

Otras propuestas sobre derechos constitucionales

Sebastián Soto

El debate en torno a los derechos es de aquellos en los que, como pocos en materia constitucional, lo más prudente es ser conservador. Es decir, avanzar con especial cautela al momento de modificar el catálogo de derechos. Toda inclusión de un derecho nuevo o modificación de los actuales tendrá efectos difíciles de adelantar y que sólo sobre la marcha podrán ponderarse. Intuyo que es esa cautela la que ha llevado a que, en los 25 años desde el retorno de la democracia, el capítulo que menos cambios tiene es el capítulo de los derechos.

De las presentaciones me surgen algunas inquietudes.

1. Efecto horizontal de los derechos. Me parece que es sumamente relevante abordar este tema de forma explícita. La propuesta de Miriam Henríquez es atractiva cuando dice que en la enunciación de los derechos debe siempre identificarse al destinatario. Creo que aquello permitiría guiar de forma mucho más precisa la aplicación futura. Por eso ello debiera plantearse respecto de todos los derechos del catálogo.

2. En la estructuración del catálogo es necesario ser deferente con el texto actual en el sentido que, la mayor de las veces, el texto vigente ha sido interpretado por los operadores jurídicos siendo su alcance y contenido generalmente predecible. Una nueva redacción, por más bien intencionada que sea, siempre corre el riesgo de romper con la tradición interpretativa del derecho en cuestión sin tener conciencia de aquello. Una frase nueva o una palabra menos puede cambiar la interpretación que los jueces hagan del derecho con consecuencias difíciles de adelantar. Por eso todo el debate de los derechos debe partir desde el texto vigente.

3. Respecto al derecho de propiedad. Me alegra que ninguna de las dos presentaciones haya hecho suyo esa propuesta del programa de gobierno que sólo incorporaba ambigüedad a un texto que será siempre motivo de polémica (“La propiedad obliga y su uso debe servir al bien común”). ¿Cuál podría ser el efecto

de incorporar esa cláusula? ¿Cómo jugaría con la función social? ¿Implica acaso una doble subordinación de la propiedad privada respecto de lo colectivo? Con todo, si es que se quiere modificar el derecho de propiedad, una forma de fortalecerlo es hacerse cargo de las regulaciones expropiatorias. Es decir, abordar con mayor densidad el caso de regulaciones que, sin expropiar ni indemnizar, afectan intensamente el derecho que tiene el titular. También podría incorporarse una cláusula como la contenida en la Constitución de EE.UU. que prohíbe las leyes –y otras regulaciones, puede agregarse– retroactivas.

4. Creo que no deben incluirse en la Constitución nuevos DESC. Considero que transformar legítimas aspiraciones colectivas en derechos pone el énfasis donde no debe estar. Como he escrito en otra parte (Soto Velasco 2014), cierto discurso constitucional ha puesto demasiada confianza en la consagración positiva de derechos sociales como herramienta eficaz para aumentar el bienestar de la población y en dejar la defensa de éstos en manos de los jueces. Si se mira la historia de nuestro país podemos concluir otra cosa: las declaraciones constitucionales, la consagración de derechos sociales o su justiciabilidad, poco han influido en los aumentos de los índices de bienestar en áreas como la educación, la salud o la vivienda. Por el contrario, son las políticas públicas las que han permitido cambios reales en la satisfacción de las demandas sociales.

5. Por eso soy escéptico de catálogos extensos repletos de sueños y aspiraciones sociales en busca de elevar nuestro bienestar. También soy escéptico de crear garantías judiciales a todos los derechos. Sugiero crear, para algunos de los derechos sociales hoy existentes, garantías administrativas que permitan reclamar la prestación en los casos en que la ley lo autoriza, ante autoridades administrativas a cargo.

6. Por último, no me parece que los tratados internacionales sobre derechos humanos deban tener rango constitucional. Ello, ante todo, aleja la deliberación en torno a los derechos de nuestro país y tradición constitucional y la lleva a organismos extraños que no asumen consecuencia alguna por sus interpretaciones. Es claro el déficit democrático que ello puede generar. Considero que la actual ubicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos configurada por el Tribunal Constitucional es adecuada. Es decir, no tienen rango constitucional y pueden ser declarados inaplicables.



TABLA I
Listado de las propuestas sobre derechos constitucionales

I. Derechos	
¿Forma de consagración: como garantía, como objetivo político, ambos, otros? Distinción básica: derechos civiles y políticos (DCP); derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y derechos “colectivos”.	
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • DCP garantizados judicialmente. DESC consagrados como objetivos o fines prioritarios del Estado y como garantías, aunque la acción judicial para su protección no debe invocar la Constitución directamente, excepto en el caso de educación. • Contrario a la consagración constitucional de una garantía de goce progresivo de los derechos, de utilización máxima de los recursos disponibles en la satisfacción de los DESC, de asegurar procesos eficientes y mínimos constitucionales. • Agregar como garantía el que toda política pública “no discrimine arbitrariamente, sea elaborada con transparencia y garantizando las formas de participación que la ley determine”. Asimismo, agregar la obligación de las autoridades de rendir cuenta en la forma que determine la ley. • No hay “contenido esencial” en los derechos. • Las materias relativas a los derechos “colectivos” como los que, por ejemplo, tendrían los pueblos indígenas, que sean tratadas en la parte orgánica de la Constitución y no en esta dogmática.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • Un capítulo para todos los derechos (DCP y DESC), que contenga: derechos (incluidos los relativos a la nacionalidad y ciudadanía), su acción de tutela y tratados sobre DDHH. Para todos estos derechos debe haber una “garantía estructural” que precise: titular, destinatario y contenido. La idea es que configuren reglas y no principios. • No hay “contenido esencial” en los derechos. • Derechos “colectivos” de los pueblos indígenas: derecho a propiedad de sus tierras y aguas, identidad y cultura propias, libertad religiosa y educación intercultural bilingüe, formas propias de organización social, y consulta indígena; derecho a la participación política a través de sus representantes en los órganos del Estado, tanto de elección popular como de nombramiento por autoridad; y derecho al uso, disfrute y administración preferente sobre los recursos naturales, renovables y no renovables, existentes en sus territorios.

<p>Jaime Bassa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • DCP y DESC consagrados de manera equilibrada. Su exigibilidad depende de la configuración constitucional de los elementos propios de cada relación jurídica y de la habilitación competencial a la regulación legislativa. • En general, de acuerdo con Jaime Gajardo y Miriam Henríquez.
<p>Arturo Fernandois</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Una serie de mitos han distorsionado el debate, por ejemplo, que habría un rol desmedido del derecho de propiedad bloqueando políticas sociales, que la función social de la propiedad tiene un papel irrelevante o que el efecto irradiación de la subsidiariedad sobre algunos derechos también sería irrelevante. Son mitos sin fundamento en la realidad. • La opinión que señala que los DESC han sido menospreciados por la Constitución vigente es errada. El uso de la llamada “propietarización” de los derechos como mecanismo para proteger DESC inicialmente no cubiertos por el recurso de protección no puede reprocharse. Es un mecanismo legítimo y que ha sido usado con prudencia por las Cortes. • Hay una dimensión técnica que no ha sido evaluada: el papel del legislador. Mucho se discute sobre la exclusión de la justiciabilidad de algunos DESC, pero no se repara que también están excluidos el derecho al debido proceso o la igualdad de repartición de tributos. Esto tiene que ver con el papel que se quiere dar al legislador, especialmente en la configuración del núcleo esencial de los derechos. • Si el avance a un Estado más involucrado en garantizar DESC exige agregar éstos al recurso de protección, sería procedente, a condición de que la ley franquee procedimientos, medios y prestaciones que permitan al juez, sin quiebre de la legalidad, concurrir al amparo solicitado. • No a la inclusión de derechos “colectivos”.
<p>Jaime Gajardo</p>	<ul style="list-style-type: none"> • DCP y DESC deben consagrarse como garantías y como objetivos políticos, a fin de avanzar hacia un Estado Social y Democrático de Derecho. • Las garantías y objetivos políticos tendrán la forma de reglas o principios, dependiendo de cuán desarrollados estén en el texto constitucional. De acuerdo con Miriam Henríquez en construir un capítulo para todos los derechos. • Principios generales para la consagración e interpretación de los DESC: de medidas inmediatas, no regresividad, progresivo desarrollo y prioridad.

	<ul style="list-style-type: none"> • Agregar el derecho a la vivienda y el derecho a la negociación colectiva y a la huelga como derechos separados e independientes de la libertad de trabajo. Reformular el derecho a la educación, agregando el derecho a la educación superior gratuita, a la salud y a la seguridad social. • Derechos de los pueblos indígenas que incluyan, a lo menos, derecho a la supervivencia cultural, de educación y diversidad cultural, de protección de lenguas y de prácticas culturales y económicas; derechos especiales de representación política, derechos “colectivos” a la propiedad indígena y derecho a la consulta indígena. Otras “minorías culturales” podrían gozar de estos derechos también. • Incorporar una cláusula general de libertad como la de la Constitución de Argentina. En esto de acuerdo con José Francisco García.
<p>José Francisco García</p>	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Jorge Correa en el sentido de distinguir entre DCP y DESC, a fin de que sean garantías sólo los primeros, mientras los segundos sean sólo objetivos políticos. Sugiere mirar aquí el ejemplo de la Constitución Suiza de 1999. • Mejoras respecto de los DCP. Por ejemplo, igualdad ante la ley “incluyendo las categorías sospechosas de discriminación”, y la reserva legal para el derecho de reunión. • Revisar con “goma de borrar”, en la expresión de Jorge Correa, la regulación excesiva de algunos DCP, incluyendo los de propiedad y libertad de asociación. Revisar, también, el esquema general de reserva legal, terminando con las reservas múltiples. • No a la inclusión de derechos “colectivos”, sin perjuicio del necesario reconocimiento del carácter multicultural de nuestro Estado, de nuestros pueblos indígenas y de mandatos al legislador para promover a través de políticas públicas iniciativas en materia de educación, cultura y consulta. • Incorporar una cláusula general de libertad como la de la Constitución de Argentina. En esto de acuerdo con Jaime Gajardo.
<p>Pablo Ruiz-Tagle</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Los derechos deben consagrarse como garantías a fin de avanzar hacia un Estado Social y Democrático de Derecho. De acuerdo con Miriam Henríquez en incluir en un mismo capítulo otros derechos contenidos en la Constitución, como los de nacionalidad y ciudadanía. • La progresividad de los derechos y la garantía de ciertos mínimos es una obligación convencional del Estado de Chile que emana de los tratados de DDHH vigentes.

Propuestas constitucionales

	<ul style="list-style-type: none"> • No está de acuerdo con la categoría de “objetivos sociales” o “fines prioritarios del Estado” en la Constitución. • No está de acuerdo en suprimir el “contenido esencial” de los derechos, según lo propuesto por Jorge Correa y Miriam Henríquez. • No está de acuerdo con el listado taxativo de derechos en propuesta de Miriam Henríquez.
Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Jaime Gajardo en el sentido de que los DCP y DESC deben consagrarse como garantías y objetivos políticos, a fin de avanzar hacia un Estado Social y Democrático de Derecho. • Respecto de los DESC, avanzar en el tratamiento constitucional en materia de educación, sistema de pensiones, relaciones laborales, sistema de salud y recursos naturales que permita un reencantamiento de la ciudadanía con el sistema constitucional. • Agregar derechos a una vivienda digna, a un espacio público en el contexto de ciudades integradas, a la participación política en diferentes áreas de la vida nacional (como derecho incluyente de los grupos históricamente excluidos). • No a los derechos “colectivos”.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con de Jorge Correa: DCP como derechos y los DESC como objetivos sociales. Los DESC que están en la Constitución (educación, salud, seguridad social) deben permanecer como tales. • Debe distinguirse con claridad el efecto de los respectivos derechos, pues hay algunos que tienen evidente efecto horizontal y otros no pueden tenerlo. • Antes que hablar de “garantía jurisdiccional” de los derechos, que todos tengan algún tipo de garantía, judicial o administrativa. • No a los derechos “colectivos” para los pueblos indígenas en la Constitución, ni derechos especiales sobre tierras o aguas (discusión debe darse en la ley).
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> • Amplio reconocimiento de DESC, pero con configuración legal. Protección efectiva de DESC “prestacionales” mediante políticas públicas adecuadas, graduales, incrementales y no regresivas.
<p>Papel de la jurisdicción (sobre acciones cautelares, ver la tabla sobre régimen jurisdiccional).</p>	
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Para los DCP acción con invocación directa a la Constitución. Para los DESC, salvo educación, la acción sólo puede invocar la ley o una norma administrativa, no la Constitución directamente.

	<ul style="list-style-type: none"> • Agregar como garantía el que toda política pública “no discrimine arbitrariamente, sea elaborada con transparencia y garantizando las formas de participación que la ley determine”. Asimismo, que se agregue la obligación de las autoridades de rendir cuenta en la forma que determine la ley.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • La vulneración de una garantía constitucional debe ser objeto de amparo y protección ante Jueces de Letras, por medio de una única acción cautelar constitucional. Estos jueces pueden invocar directamente la Constitución como premisa normativa. • Procedimiento preferente y sumario. • Estos conflictos deben resolverse subsumiendo y no ponderando.
Jaime Bassa	<ul style="list-style-type: none"> • La protección judicial de los derechos debe fundarse en argumentos esgrimidos desde su contenido normativo, tanto constitucional como, principalmente, infra-constitucional. Mientras menor sea el espacio para la discrecionalidad judicial, mejor, y mientras mayor sea el espacio normativo para la decisión del legislador, mejor. • La acción constitucional de protección de derechos debiera ser trasladada a los tribunales ordinarios de primera instancia, más cercanos a la ciudadanía y a los espacios de vulneración de los derechos que las Cortes de Apelaciones.
Arturo Fernandois	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener el recurso de protección y las Cortes de Apelaciones para conocer de él, por las diversas virtudes de este instituto procesal. No obstante, son posibles algunos perfeccionamientos específicos, por ejemplo, emplazamiento de terceros potencialmente afectados y la legitimación activa en caso de pluralidad de recurrentes.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Jorge Correa en el sentido de que sólo los DCP sean cautelados judicialmente por invocación directa a la Constitución como premisa normativa, mientras que los DESC en la medida en que estén regulados legislativa y administrativamente. • Tribunales y procedimiento: Cortes de Apelaciones y recurso de protección.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> • Cautela judicial de objetivos sociales no debe quedar entregada a la acción de protección en Cortes de Apelaciones, sino a tribunales ordinarios por incumplimiento de mandatos legislativos o administrativos. • Incorporar la tutela judicial efectiva como garantía más amplia a la igual protección en el ejercicio de los derechos.

<p>Pablo Ruiz-Tagle</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Analizar las acciones constitucionales más allá del recurso de protección. Establecer dos grandes grupos de acciones: 1. Las que tienen que ver con la libertad (cuestiones personalísimas) y 2. Las que tienen que ver con el patrimonio. • Los DESC pueden garantizarse de un modo semejante a la que hoy cautela el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en el Art. 19 N° 8 de la Constitución. • Discrepa de Miriam Henríquez en la forma que concibe el razonamiento de los jueces constitucionales: éstos no resuelven por subsunción, sino que por ponderación, entre otros métodos.
<p>Francisco Soto</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Simplificar y concentrar las garantías.
<p>Sebastián Soto</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Parcialmente de acuerdo con Jorge Correa sobre los DESC. Coincide en que estos derechos no tengan aplicación directa, sino mediada por la ley o normas administrativas, pero no ve razones para excluir de esto a la educación como DESC. • Ciertos derechos como, por ejemplo, seguridad social y salud, sólo deberían tener un reclamo administrativo reglado especialmente a fin que sea la Administración la que busque garantizar el derecho por las vías que le permite la ley, y no los tribunales.
<p>Francisco Zúñiga</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tutela judicial de DESC debe guardar relación con todo el sistema de derechos, pero su alcance debe ser modelado por su naturaleza y estructura, de suerte que universalidad e igualdad tengan un piso protector en la discriminación. • Trasladar la protección efectiva de DESC “prestacionales” a la ley y a la Administración mediante políticas públicas.
<p>Derecho de propiedad.</p>	
<p>Jorge Correa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Propone revisar el derecho de propiedad para que no sea un obstáculo a políticas sociales regulatorias de corte socialdemócratas, aunque considera que, a la luz de la jurisprudencia, la actual regulación constitucional de la propiedad no ha levantado semejante obstáculo.
<p>Jaime Bassa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La actual configuración de la relación Constitución/ley en torno a la propiedad parece adecuada. La regulación del ejercicio de los derechos es del legislador. Sin embargo, la reglamentación de la expropiación no es de competencia constitucional, sino legal: basta que la Constitución señale los principios generales, por ejemplo, su función social.

Arturo Fernandois	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Jorge Correa en que la actual regulación no ha sido obstáculo para la puesta en práctica de políticas sociales o regulaciones de corte socialdemócrata, por lo que debe mantenerse.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Jorge Correa sobre una revisión del derecho de propiedad para que no sea obstáculo para políticas de carácter socialdemócrata.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> • Revisar la configuración del derecho de propiedad, tanto por extensión como por su arquitectura regulatoria, compuesta por diversos estatutos especiales. Simplificar su regulación es fortalecer el derecho. • De acuerdo con Jorge Correa en que la jurisprudencia constitucional ha delimitado bien la función social de la propiedad, no siendo un obstáculo a la implementación de políticas sociales o regulatorias de corte socialdemócrata.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • Coincide en que el derecho de propiedad no ha sido obstáculo para ninguna política. Con todo, debe intentarse fortalecer este derecho para evitar que por la vía de regulaciones se le termine en los hechos limitando más allá de lo razonable (regulaciones expropiatorias).
Otras formas institucionales para proteger derechos.	
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Ombudsman.</i>
Arturo Fernandois	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Ombudsman.</i>
Jaime Gajardo F.	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Ombudsman.</i> • Defensoría Penal Pública.
Pablo Ruiz-Tagle	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Ombudsman.</i> • Defensoría Penal Pública. • Corporaciones de Asistencia Judicial.
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Ombudsman.</i>

