

# LAS MEDIDAS DE OTRO CARÁCTER

## The Other Character Measures

**Francisco Javier Jiménez Della Porta**

**RESUMEN:** El siguiente trabajo presenta la necesidad de reconocimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en virtud de que aquellos emanan de la misma dignidad de la persona humana, por tanto poseen características idénticas a los llamados derechos civiles y políticos. De esta forma se intentará desvirtuar aquellas posiciones doctrinarias en donde se establece que los DESC no tienen el carácter de absolutos en el sentido de su exigencia, pues cualquiera sea la designación que adquieren estos derechos, ambas categorías son igualmente concretadas a través de normas de menor jerarquía.

Por otra parte, la supremacía constitucional, es la que obliga no sólo a los gobiernos, sino que al Estado completo, sin distinguir entre órganos y poderes determinados, por lo cual la obligatoriedad de dar a todos los derechos inherentes a la persona, aplicación y justiciabilidad, deriva del fin mismo del Estado, la persona en virtud de su dignidad. Consagrándose en definitiva, una obligación general de los miembros del poder central con las personas, la cual puede ser desenvuelta tanto por el ejecutivo, como lo dice la costumbre clásica, o por el resto de las partes a las cuales, la comunidad les ha encomendado dicha función.

**PALABRAS CLAVES:** reconocimiento y exigibilidad, derechos económicos, sociales y culturales, supremacía constitucional, obligación del Estado.

**ABSTRACT:** The following work presents the need of recognition and recoverableness of the economics, socials and cultures rights (DESC) in virtue of those come from the same dignity of the human person, therefore it possesses identical characteristics to the called civil and political rights. In this form I will try to spoil those doctrinaire positions where it is found that the DESC do not have the character of absolute in sense of its exigency, since anyone is the designation that these rights acquire, both categories are equally made concrete across procedure of minor hierarchy.

On the other hand, the constitutional supremacy, it is the one that forces not only the governments, but to the complete State, without distinguish between organs and certain power, which the obligatiry to give to all the rights inherent in the person, application and fairness, derives from the itself end of the State, the person by virtue of it dignity. Devoting definitively, a general obligation of members to central power with the persons, which can be realize for the executive, like the classic custom, or the rest of parts to which, the community has entrusted them the above mentioned function.

KEY WORDS: recognition and recoverableness, economics, socials and cultures rights, constitucional supremacy, State obligation.

#### I- Organización legitima en base a la Dignidad de la Persona

El constituyente, por definición, es el encargado de establecer los principios, enunciados normativos y fines del pacto al cual esta dispuesto a fundar. Esta asociación, propone un proyecto dotado de independencia y de valores superiores a los individuos que la forman, presupuesto esencial de una comunidad. Se constituye en este proceso legitimario de organización social y política, cuales son los objetivos que se esperan de esta comunidad. Aquellos se forjan e irradian, pero no sólo se reflejan por la perfección de sus normas, *“sino por la adecuación y cumplimiento estricto de sus parámetros respecto del cumplimiento de los derechos humanos”*<sup>1</sup>, sin clasificación alguna, entendiendo aquellas prerrogativas en una misma categoría. Pues ellos, sean entendidos como de primera generación, sociales o de segunda, justifican el proceso de fomentar el desarrollo, la igualdad, libertad, la autodeterminación individual y social. Esta asociación efectuada por las personas se reconoce y adquiere validez en que las personas están concebidas de razón y voluntad, que posee un fin propio<sup>2</sup>. De esta forma, cada uno de los intervinientes tiene asegurada su condición inherente de actuar y ser tratado como un fin, por lo cual todos tenemos el deber de garantizar por el uso propio de su actividad. En consecuencia, la verdadera filosofía de los derechos de la persona

---

<sup>1</sup> TRAVIESO, Juan Antonio, *“Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina”*. Editorial Eudeba, Buenos Aires, Argentina.2000. p. 149

<sup>2</sup> PACHECO, Máximo, *“Teoría del Derecho”*, Editorial Jurídica de Chile, 1984. p 184

humana descansa en la dignidad y en el fin trascendente de aquella. Este ejercicio se cristaliza con el surgimiento de aquel pacto denominado Constitución.

Es en la Carta Fundamental en donde se manifiestan entre otros, la aceptación de pertenecer a un orden internacional que adopta y fomenta una salvaguardia mayor de los derechos que emanan de la naturaleza de las personas, por lo cual adhiere a convenciones y respeta los principios reconocidas por toda la comunidad global. Así, nuestra norma fundante en el ámbito de protección interno y los tratados Internacionales esencialmente de Derechos Humanos como defensa externa, generan la obligación al Estado de crear y fomentar las condiciones necesarias para la realización como individuo, ciudadano y sujeto activo de manifestaciones democráticas. El Estado por tanto, adquiere como fin y obligación, como elemento esencial de su validez y legitimidad, a la persona en virtud de su dignidad.

Indisolublemente los valores de igualdad, libertad, fraternidad son fundamento tanto de la autodeterminación individual como colectiva, pues *“la dignidad de la persona se realiza solo si existen espacios de justicia y solidaridad, y la autodeterminación de un pueblo sólo es posible si existe un proceso real de determinación de las personas y las comunidades que lo integran”*<sup>3</sup>.

Si reconocemos que el proceso de socialización entraña siempre riesgos para la integridad e identidad de cada sujeto, resulta relevante que las instituciones creadas por la sociedad, el aparato estatal y las formas de convivencia respeten adecuadamente en cada individuo su libertad de conciencia, de expresión, personal, y todas aquellas reconocidas como derecho fundamental, nacional o internacionalmente, para forjarse un pensamiento, una decisión, características propias e inmanentes de un desarrollo que debe ser asegurado.

Por otro lado, la igualdad fija las fronteras entre la sociedad y el individuo. Pues, en la sociedad todas las personas gozan de igualdad ante la ley, es decir conservan las mismas garantías y deben atenerse a las mismas normas sin distinciones motivadas por razón alguna. Esta es meramente formalista, sin extensión alguna al ámbito individual de la persona, en donde existe una desigualdad real. No existe una persona igual a la otra, cada una de ellas posee particularidades inéditas que constituyen su personalidad, lo que en consecuencia determina su nivel de concreción y desarrollo. Esta desigualdad real,

---

<sup>3</sup> JIMENEZ Mónica, DOMINGUEZ Andrés, *“La Educación Para la Dignidad y el Ejercicio de los Derechos Humanos”*, en Revista Chilena de Derecho vol. 28 N°, pp. 401-412. p 410

que expresa la diversidad, “no puede repercutir en el desarrollo de un orden que discrimine a las personas por sus características”<sup>4</sup>

Íntimamente relacionado a las exigencias propias de la dignidad dirigidas al Estado, la noción que predomina este derecho es la de crear las condiciones necesarias para hacer efectivas las prerrogativas predispuestas. Esta expresión puede asimilarse a la vida digna<sup>5</sup>. Esta pone en evidencia las necesidades básicas de las personas, las cuales deben ser protegidas, pues es imposible pensar en un respeto a los derechos fundamentales si no se encuentran asegurados los derechos básicos y con ellos las condiciones para que un Estado y su población se desarrollen dignamente. Se entiende, por tanto que el goce de los derechos civiles y políticos esta intrínsecamente relacionado con el de los derechos económicos, sociales y Culturales.

Si no se cumple con este requisito surge la indigencia, disfrazada por algunos como pobreza absoluta, la cual inminentemente impide el libre ejercicio de otros derechos y, quizás lo más intolerable de esto, niega la libertad.

Entonces, las demandas de a mediados de siglo XIX, la Constitución Francesa de 1848, el surgimiento del Constitucionalismo Social, y el apareamiento posterior a la Segunda Guerra Mundial del Constitucionalismo Democrático Social, no son sino que profundización de la protección y reconocimiento de derechos inherentes al individuo, propios de su naturaleza.

Así, los derechos económicos, sociales y culturales (Desc) tienen como fundamento dos aspectos, igualdad de oportunidades y la vida digna para todas las personas. Los cuales son “verdaderos en la medida que tengan un reconocido contenido esencial”<sup>6</sup>. Ellos proponen un mínimo social cardinal o niveles mínimos de igualdad social<sup>7</sup>.

Estos derechos devienen del carácter axiológico y teleológico de la Constitución, por lo cual en algunas Constituciones como en la nuestra, se establecen como normas programáticas, lo que para muchos es entendido como sinónimo de pétreas, como lo entiende MARTINEZ “la inclusión de derechos sociales prestacionales en la Constitución garantiza jurídicamente bien poco, y políticamente a lo más puede

---

<sup>4</sup> BUGUEÑO Mario, ESCALONA Lorena Y Otros, “Contenidos Fundamentales de Derechos Humanos para la Educación”. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. 1995. p 23

<sup>5</sup> BUGUEÑO Mario, ESCALONA Lorena y otros, op.cit. p 25

<sup>6</sup> NOGUEIRA Humberto, “El Constitucionalismo Contemporáneo y Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en revista Estudios Constitucionales {en línea}, Universidad de Talca, año I. N° 2003. p. 150. disponible en [www.cecoch.cl](http://www.cecoch.cl)

<sup>7</sup> FERRAJOLI Luigi, “Iuspositivismo Critico, Democracia Constitucional”, en Isonomia N° 16/2002, pp. 8-20. p 14

*garantizar que los poderes políticos no deroguen tales derechos*”<sup>8</sup> para otros dependientes o prestacionales, lo último no deja de ser cierto, pero es insuficiente como argumento para negarlos. Por lo pronto, al poder atribuírseles el carácter de prestacionales (algunos), no dejan de ser derechos porque ellos no están lo suficientemente garantizados, como señala FERRAJOLI, la exigencia al Estado es precisamente garantizarlos ya que la garantía depende de una decisión política-económica del Estado”<sup>9</sup>.

La tendencia defendida por HESSE, MAYORGA, MARTINEZ, entre otros, efectúa una dependencia entendida de forma inversa a la nuestra, pues menciona que los derechos Desc dependen de la capacidad, voluntad y eficiencia económica del Estado de turno, no siendo absolutos, sino que entregados a dichas variaciones. Pero si entendemos esta idea central, necesariamente deducimos que todos los derechos dependen de la voluntad del Estado de paso, pues todos y cada uno de ellos necesariamente quedan en cuanto a su limitación, supeditados a la actividad legislativa, *“todos los derechos fundamentales, requieren una legislación que les haga aplicables. Incluso el derecho a la vida no estaría garantizado si no estuviese puesto el delito de homicidio*”<sup>10</sup>

Nuestra visión es inversa, ya con el reconocimiento constitucional, ellos se hacen exigibles y son derechos subjetivos para las personas, aun cuando antes de ser derechos fundamentales ya eran de la naturaleza de los individuos. Lo que sucede es que el papel del garantismo estatal se circunscribe a *“una adecuada técnica jurídica de su configuración, determinando el sujeto pasivo de la obligación de su respeto y aseguramiento*”<sup>11</sup>

Por otro lado, al consagrarlos se pretende progresividad de aquellos, labor encomendada no sólo a los aspectos administrativos y legislativos del poder central, sino que también demanda la actuación del Poder Judicial y del protector último de la Constitución, vale decir, Tribunal Constitucional.

Importantes son las palabras de CEA a favor de la premisa establecida anteriormente, *“La Constitución plena, derivada de la incorporación, a su texto de atributos socio-económicos, no ha culminado en proclamaciones externas ni en declamaciones*

---

<sup>8</sup> MARTINEZ José Ignacio, *“Los Derechos Sociales”*, en PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *“Lecciones de Teoría Constitucional”*. Madrid, Colex. 1997. p 275

<sup>9</sup> NOGUEIRA Humberto, Op cit, p. 152

<sup>10</sup> FERRAJOLI Luigi (traducción de Miguel Carbonell), *“La Esfera de lo Indecible y la División de Poderes”*, en revista Estudios Constitucionales {en línea}, Centro de Estudios Constitucionales de Universidad de Talca, año 6 n° 1 2008. p 342. disponible en [www.cecoch.cl](http://www.cecoch.cl)

<sup>11</sup> NOGUEIRA Humberto, loc. cit

*retóricas, por el contrario, la mayoría de la población ha encontrado en las garantías de esas declaraciones un cúmulo de razones prácticas para creer en la Ley Suprema, identificarse con ella y defenderla”<sup>12</sup>.*

Deriva de lo anterior, la necesidad imperante de que todos los órganos de poder sean capaces de conservar, proteger y fomentar el progreso de los Desc, con el fin de que la población entienda que sus derechos innatos, se reconocen y se perfeccionan por esa Institución derivada de su propia organización.

## II- Las Medidas de Otro Carácter

Señala la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo segundo, un aspecto que podríamos llegar a denominar como atípico para el Derecho Constitucional clásico. Decreta el deber de los Estados de adoptar de acuerdo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas *o de otro carácter* que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Contiene esta norma internacional un elemento de juicio respecto de las facultades de los poderes del Estado, los cuales por la teoría clásica de su separación, salvo algunos frenos y contrapesos, tienen sus competencias formales bastante definidas. Esto no ha dejado de ser positivo, en cuanto a la independencia de unos con otros, o la repartición de un poder central absoluto, justificación de su creación por lo demás, pero a la vez genera una insuficiencia de actuaciones del Estado Democrático, aquella Institución creada para estar al servicio de los individuos constituidos en comunidad. Así, se han entendido las competencias de uno y otro órgano estatal, aplicar justicia, legislar y administrar, todas las cuales en el Estado de Derecho moderno, no agotan su actividad.

Este factor es el principal aspecto que produce una insuficiencia no sólo de las demandas sociales, sino que también de las obligaciones positivas al Estado, entregadas en la misma Constitución, obligaciones que están dentro de *“la esfera de lo decidible”<sup>13</sup>*. Esta ejecución generada por el Constituyente, no tiene opción de convertirse en un

---

<sup>12</sup> CEA José Luis, *“Aproximación a la Teoría Constitucional Contemporánea”* en revista Estudios Constitucionales {en línea}, Universidad de Talca, año I. N° 2003. p. 39. disponible en [www.cecococh.cl](http://www.cecococh.cl)

<sup>13</sup> FERRAJOLI Luigi, op cit, p.343

elemento programático, sino que es una sujeción impuesta al legislador, para garantizar los Desc.

Por lo tanto, es en este enunciado en donde se plantea el deber directo de actuar por parte de todo el Estado para potenciar y maximizar, en palabras de CANCADO TRINDADE *la expansión, acumulación y fortalecimiento de los derechos humanos con una visión integrada de los derechos humanos*<sup>14</sup>, no agotándose a las acciones legislativas, siendo este compromiso, una obligación internacionalmente exigible. Por así decirlo, es la inconfundible distinción entre género – especie. Es el género, la obligación del aparato estatal, es especie, por otro lado, la medida legislativa. Lo que nos conlleva a dos mensajes para la organización del Estado, siendo quizás el segundo de ellos de mayor importancia en un Estado Democrático Constitucional: legislativos e interpretativos.

Legislativos, debido a que los Desc son evidentemente limitados en cuanto a contenido, lo que en consecuencia podría eventualmente producir un retraso en la conciencia de los sujetos de aquellos derechos, vale decir las personas en su forma individual y el conjunto de ellas, como pueblo, como sociedad. Estas garantías protegen y amparan en su estrecha dependencia las prerrogativas de la igualdad, generando las condiciones propicias para que estas se presenten eficazmente, como un valor y con neutralidad real. Esto con la manifiesta comprensión de que aún subsisten resquicios de la conciencia netamente positivista del ordenamiento jurídico chileno, lo que vuelve complejo pensar en un respeto a los derechos fundamentales si no se encuentran asegurados como derechos básicos y con ello las circunstancias para que la persona y la sociedad se desarrollen en igualdad de dignidad.

Es un mensaje – deber al legislador de dar progresividad a los Desc y consecuentemente mayores grados de exigencia, pues sin un reconocimiento, no existe un elemento en primer termino, que lo logre adecuadamente.

Al presentarse los inconvenientes formales dirigidos en aquellos derechos principalmente de Segunda y Tercera Generación, discusiones en torno a la necesidad de prestación estatal o de la comunidad para concretar aquellos derechos denominados sociales, nos enfrentamos con impedimentos que entorpecen la concreción de valores esenciales que emanan del sujeto por su dignidad, mayores y superiores a la condicionante de la política particular de un Estado que tenga la voluntad de definirlos

---

<sup>14</sup> CANCADO TRINDADE, Antonio, “*El Derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*”. Editorial Jurídica de Chile. Año 2001. p. 132.

en mayor o menor medida. En este punto, surge la labor en primer lugar del juez, calificador y aplicador de la norma, positiva o reflejada en un postulado constitucional fundante de aquella y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, quien tendrá la sublime y distinguida tarea de equilibrar las condiciones, disminuir discriminaciones, no arbitrariamente, sino con voluntad de Constitución.

NOGUEIRA sostiene que *“sin exagerar, toda cuestión constitucional, depende en último término, de la interpretación constitucional y de los derechos fundamentales asegurados y garantizados por ella”*<sup>15</sup>.

Por tanto, a través de los mecanismo propios y exclusivos de la Hermenéutica Constitucional, se pretende lograr encontrar un significado a aquellos problemas que se presentan en torno a la sociedad que voluntariamente la conforme como tal, y que espera de ella, irradiar sentimientos y objetivos comunes, pero a su vez disminuyan aquellos desvalores al momento de elegir su plan de vida. En este sentido se construye nuestro ideal de interpretación de aquellos axiomas constitucionales que informan pero a la vez fijan todo el ordenamiento jurídico. Ellos son indispensables para delimitar el actuar legislativo y para ampliar, de acuerdo a juridicidad y no a arbitrariedad, la interpretación judicial y administrativa.

## II a)- Deber Legislativo

Al consagrar aquellos derechos inherentes por naturaleza de los individuos, en el catalogo de los derechos fundamentales en la mayoría de las Constituciones a nivel global, no solamente se esta efectuando un proceso más garantista de aquellos derechos propios, sino que el radical deber de dar progresividad que recae en el legislador, en cuanto al desarrollo legislativo del contenido esencial que ya esta forjado en ellas. Es de esta forma, que la obligación que tiene este órgano del Estado, no únicamente con sus individuos sino que internacionalmente como ya lo señalábamos en párrafos anteriores, no se limita a aquellas de no hacer, es decir tenerlos en el numero constitucional y ser símbolo de un Estado más o menos democrático por su integración formal. Es esencialmente inherente a aquellos la imposición de hacer, de actuar, de no omitir la presencia de estos en la Carta Fundamental, con lo cual se les concibe como directrices

---

<sup>15</sup> NOGUEIRA Humberto, *“Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos”*, editorial LibroTecnica, Santiago de Chile. 2006. p 17



propias y actuación determinada, sin la cual se produce una situación de vacío, lo que origina una mera declamación.

La fuerza vinculante de la Constitución opera, por tanto, de forma inmediata, con el objeto de garantizar los Desc, teniendo estos o no la imposición próxima de realizarse. Es principalmente este punto el que justifica la exigencia de inconstitucionalidad por omisión, la cual si bien no existe en nuestro ordenamiento jurídico de carácter expreso, si lo es en muchos países, a saber entre otros, Portugal, Brasil, Venezuela, Costa Rica. Se produce aquella bajo el presupuesto de incumplimiento de una obligación, sea esta expresa en el enunciado constitucional, o implícita en los valores y lineamientos que irradia el ordenamiento magno, de desarrollarlos legislativamente.

Sin entrar en la discusión meramente formal <sup>16</sup>si existe o no en Chile, en la práctica las sentencias recomendativas del Tribunal Constitucional, vale decir aquellas que dirigen recomendaciones al Parlamento de cómo legislar una determinada materia o de cuando debe hacerlo, de manera que se repare una inconstitucionalidad por omisión legislativa, tienen en sí un ejercicio legítimo, el cual, junto con el objetivo de la creación de estos tribunales, es la Supremacía Constitucional y la garantía de esta. De esta forma, el Juez Constitucional no se adjudica para sí la función legislativa, ni tampoco se constituye como legislador positivo, como podría suceder en el caso de las sentencias aditivas. La actuación, entonces, primordial que efectúa este órgano es exclusivamente constatar ex ante, la inactividad o vacío del legislador en su ejercicio, lo que se traduce que ex post, será necesariamente la declaración de inconstitucionalidad, ya sea por silencio del legislador que produce una situación contraria a la Constitución, o de partida no cumple con la obligación, ya sea expresa o tácita, nacional o internacional de operar. El caso chileno más notable es la sentencia rol 464-01-006 del Tribunal Constitucional nacional.

## II b) Deber del Poder Judicial y Tribunal Constitucional como Principal Protector de la Constitución

---

<sup>16</sup> Ver BULNES Luz, “*La Inconstitucionalidad por Omisión*”, en revista Estudios Constitucionales {en línea}, Centro de Estudios Constitucionales de Universidad de Talca, año 4 n° 1 2006. Disponible en [www.cecococh.cl](http://www.cecococh.cl)

Al inicio de este capítulo comentábamos el enunciado internacional de la Convención Americana de Derechos Humanos, en donde se establece una obligación general del Estado, en todos los derechos contenidos en ella. Sin distinción. Esta observación no deja de ser fundamental para el Constitucionalismo en general, así señala LLORENTE, *“la teoría de la interpretación es hoy el núcleo central de la teoría de la Constitución. Valdría añadir que en la medida que el Estado Contemporáneo es precisamente Estado Constitucional, el problema de la Interpretación es también el problema central de la Teoría del Estado”*

Con la evidente evolución del constitucionalismo moderno, con el entendimiento de que la teoría kelseniana es puramente formal y simplista por cuanto no considera la complejidad y legitimidad de la legalidad en el Estado Constitucional de Derecho, entendiendo solo la producción de normas en un sentido formal en cuanto a competencia o procedimientos de formación de ley, sin entender la sustancia de esta misma, debemos decir que la Constitución ya no es aquella norma jurídica fundamental formalista, por lo pronto mantiene este rasgo positivo, pero además es una norma declarativa de valores y principios.

Asimilando esta nueva forma de concebir la Carta Fundamental, es necesario que la comprensión, interpretación y aplicación de ella, no necesariamente coincida con aquellos criterios, técnicas y objetivos del método clásico de Hermenéutica jurídica, sino que tiene su propia Hermenéutica Constitucional.

Evidentemente, la Hermenéutica Constitucional es plausible en el efecto de dar una exigibilidad directa de sus normas, no sólo entendiendo su formulación preceptual como tareas programáticas, sino que garantizados y satisfechos cuantiosamente. Este punto lo conceptualiza FERRAJOLI a través del Garantismo, *“bajo este aspecto, (Garantismo) se presenta la otra cara del constitucionalismo, estando encaminado a formular técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente”*<sup>17</sup>.

Respecto de los elementos propios del Constitucionalismo podemos señalar además que existen principios que lo informan, como aquella irreversibilidad de los derechos humanos, el principio pro homine, elementos no contenidos en las relaciones entre privados, pues seguramente una u otra rama del Derecho tienen como finalidad regular aspectos propios de su “competencia”. Sin perjuicio de esto, debemos remarcar que con

---

<sup>17</sup>FERRAJOLI Luigi, op. cit, p 16

esta nueva forma de concebir la Constitución, se produce el efecto de la constitucionalización del sistema jurídico completo de cada país, sometiendo por que no, las normas básicas de las relaciones jurídicas privadas, a este nuevo régimen constitucional.

En lo pertinente a los Desc, podrían aplicarse en cumplimiento de la obligación por parte de estos poderes del Estado y sólo por desarrollar algunos, tres métodos de interpretación constitucional favorables a la consecución de la exigibilidad de aquellos: El Uso Alternativo del Derecho, el Principio de Progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, El Postulado de Máxima Efectividad de las normas constitucionales.

a) El Uso Alternativo del Derecho:

Definido por Modesto Saavedra, se entiende por *“uso alternativo del derecho la propuesta, tanto de carácter práctico como teórico, de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora; o lo que es lo mismo, de ampliar los espacios democráticos en el nivel jurídico de una sociedad determinada”*<sup>18</sup>.

Por otro lado, NOGUEIRA lo limita a una propuesta legitimadora, como protección de los más débiles. Es inminente el carácter legitimador que posee esta propuesta de interpretación dirigida principalmente al poder judicial y Corte Constitucional, como entes interpretadores y calificadores de normas, sin perjuicio de los demás operadores jurídicos y la sociedad en general como práctica democrática. Sin embargo no lo concebimos a modo de protección, sino que favorable a desentrañar y modificar aquellas disposiciones normativas, constitucionales o legales, que se configuren en desmedro de la igualdad de oportunidades, comunes especialmente en lo referido a igualdad sustancial.

Pues bien, en el conflicto que se suscite por ejemplo entre la omisión del legislador o la baja aplicabilidad de los tribunales inferiores de justicia con los Desc, es una *condictio sine qua non* interpretarlos a favor de aquellos que buscan la ocasión de desarrollar su libertad, y desde luego su dignidad. Así, el uso alternativo del derecho es esencial en materia de consecución del desarrollo de la personalidad en cuanto a su protección, pues

---

<sup>18</sup> NOGUEIRA, op. cit. p. 99

al momento de presentarse las desigualdades, será el ente interprete básicamente el que inquirirá en una solución del caso en cuestión, propendiendo a un equilibrio de la satisfacción de la necesidad personal de obtener un margen igualitario de oportunidades. No se trata de pretender a los menos favorecidos como más débiles, sino que tenerlos presente de forma continua, en un ponderación propia de interpretar. *“Entonces al juez le corresponde, como artífice de la decisión, una responsabilidad que no le cabe trasladar exclusivamente a la ley. Y ello ocurre cuando actúe como el Estado de derecho y el sistema jurídico exigen de él”*<sup>19</sup>.

En estas palabras se encuentra inmersa, no sólo la idea de que a través de la aplicación legal el juez podrá crear aquellas condiciones de igualdad, sino que es su propio contexto histórico el que lo vincula a generar las circunstancias necesarias para que el mayor número de personas puedan y deban exigir los Desc para alcanzar una libertad e igualdad material.<sup>20</sup> Con todo, este método de interpretación constitucional nacido en Italia, requiere de una interrelación con otros aspectos tales como las relaciones económicas, sociales y políticas, pero siempre con miras a un cambio social, aquella necesidad funcional de un mínimo social esencial, en términos Rawlsianos.

b) El Principio de Progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales

Su contenido esta supeditado al nivel de eficacia que tienen este tipo de derechos, en la medida que su consecución esta dada por prestación estatales, dependientes del nivel económico que aquel tenga, la fracción que se determine a la realización de estos a través del gasto público y de las políticas propias del gobierno de turno. Es por lo visto, que deben valerse continuamente, pero equilibrada y condicionada en su forma. En fin, implica una gradualidad en su ejecución y perfeccionamiento, para que los sujetos puedan hacer efectivo el reconocimiento de aquellos y obtener el pleno ejercicio de ellos. Unido en este sentido, se encuentra el principio de la interdicción de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el cual brevemente consiste en que aquellos derechos nombrados anteriormente una vez limitados constitucionalmente se constituyen como limites a la soberanía, por lo cual se forja la prohibición de que se realicen actos legislativos, de carácter jurisdiccional e incluso de

---

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 101

<sup>20</sup> En esta línea a fallado en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional Colombiana, por ejemplo.

administración de gobierno, que tengan como fin crear órdenes nocivas al ejercicio de ellos.

Ambos principios proponen estabilidad por un lado e irretroactividad por el otro, mas no una fuerza u obligatoriedad de mejorar la prestaciones, luego del reconocimiento del derecho, factor determinante a la hora de conceder a la persona humana los Desc, los que deben ser acompañado por la actividad continua, periódica y eficaz de las entidades reconocedoras de las prerrogativas, propias de la dignidad humana, pues *“las constituciones son, por decirlo de alguna manera, utopías de derecho positivo, que aunque jamás serán realizables a la perfección establecen, sin embargo, en cuanto derecho sobre derecho, las perspectivas de transformación del derecho mismo en la dirección de la igualdad en los derechos fundamentales”*<sup>21</sup>.

c) El Postulado de Máxima Efectividad de las normas constitucionales o fuerza normativa de la Constitución

Pretende su empleo que el intérprete al momento de realizar el proceso propio de la interpretación, calificar la norma determinada, lo efectúe de acuerdo a la historia de este, a su contexto, en virtud de su específica eficacia

Se busca que a través este método interpretativo el precepto no este alejado o constituido en abstracto en el derecho vigente y no que rija de la misma manera y efectividad en un espacio y tiempo cualquiera, sino que adecuado a su realidad determinada, en virtud de las necesidades de la sociedad.

La invitación esta extendida a no quedarnos con una forma de interpretar clásica los Desc, sino que a entender nuestra Carta Fundamental como una norma dinámica, otorgándonos en palabras de PERRY, el derecho a cada generación a vivir su Constitución. Es nuestra época, es nuestro tiempo el encargado de corregir aquellas desventajas objetivas que se presentan derivadas de una formación programática esencialmente, carente de innovación, para que se deba *“aplicar el principio de interpretación evolutiva en materia de derechos fundamentales, el cual es análogo al principio de interpretación dinámica de la Constitución, en la medida que exige al interprete analizar el caso a la luz de las condiciones de vida actuales”*<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> FERRAJOLI Luigi, op. cit. p. 14

<sup>22</sup> NOGUEIRA, Humberto, op. cit, p. 386

Quizás, es insuficiente lo planteado en cuanto a la exigencia de cumplimiento de los Desc, pues al criticar principalmente la clásica separación de funciones, no aportamos sino que la participación de estos mismos en el cumplimiento de tales derechos, incluyendo al Tribunal Constitucional. La oportunidad se presentará tempestivamente para que, en concordancia con las actuales necesidades de cumplimiento y de legitimidad de un Estado Democrático Constitucional, sean creadas nuevas instituciones basadas en su fuente más propia, el voto y la elección popular, vale decir el pronunciamiento de la voluntad de la comunidad para como canalizar y hacer efectivos los Desc, exigencia de nuestro tiempo, de nuestra época y de nuestra forma de vivir, nuestra Constitución, sin que esta sea vista como un testamento, en donde todo ya está dicho, sin que lo dicho sea legitimado por un constituyente propiamente tal.

## BIBLIOGRAFIA

TRAVIESO, Juan Antonio, “*Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina*”. Editorial Eudeba, Buenos Aires, Argentina.2000.

PACHECO, Máximo, “*Teoría del Derecho*”, Editorial Jurídica de Chile, 1984.

JIMENEZ Mónica, DOMINGUEZ Andrés, “*La Educación Para la Dignidad y el Ejercicio de los Derechos Humanos*”, en Revista Chilena de Derecho vol. 28 N°, pp. 401-412.

BUGUEÑO Mario, ESCALONA Lorena Y Otros, “*Contenidos Fundamentales de Derechos Humanos para la Educación*”. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. 1995.

NOGUEIRA Humberto, “*El Constitucionalismo Contemporáneo y Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, en revista Estudios Constitucionales {en línea}, Universidad de Talca, año I. N° 2003. Disponible en [www.cecoch.cl](http://www.cecoch.cl).

FERRAJOLI Luigi, “*Iuspositivismo Critico, Democracia Constitucional*”, en Isonomia N° 16/2002, pp. 8-20.

MARTINEZ José Ignacio, “*Los Derechos Sociales*”, en PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, “*Lecciones de Teoría Constitucional*”. Madrid, Colex. 1997.

FERRAJOLI Luigi (traducción de Miguel Carbonell), “*La Esfera de lo Indecidible y la División de Poderes*”, en revista Estudios Constitucionales {en línea}, Centro de Estudios Constitucionales de Universidad de Talca, año 6 n° 1 2008. Disponible en [www.cecoch.cl](http://www.cecoch.cl)

CEA José Luís, “*Aproximación a la Teoría Constitucional Contemporánea*” en revista Estudios Constitucionales {en línea}, Universidad de Talca, año I. N° 2003. Disponible en [www.cecoch.cl](http://www.cecoch.cl)

CANCADO TRINDADE, Antonio, *“El Derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI”*. Editorial Jurídica de Chile. Año 2001.

NOGUEIRA Humberto, *“Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos”*, editorial LibroTecnica, Santiago de Chile. 2006.

BULNES Luz, *“La Inconstitucionalidad por Omisión”*, en revista Estudios Constitucionales {en línea}, Centro de Estudios Constitucionales de Universidad de Talca, año 4 n° 1 2006. Disponible en [www.cecoch.cl](http://www.cecoch.cl)