobar por ley de quórum calificado el establecimiento de la pena de muerte como excepción al derecho a la vida (19.1, inciso 3°), la libertad de opinión e información (10.12), las normas sobre seguridad social (19.18), el derecho del Estado y sus organismos de participar en la actividad económica (10.21, inciso 2°), límites o requisitos a la adquisición del dominio (19.23, inciso 2°). Asimismo, requieren de ley orgánica constitucional aquellas materias que fijan los requisitos mínimos que deben exigirse en los distintos niveles de enseñanza (10.11), la regulación de los partidos políticos (19.15, inciso 5°), las concesiones mineras (19.24, inciso 7°). El resto de los derechos y libertades fundamentales se desarrollan por ley ordinaria o simple.

La regulación constitucional y la fijación de determinados quórum nos muestra que la exigencia de acuerdos políticos mayores no está referida a criterios formales o vinculadas a alguna clasificación o categoría particular de derechos, sino que bajo patrones de sustancialidad, exigiendo consensos más amplios en sede legislativa en aquellas materias que para el constituyente tienen una relevancia social particular, como lo constituyen por ejemplo la pena de muerte, la educación, la propiedad, la seguridad social. Lo anterior permite desvirtuar cualquier razonamiento tendiente a calificar la fundamentalidad de los derechos conforme a criterios estrictos de *quórum*, pues, la exigencia de quórum altos con diversidad temática (derechos civiles, sociales, políticos referidos a derechos de libertad o de prestación) desacreditan algún razonamiento que fije preferencias de alguna categoría sobre otra.

c) *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.* La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales se ha dispuesto como un límite a la actividad desarrollada por el legislador. Este, al estar facultado para regular los derechos fundamentales al amparo de la Constitución, debe respetar en tal tratamiento el contenido esencial de los derechos, garantía que tiene por finalidad “que los derechos fundamentales no puedan ser suprimidos o alterados en su contenido constitucional mediante decisiones legislativas”.²⁵ Se ha estimado que dicha cláusula es

²⁴ El artículo 66 CPR consagra los tipos de ley y sus quórum, distinguiendo entre leyes interpretativas (3/5 de los diputados y senadores en ejercicio), leyes orgánicas constitucionales (4/7 de diputados y senadores en ejercicio), leyes de quórum calificado (mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio), leyes comunes (mayoría de los miembros presentes en cada Cámara).

²⁵ GAVARA DE CARA, Juan Carlos, “Derechos fundamentales”, en Gavara de Cara, Juan Carlos (Ed.), *Constitución, desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2004, pp. 23-28.

una consecuencia lógica del principio de constitucionalidad, en razón de que la constitucionalización de los derechos fundamentales es corolario del convencimiento de que tales derechos adquirirán una «supremacía y una estabilidad que no podrá menoscabar el legislador».²⁶ El contenido esencial no es inmutable en su significación, sino que es un concepto histórico, sujeto a las circunstancias y transformaciones sociales, pues, dicha acomodación histórica es la única que permite «evitar un anquilosamiento o petrificación de nuestro ordenamiento jurídico».²⁷

En el contexto limitativo para los DDFF representado por el desarrollo legislativo, se entiende que tal labor regulatoria debe respetar el núcleo fundamental o indisponible que tienen los derechos por expresa disposición del constituyente, estándole vedado vulnerar o alterar el contenido constitucional de los derechos. Corresponde a la jurisprudencia determinar cuál es el contenido esencial de los derechos más allá de los enunciados y determinar si el legislador ha transgredido dicho contenido constitucional indisponible.

La CPR sitúa la garantía del contenido esencial en su art. 19.26, consagrando “la seguridad que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta 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”. Este numeral se instaura como una cláusula de protección de los derechos establecidos en dicho articulado.²⁸ El Constituyente reconoce dos elementos en dicho inciso: la existencia de un núcleo fundamental e indisponible que el legislador democrático debe respetar, y que, en aquello que no constituye el contenido esencial, se debe evitar entorpecer la libre ejecución de los derechos imponiendo «requisitos de ejercicio de condiciones de cualquier naturaleza o de tributos».²⁹

Lo anterior tiene determinadas consecuencias, siendo la primera y obvia, que los derechos consagrados a nivel constitucional tienen por expreso mandato constitucional un contenido esencial, debiendo distinguir al analizar un derecho constitucional entre el contenido que conforma su núcleo infranqueable y aquel que no lo constituye, cuestión relevante al momento de examinar las posibles vulneraciones o transgresiones a los derechos. Cada derecho constitucional tiene un contenido infranqueable,

²⁶ DE ESTEBAN, Jorge; GONZÁLEZ-TREVIANO, Pedro, *Curso de derecho constitucional español I*, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1992, pp. 275-281. Contrarios a esta posición de límite al legislador, Bastida Freijedo y otros, sostienen que el contenido esencial tiene su fundamento en la propia constitucional, de manera se hace presente no frente al legislador sino que, frente a la ausencia de éste, se hace directamente presente. Señalan: “No funciona como límite al legislador ya que éste no ha actuado. Funciona como *fuentes constitucional directa* de apoderamiento al titular del derecho para que pueda accionar preservando el ámbito de libertad garantizado”. Vid AA.VV., *Teoría general de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 42 y 43.

²⁷ ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1990, p. 239.

²⁸ VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, op. cit., p. 194.

²⁹ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, op. cit., pp. 26 y 27.

pero esta sustancia indisponible está compuesta por diversos elementos concurrentes que dicen relación con los contenidos constitucionales expresados en los enunciados de cada derecho. Los diversos enunciados normativos que regulan un derecho se instituyen también como contenido esencial y el examen conjunto de los contenidos esenciales de los diversos enunciados que conforman el derecho constituirán el contenido esencial global del derecho constitucional concreto. Al analizar la jurisprudencia el contenido esencial de un derecho generalmente razona en torno al contenido esencial de determinados enunciados normativos invocados, no sobre el contenido global esencial de un derecho, aunque esto último también es posible.

El deber de respeto al contenido esencial se estructura como una garantía institucional de protección al contenido constitucional de los derechos fundamentales. Junto con el valor jurídico de los derechos como normas constitucionales de carácter material que le otorga el art. 7 CPR al establecer el principio de supremacía constitucional y la dimensión objetiva o efecto de irradiación a todo el ordenamiento de las normas sobre derechos fundamentales, la CPR dispone una cláusula protectora del contenido constitucional de cada uno de los derechos consagrados, amparando los derechos ante posibles transgresiones del poder legislativo.

A lo anterior se suma que, y de acuerdo al art. 19.26 CPR, el deber de respeto al contenido esencial es una garantía general para todo los derechos que conforman el «bloque de derechos fundamentales», siendo extensiva a todos los derechos regulados posicionando a los derechos sociales en una situación igualitaria en su oponibilidad ante el legislador, no reconociendo tal garantía a algunos derechos en perjuicio de otros. Este elemento identifica los derechos constitucionales y derechos fundamentales en la confirmación de su igual estructura constitucional.

d) *La protección reforzada de los derechos.* La CPR establece instrumentos de tutela reforzadas para algunos derechos fundamentales. La Constitución dispone 2 vías de protección de los derechos constitucionales: el recurso de protección, que ampara numéricamente a una cantidad mayor de derechos y libertades (incluye el recurso de amparo económico para tutelar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica), y el recurso de amparo (hábeas corpus) que protege la libertad personal. El «recurso de protección», regulado en el art. 20 CPR,³⁰ se instituye como el principal mecanis-

³⁰ Los derechos y libertades amparados por el recurso de protección son los siguientes: derecho a la vida y sus manifestaciones; igualdad ante la ley; garantía procesal en cuanto nadie puede ser juzgado por comisiones especiales; inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada; libertad de conciencia; el derecho a la protección a la salud en lo que respecta a la libertad de elegir el sistema de salud, sea público o privado; libertad de enseñanza; libertad de opinión e información; derecho de reunión; derecho de asociación; libertad de trabajo en cuanto a su libre elección y libertad de contratación y en lo referente a la restricción de los trabajos prohibidos; derecho de sindicación; libertad económica y no-discriminación del Estado en materia económica; libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes; derecho de propiedad; derecho de propiedad intelectual e industrial; derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

mo de tutela de los derechos fundamentales, teniendo por objeto el amparo de tales derechos como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que los priven, perturben o amenacen. Busca el restablecimiento de la situación jurídica alterada,³¹ mediante la adopción de las providencias necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurar su protección.³² La jurisprudencia ha señalado que la naturaleza jurídica de este recurso es más bien de una acción de naturaleza cautelar cuyo objeto es amparar el libre ejercicio de los derechos y garantías enumerados en el art. 20, “mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio”.³³

No todos los derechos constitucionales están amparados por esta vía directa de protección reforzada, pues, el constituyente originario basado en razones de índole económico excluyó del amparo a aquellos derechos de contenido económico y social de carácter prestacional, estimando que su inclusión generarían presiones y obligaciones al Estado que podría no estar en condiciones de cumplir, buscando proteger aquellos derechos cuya resolución en caso de vulneración fuera «fácilmente subsanable».³⁴ Es decir, los derechos incluidos en el art. 20 CPR son mayoritariamente derechos clásicos de libertad, incluyendo determinados derechos sociales de libertad (libre elección del sistema de salud –público o privado–, libertad de enseñanza, libertad de trabajo, a su libre elección y contratación y en lo referente a la no prohibición de algún tipo de trabajo, y finalmente lo referido a la libre sindicación) y el derecho complejo que representa el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (libertad/prestación).

La perspectiva histórica anterior revela que la tutela reforzada dista de ser un criterio de fundamentalidad diferenciador entre derechos, al recaer la distinción entre derechos tutelados y no tutelados no en una supuesta supremacía de determinados derechos o en el carácter jurídico de unos contra un estatus no jurídico de otros, sino en razones político-económicas y en un juicio de inmediatez protectora. El elemento económico como factor de discriminación para la tutela reforzada se erige como un elemento común estructural de diversos ordenamientos jurídico-constitucionales (por ejemplo, el Español), donde la racionalidad política interviene en la configuración jurídica de los DDFE, reconociendo que en lo referente que la consagración a nivel constitucional de los derechos como en lo concerniente a su tutela, se debe efectuar un análisis desde una perspectiva política al estar sujeta la tutela reforzada a factores extra jurídicos, específicamente, a decisiones que el sujeto político constituyente adopta en razón de diversas motivaciones ideológicas o político prácticas.

³¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentales o esenciales en Chile: evolución y contenido*, Universidad de Talca, Talca, 2000, p. 25.

³² ZÚÑIGA URBINA, Francisco, y PERRAMONT SÁNCHEZ, Alfonso, *Acciones constitucionales*, LexisNexis, Santiago, 2003, p. 74.

³³ SCS N° 2132/2002; SCS N° 1117/2002.

³⁴ VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, op. cit., p. 342.

La inclusión casi exclusiva de derechos de libertad por razones de eficiencia protectora no se nos presenta como un factor de diferenciación en la calidad jurídica entre los derechos sociales y el resto de derechos constitucionales, pues, éstos en su versión de libertad están amparados por el recurso, y no es sostenible fijar como elemento de diferenciación un criterio de “economía en la protección”, de amparo inmediato, por cuanto éste es un elemento práctico variable en el funcionamiento concreto de la protección jurisdiccional, no vinculado a la estructura y sustancia jurídica de los derechos, instaurándose como un elemento accesorio o externo a éstos. Los derechos tienen una mayor o menor intensidad de cumplimiento por decisión del constituyente o por la estructuración del aparato público estatal, no por el contenido del derecho.

e) *La reforma de los DDFE*. Finalmente, en lo referente a la reforma a la Constitución vinculada a los derechos fundamentales el art. 127, inciso 2° CPR implanta una reforma agravada para todos los derechos dispuestos en el capítulo III. Por regla general, la Constitución podrá ser reformada con la concurrencia de 3/5 de los votos de diputados y senadores en ejercicio. Como excepción a este mandato, la norma fundamental establece que ciertos capítulos de la misma requerirá para su reforma de las 2/3 partes de los diputados y senadores en ejercicio, incluyendo en tal grupo de reforma el Capítulo III sobre derechos y deberes constitucionales. El texto constitucional no establece distingos entre los diferentes derechos que conforman el art. 19, homologando también por esta vía los derechos, de modo que no podemos encontrar acá algún elemento diferenciador entre los derechos sociales y el resto de derechos.

4. CONCLUSIONES

La Constitución utiliza un criterio de asimilación entre derechos constitucionales y derechos fundamentales, no estableciendo diferencias entre los derechos fundamentales sociales y el resto de los derechos consagrados, de manera que podemos concluir que todos los derechos constitucionales tiene el carácter de fundamental. Esta homogeneidad de trato se concluye del examen particularizado de la geografía constitucional del artículo 19 CPR, de la reserva de ley, de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, de la protección reforzada de algunos derechos y de la reforma constitucional de los DDFE.

Únicamente se puede visualizar como factores diferenciales la tutela reforzada de algunos derechos de libertad y el quórum mayor para ciertos derechos. El primer elemento diferenciador responde a motivaciones extra estructurales de los derechos (eficiencia práctica o de índole económica), cuestiones que exceden a las categorías propiamente constitucionales al responder finalmente a razones propias del sujeto político. En lo que respecta al segundo elemento mencionado, las diferenciaciones de quórum responden a parámetros sustanciales relacionados con derechos de diversas categorías, y que no coinciden plenamente con los derechos de tutela reforzada.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1990.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, tomo II, Derechos, deberes y garantías, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003.
- Constitución Política de la República de Chile*, 11ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, *Revista Jurídica Ius et Praxis*, vol. 9 N° 1, 2003, www. <http://www.scielo.cl/scielo>.
- DE ESTEBAN, Jorge; GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *Curso de derecho constitucional español I*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.
- DIEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2005.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, tomo I, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, “Derechos fundamentales”, en Gavara de Cara, Juan Carlos (Ed.), *Constitución, desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2004.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo, la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- GÓMEZ BERNALES, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2005.
- GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime, en Rojas Sánchez, Gonzalo; Achurra González, Marcela; Dus-sillant Balbontín, Patricio, *Derecho político, apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1995.
- HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Panorama de los derechos humanos*, Andrés Bello, Santiago, 1973.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentales o esenciales en Chile: evolución y contenido*, Universidad de Talca, Talca, 2000.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, *Instituciones políticas y teoría constitucional*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2001.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2003.
- RUÍZ-TAGLE VIAL, Pablo, “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, *Revista de Derecho Público*, N° 63, tomo I, 2001.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco y PERRAMONT SÁNCHEZ, Alfonso, *Acciones constitucionales*, Lexis-nexis, Santiago, 2003.

Sentencias Corte Suprema y Cortes de Apelaciones:

- SCS N° 1117/2002.
- SCS N° 2132/2002.
- SCAA de Antofagasta N° 12301, de 27-01-00.
- SCAA de La Serena N° 17353, de 04/02/93.
- SCAA de Puerto Montt N° 3725, de 20-12-02.
- SCAA de Santiago N° 3421/2002.
- SCAA de Santiago N° 4743/2003.
- SCAA de Santiago N° 2180/2004.
- SCAA de San Miguel N° 223/1996.
- SCAA de Valparaíso N° 251/2001.