

Propuesta inicial sobre derechos constitucionales

Jorge Correa

1. Introducción

Siguiendo las directrices de la institución organizadora, la propuesta que sigue, relativa a derechos y deberes constitucionales, pretende ser concreta, aunque sin llegar al punto de adelantar un articulado. Aprovechando su permiso, no es una propuesta exhaustiva; nada propone acerca de los llamados derechos civiles y políticos (DCP), no porque me parezca que su consagración actual no merezca mejorarse, sino por ir derechamente a las preguntas más polémicas que nos hace el Centro de Estudios Públicos (CEP) y particularmente a dos de ellas: la relativa a si una nueva Constitución debiera o no asegurar los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), cuáles y cómo, y a la jerarquía que debe atribuirse las normas de tratados internacionales sobre derechos humanos. Comparto que esos tópicos probablemente generan más discrepancia que la cuestión de los derechos de la llamada primera generación (DCP).

La propuesta que sigue dirá poco en lo relativo a derechos “colectivos”, por tener personalmente en esto más dudas que certezas, y por el propio concepto de Constitución política (en oposición a social, económica y cultural) que subyace a mis ideas.

Con todo, al proponer sobre la consagración de los DESC incluiré algunas propuestas sobre la conveniencia de nuevos y mejor consagrados derechos políticos. También aludiré al derecho de propiedad, por el papel que éste puede jugar como traba para las políticas públicas que tienen la aptitud de asegurar el goce de aquellos.

El texto contiene un punteo de las razones que sustentan las propuestas. No me extendiendo en su desarrollo para cumplir lo que se nos ha pedido, pero enuncio lo esencial de las razones que me convencen a hacer las propuestas que hago.

2. Presencia de los DESC en la Constitución

2.1. ¿A cuáles derechos me refiero?

Aludiré en este apartado a los que más típicamente se agrupan en esta categoría: derecho a salud, al trabajo, a la seguridad social y a la vivienda. No mencionaré el derecho a la alimentación y al agua potable, aunque me parece que pueden tener el mismo trato. Dejo explícitamente fuera el derecho a la educación, al que quisiera dar un tratamiento diferenciado.

2.2. La dignidad de estos derechos y su interdependencia y complementariedad con los civiles

Este texto, llamado a proponer contenidos constitucionales específicos, no trata de la discusión doctrinaria acerca de las diferencias y semejanzas entre los llamados DCP, también conocidos como de primera generación, y los llamados DESC o de segunda generación. Inevitablemente rozará implícitamente algunos de esos debates.

Con todo, quisiera manifestar desde un comienzo que mi propuesta no pone en duda que el goce y disfrute de las libertades y de los derechos políticos exige de una cierta base material, de justicia social, de igualdad de oportunidades y de cierto mínimo garantizado de condiciones de vida, lo que se expresa en el derecho a gozar de ciertos beneficios de salud, vivienda, laborales y previsionales. Entiendo estos requerimientos como exigencias éticas que el sistema político no debiera soslayar y me parece bien que el debate político le exija cuentas en esta materia.

En ese sentido, no me parece que los derechos de la llamada segunda generación se diferencien de los de la primera. Adhiero a la noción de interdependencia y complementariedad entre todos los derechos. Postulo la tesis contenida en este documento no sólo como una aceptable, sino también como una que es mejor que sus rivales para realizar un ideario socialdemócrata, con el que me identifico. No me parece contradecir esos postulados al proponer una Constitución política que permita un sistema democrático en que los órganos electos, y particularmente los

co-legisladores, queden más libres y responsables para decidir acerca de políticas sociales, pues me parece que un sistema así tiene mejores y mayores posibilidades de asegurar el goce de los derechos económico sociales que uno que sustrae parcialmente de la arena política la deliberación acerca del goce óptimo de esos derechos para llevarla al foro judicial.

2.3. Propongo que los DESC no tengan una consagración constitucional análoga a la de los DCP; que no se aseguren como derechos que la Constitución garantiza de un modo que pueda reclamarse en sede judicial. Explicitación de lo que, entiendo, conlleva esta opción

Como se verá, y por las razones que más adelante expondré, propongo que estos derechos sí tengan una consagración constitucional como fines prioritarios del Estado, pero no como derechos asegurados que puedan reclamarse judicialmente. Por las razones que expondré, veo más inconvenientes que beneficios en permitir que los privados puedan invocar en sede judicial la satisfacción de estos derechos constitucionales contra el Estado, ya sea contra el Legislador o contra la Administración, como me parece que sí deben poder hacerlo ante infracciones a los DCP.

Entiendo y asumo que si pudieran invocarse judicialmente lo serían para que el Tribunal Constitucional, o el Poder Judicial, puedan acoger acciones con base sólo en la Constitución y así invalidar o dejar sin aplicación un acto del Estado (incluso legislación o decreto supremo en sede del Tribunal Constitucional), u obligar a una autoridad pública a realizar una prestación no específicamente ordenada por una norma infraconstitucional. Eso es lo que esos reclamos constitucionales persiguen en un país de tradición continental como el nuestro y eso es lo que postulo debiéramos rechazar. Estoy asumiendo entonces que lo que discutimos, por ejemplo, es si un juez puede obligar al Estado a proveer un tratamiento médico a un enfermo sobre la base de su invocación del derecho constitucional a la salud sin que una norma legal o reglamentaria prescriba tal tratamiento como un deber, o que un juez deje sin efecto una determinada política pública regularmente adoptada sobre la base de esa misma invocación constitucional. Entiendo que lo que discutimos es si los jueces, ausente legislación y reglamentación administrativa o contra ella, pueden obligar a cambiar las condiciones de una prestación de salud o previsual en base y con fundamento sólo en lo prescrito por la Constitución. No soy partidario de otorgar ese poder a los jueces.

Los inconvenientes que veo en esta posibilidad de invocación directa de los DESC consagrados en la Carta Fundamental en sede judicial son los siguientes:

- 2.3.1. Representa el riesgo de favorecer desigualmente a aquellos que litigan, estableciendo discriminaciones arbitrarias a su favor. Cuando resuelven reclamos como los que he descrito, los tribunales cambian el orden de las preferencias entre posibles beneficiarios; cambian los criterios de preferencia asignados por legisladores o autoridades políticamente responsables (las preferencias entre posibles beneficiarios de una necesidad de salud); entre partidas de gastos competitivas (el tratamiento médico reclamado v/s otros gastos) o redistribuyen aportes y beneficios al interior de un grupo (los cotizantes no litigantes de una ISAPRE financian los gastos de prestaciones médicas que no quedaron cubiertos al congelarse los planes de los litigantes, incluso los costos de litigar). Los litigantes (favorecidos) son típicamente más poderosos y ricos que los no litigantes, quienes ceden sus preferencias o pagan sus costos.
- 2.3.2. Los tribunales no tienen la capacidad ni aptitud de encaminar la política social del goce efectivo de este tipo de derechos salvo por la vía de advertir el problema. Los tribunales resuelven caso a caso. No están en posición institucional (aislamiento judicial que es importante para su independencia) ni técnica (de conocimiento) para apreciar adecuadamente los efectos agregados de sus decisiones. Por lo mismo, los criterios de redistribución judicial son típica y probablemente más regresivos que los políticos, pues, a diferencia de éstos, tienen a la vista sólo el caso que se litiga ante ellos y no los usos rivales de los recursos que asignan.
Si bien el debate judicial y las sentencias muchas veces tienen la ventaja de ayudar a visibilizar un problema preterido o mal enfrentado por el sistema político, ello no es garantía de que las agencias políticas lo asuman (el alza de precios de las ISAPRES es un ejemplo elocuente de cómo los diversos actores se acomodan al desorden que genera la judicialización). Los ejemplos (más exitosos) traídos de sistemas anglosajones, en los que la política pública es cuestionada en sede judicial y corregida en sede política, olvida nuestras características judiciales y políticas.
- 2.3.3. Por razones de responsabilidad fiscal. Asegurar el goce de estos derechos conlleva gastos y hacerlo de manera no discriminatoria exige enfrentar el

problema de todos y no casos particulares, lo que supone planes generales acerca de en qué, en favor de quiénes y cuánto gastar en el goce progresivo de los derechos económico sociales, lo que se acompaña y controla vía responsabilidad política. Múltiples y complejas reglas y controles tienden a asegurar la responsabilidad fiscal. Así, no hay gasto sin partida presupuestaria; no hay partida que no sea iniciada por el Presidente y aprobada por el Congreso en la Ley de Presupuestos. No hay modo de someter las decisiones judiciales a estas reglas, ni tampoco a sus controles. Ni las sentencias pueden contemplar las partidas presupuestarias, ni su ejecución someterse al control de la Contraloría General de la República o de la ciudadanía. La pregunta por la relación entre los gastos públicos ordenados por los tribunales y la Ley de Presupuestos es una pregunta inútil: no hay relación posible.

A objeciones de este tipo suele retrucarse que el goce de los derechos civiles también conlleva gastos; que, por ejemplo, la seguridad individual requiere gastar en policías y que el derecho de circulación necesita de caminos. Está bien, pero no toleramos que los jueces establezcan cuántos policías debe haber o donde ni cómo deben patrullar. Tampoco el derecho a la circulación ha permitido nunca reclamar la construcción o reparación de un determinado camino. Asumo que existen algunas zonas grises en que si toleramos algunas decisiones judiciales que conllevan gastos, como cuando un juez decide custodia policial a favor de una persona amenazada en su seguridad; pero ello es muy marginal, temporal y suele estar regulado. Algo más complejas son las sentencias en relación con el debido proceso (un ejemplo puede ser la decisión del Tribunal Constitucional que fue poniendo fin a los jueces tributarios delegados.) Distinguir estos casos me es más difícil. En su favor alegaría la densidad normativa de las concepciones compartidas que han llegado a tener los estándares de esta particular exigencia de un proceso racional y justo, la que me parece mucho más débil y vaga cuando postulamos lo que debe ser una vivienda digna o un salario justo.

2.3.4. La razón más importante de mi posición: porque permitir el reclamo judicial de los derechos económico sociales arriesga debilitar a los órganos representativos y, con ello, a la democracia.

El peso que tenga esta razón depende, me parece, del diagnóstico que tengamos acerca de las fortalezas y debilidades de nuestra democracia po-

lítica. No es ésta la oportunidad para explayarme sobre el diagnóstico que personalmente tengo. Sólo diré, brevemente, que más allá de una crisis de representación, que es universal, juzgo que uno de los desafíos más serios que tiene el sistema democrático es cómo hacer que la ciudadanía se apropie, haga suyos y perciba como legítima la forma en que resolvemos nuestros asuntos colectivos y particularmente como se resuelven a través de leyes. Pienso que nuestro principal problema constitucional, el principal problema de cómo nos constituimos políticamente, es que muchos entienden que ese es negocio de unos pocos, de los políticos, a quienes miran con recelo, como una “clase” diferente. Hacer que este asunto nos pertenezca a todos es el desafío.

El foro político tiene mucho que ganar en transparencia, participación y relevancia. No sostengo que hoy presente esas características en grado óptimo; sólo que nada hay en su constitución que lo impida, más bien al contrario. El foro judicial alternativo es uno políticamente irresponsable e inevitablemente elitista. Si bien presenta algunas ventajas en materia de accesibilidad (no porque sea intrínsecamente así, sino por diseño deficiente de los procesos de decisión política), así como en proceso dialógico y decisiones fundadas, su irresponsabilidad política, su decisión “caso a caso” y su menor permeabilidad a las demandas sociales, lo hacen particularmente poco apto para asegurar el goce de derechos económico sociales a partir de enunciados de principios, como ocurre con los textos constitucionales. Distinto es el caso, como ya enuncié, en que el Legislador y/o los órganos administrativos han detallado prestaciones precisas, pues en tal caso ninguna de mis objeciones resultarían aplicables a la intervención judicial destinada a amparar lo que el Legislador ha asegurado con mediana precisión. Por razones en que no cabe extenderse en este texto, mi propuesta consiste en potenciar al máximo la capacidad de decisión, la transparencia, la apertura a la participación ciudadana y la responsabilidad del foro político, pero no sustituirlo.

Como sostiene Eduardo Aldunate (Aldunate 2008), la consagración constitucional de derechos sociales de prestación, sin contenidos específicos, con garantía de su entrega a un órgano jurisdiccional, lleva a una forma de gobierno al menos parcialmente aristocrática.

Una Constitución es muchas cosas, pero jurídicamente es, de modo muy principal, una manera de dividir el ejercicio del poder, de distribuirlo y por ende de limitarlo. Allí donde se le entrega competencia al Poder Judicial se le resta a los órganos políticos. No soy partidario de ello en materia de elaborar o responder de políticas sociales, salvo por la vía de los derechos civiles y especialmente por los cuatro que consigno en el numeral 2.6., que sigue.

2.4. Propongo que, una vez asegurados por ley o normas administrativas, los privados puedan reclamar judicialmente el cumplimiento y vigencia de los DESC frente a infracciones de deberes legales o administrativos. Para ello, soy partidario de reforzar su respeto y cumplimiento

Postulo que el sistema jurídico sí puede y debe establecer mecanismos, incluso jurisdiccionales, para que toda persona pueda reclamar la vulneración de un deber legal, incluidos los deberes de prestación, que el Estado ha comprometido en cualquier ámbito, incluidas las prestaciones legalmente aseguradas en materia de vivienda, salud, seguridad social u otros de los ámbitos de los DESC, aunque no únicamente limitado a ello.

De lo que no soy partidario entonces es que se puedan reclamar las promesas constitucionales, necesariamente vagas y abiertas, en sede judicial. Por el contrario, los planes y programas sociales aprobados mediante leyes y normas administrativas sí debieran tener el carácter detallado necesario para ser reclamados como derechos en sede judicial.

El reclamo judicial de estos derechos debiera ser parte de lo contencioso administrativo. Como ello no está bien desarrollado en nuestro sistema, no veo inconveniente en mantener o incluso consagrar el recurso de protección en estas materias, pero circunscrito a los actos (no las omisiones) ilegales (no arbitrarias), que amenacen, priven o perturben el legítimo ejercicio de estos derechos. La exigencia del carácter ilegal del acto debiera restringir las acciones a aquellos actos que infrinjan un deber o regla aprobada legislativamente. No difiere demasiado, me parece, de lo que hoy ocurre con el recurso de protección, que poco o nada tiene que ver, en la práctica, con los derechos constitucionales, pues en ellos los tribunales generalmente se limitan a hacer examen de legalidad de las conductas y del carácter indubitado del derecho, además del cumplimiento de requisitos

procesales. Si estas cuestiones de pura legalidad se satisfacen, los recursos típicamente se acogen; si no, se rechazan. Los derechos constitucionales tienen poco que ver con las acciones de protección. Así, lo que propongo consagrar es una acción cautelar rápida de derechos económico sociales (incluidas prestaciones estatales) para quienes aparezcan, conforme a normas infraconstitucionales, como titulares indubitados de tales derechos frente a actos contrarios a derecho, que les amenacen, perturben o priven en su legítimo ejercicio. Tal acción no necesita estar, en estricto rigor, en la Constitución. Con todo, si como parte de acomodos políticos se quisiera llamar a esta acción de protección y mantenerlo en la Carta Fundamental, no veo otro inconveniente que seguir estableciendo contenciosos administrativos de control de legalidad por vías torcidas.

2.5. El caso especial del derecho a la educación

Por razones de tradición, por ser el goce de este derecho una precondition esencial de la democracia, y porque el estadio de desarrollo del país permite así establecerlo, soy partidario de mantener el derecho a la educación primaria y secundaria como un derecho y un deber, incluso reclamable judicialmente. Ello implica que el Estado debe asegurar su goce gratuito, el que incluso debe poder ser reclamado judicialmente. Por razones que sería largo exponer aquí, no soy partidario de extender ello a la educación superior, así como tampoco soy partidario de agregar calificativos a la educación que obligatoriamente el Estado debe proveer gratuitamente, como podría ser el de la calidad o consagrar quién debe proveerla. Lo primero, por los mismos motivos que ya he dado, a propósito de los restantes derechos: no me parece conveniente que los jueces juzguen la calidad de la educación que se brinda. Lo segundo, porque me parece que eso deben decidirlo autoridades electas y políticamente responsables.

2.6. Propongo que se asegure constitucionalmente y se garantice, incluso con acciones judiciales, la no discriminación en las políticas públicas en materia de DESC, así como la transparencia, la debida participación en su elaboración y la rendición de cuentas acerca del goce de estos derechos, todo ello en la forma que la ley determine

Soy partidario y propongo que la Constitución asegure y garantice, con acciones judiciales, que toda política pública, y por ende toda política social:

2.6.1. No discrimine arbitrariamente. La Constitución debiera mantener la regla de prohibición de discriminación arbitraria para toda acción del Estado. Desde esa óptica, toda política pública y por ende toda política social debiera ser objeto de escrutinio, incluso estatal.

La garantía debiera extenderse especialmente al proceso de elaboración de las normas legales y administrativas, de modo de asegurar que los grupos típicamente discriminados sean escuchados y tengan derecho a participar, en la forma que más adelante se trata.

2.6.2. Sea elaborada con transparencia. Con la debida excepción de las políticas de defensa, relaciones exteriores y de seguridad ciudadana, las restantes debieran ser anunciadas en su elaboración, a objeto de permitir participación ciudadana en ese proceso. Ello no debiera obstar al llamado “privilegio deliberativo” de las autoridades en sus debates. No se trata de que todos y cada uno de los debates y propuestas sean públicos, sino de obligar al menos a la publicidad de un anteproyecto de toda iniciativa legislativa y reglamentaria.

2.6.3. Sea elaborada garantizando las formas de participación que la ley determine. Acorde con lo antes señalado, propongo que la Carta Fundamental asegure el derecho a la participación, obligando al legislador a establecer un sistema de audiencias públicas en el debate de todo proyecto legislativo y reglamentario, con las excepciones de las políticas antes referidas y de las urgencias debidamente justificadas.

El legislador debiera regular este derecho político, a mi parecer conveniente para intentar volver a acreditar la actividad política entre la ciudadanía.

2.6.4. Por último, soy partidario de que la Carta Fundamental consagre el deber de las autoridades de rendir cuenta, mandatando a la ley para determinar la forma de su cumplimiento. La consagración constitucional del deber de rendir cuentas y su mejor desarrollo legislativo podrían también reforzar el alicaído prestigio de las instituciones y cargos políticos.

Ello debiera también imponerse respecto del goce de los derechos económico sociales.

2.7. Propongo no incluir otras garantías que propugnan algunos de los partidarios de los DESC

No obstante propugnar las garantías anteriores, no soy partidario, como lo propugnan algunos constitucionalistas (véase Nogueira 2012-2014), de:

- 2.7.1. Consagrar constitucionalmente una garantía de goce progresivo de estos derechos. Si llega a triunfar electoralmente un gobierno que proponga bajar los impuestos, aumentar la edad para jubilar, disminuir las becas o la gratuidad para la educación superior, o incluso disminuir el salario mínimo o reducir las coberturas del AUGE, soy partidario de que esas políticas no sean impedidas desde la Constitución. El pueblo debe poder decidir por más cañones y menos mantequilla. Juzgo que es parte de la libertad humana y de la acción colectiva privilegiar unas necesidades sobre otras. Todo lo que debe garantizarse constitucionalmente a este respecto es un proceso deliberativo abierto, decisiones mayoritarias y rendición de cuentas.
- 2.7.2. Tampoco soy partidario de garantizar constitucionalmente la máxima utilización de los recursos disponibles en la satisfacción de un determinado derecho económico social. Me parece que la asignación de recursos es una de las más esenciales decisiones políticas, que deben resolverse por mayorías, asegurando un previo proceso deliberativo participativo, transparente y no discriminatorio.
- 2.7.3. En igual sentido, tampoco soy partidario de asegurar jurídicamente procesos eficientes. Más allá de casos de desvíos de recursos públicos, el control de la eficiencia del gasto público debiera ser materia política y no jurisdiccional.
- 2.7.4. Tampoco soy partidario, por último, de fijar constitucionalmente mínimos asegurados en materia de estos derechos. Como ya he indicado, me parece que la Constitución debe asegurar procesos que sean acordes con el principio de igualdad, pero no debe asegurar resultados. Prefiero confiar en que una política democrática de los órganos elegidos irá siempre progresando en su tendencia de inclusión, como me parece que ha sido en las últimas décadas.

2.8. Propongo que estos derechos figuren en la Carta Fundamental como fines estatales

Propongo que los derechos económico sociales sean consagrados en la Carta Fundamental como fines del Estado, como objetivos de la acción estatal y no como derechos. La Constitución suiza dispone que, como un complemento de la responsabilidad personal y la iniciativa privada, los cantones y la confederación deben esforzarse para asegurar que toda persona tenga acceso a la seguridad social, las prestaciones de salud y otros objetivos análogos; al cabo de cuya lista declara que sobre la base de estos objetivos sociales no cabe reclamar directamente ninguna acción estatal específica. Análogo es la forma en que consagran esos derechos Constituciones como las de Irlanda o India.

Ya he explicado por qué no me parece conveniente consagrar los derechos económico sociales como justiciables. Juzgo conveniente, en cambio, esta consagración por dos motivos: uno es político, a fin de legitimar políticamente esta acción y no excluir completamente de la Carta Fundamental estos fines de la actividad estatal; el otro es jurídico: se trata de que así consagrados, con jerarquía constitucional como fines lícitos, no quepa discutir la capacidad de la política estatal para limitar el goce de otros derechos y particularmente el de propiedad, para asegurar su goce, como expongo en lo que sigue.

2.9. Propongo mirar con atención la experiencia del Reino Unido y de varios países anglosajones en materia de control de constitucionalidad de la ley

Es interesante ver cómo países como Canadá, Australia, Nueva Zelanda e incluso la propia Inglaterra han establecido la facultad de sus Cortes Supremas de advertir o declarar que sus órganos legislativos han incurrido en un acto que priva o perturba el goce de derechos constitucionales. Tales declaraciones, incluso a veces remontables por declaraciones expresas en contrario del Parlamento, como ocurre en Canadá, son menos invasivas para la actividad de los órganos representativos que la del modelo de los Tribunales Constitucionales de los países continentales. Ciertamente el sistema descansa fuertemente en el prestigio de los máximos órganos jurisdiccionales.

2.10. Soy partidario de revisar cuidadosamente la consagración del derecho de propiedad, a fin de que garantizándose este derecho ello no sea obstáculo a políticas sociales regulatorias de corte socialdemócratas

La consagración de los derechos de y a la propiedad, así como la libertad económica, no debieran ser obstáculo a la aprobación de legislación que, regulando su ejercicio, avance políticas socialdemócratas.

Soy partidario de mantener las reglas sobre expropiación contenidas en la Carta Fundamental.

El debate constitucional más complejo de la última década en torno al derecho de propiedad en Chile, como en otros países desde más antiguo, se ha centrado en la legitimidad de regulaciones expropiatorias sin compensación. Hay una zona gris en el límite entre privar y regular. Los privados han impugnado una serie de políticas estatales, acusándolas de ser expropiatorias. Tal es el caso, en los últimos años, de la cesión gratuita de porciones de terreno para obras de urbanización; la servidumbre pública de paso hacia las playas por los propietarios ribereños; la posibilidad de alterar por ley un precio de energía previamente fijado por contrato autónomo de las partes; la validez de normas de conservación patrimonial que alteran expectativas fundadas de planes de urbanización ya presentados; el deber de las empresas de transporte eléctrico de trasladar, a su costa, postación y tendidos, ante el cambio en los trazados de caminos. Todos esos requerimientos de invalidar o inaplicar esas restricciones a la propiedad y otros análogos, como si fueran actos expropiatorios prohibidos, han sido rechazados por el Tribunal Constitucional, aunque algunos con votación muy estrecha.

Propongo que, al menos mientras se mantenga, en lo esencial, esta línea jurisprudencial, no se justifica modificar la redacción actual de la consagración constitucional del derecho de propiedad, pues, a la luz de esos casos, no me parece que haya sido un obstáculo, más allá de su invocación y de los requerimientos, para el desarrollo de políticas sociales que afectan la propiedad. Los conceptos de función social e interés público tienen la suficiente elasticidad para haber permitido estos procesos, que tampoco me parece hayan menoscabado más allá de lo razonable el derecho de propiedad.

2.11. Esta propuesta no se opone al derecho internacional de los derechos humanos

Asumo que la propuesta contenida en los numerales que anteceden recibirá ataques que la acusarán de no estar a la altura de las exigencias de los Pactos Internacionales sobre el aseguramiento del goce de los derechos económico sociales.

Me adelanto a decir que no me parece que esos tratados obliguen a los Estados a “constitucionalizar” de una determinada manera esos derechos, sino a asegurar su goce. Conozco críticas a la Constitución de los Estados Unidos por no consagrar en su texto este tipo de derechos, pero no de condenas internacionales por no hacerlo. Tampoco conozco condenas a la Constitución suiza por declararlos como fines estatales y no como derechos.

Tampoco me parece que el derecho internacional de los derechos humanos desaconseje la consagración constitucional de los DESC con garantía judicial. Juzgo ésta como una legítima opción política.

Las razones de mi propuesta son entonces políticas y no jurídicas. Me parece que la crisis de legitimidad de las instituciones representativas y de la actividad política en el Chile de hoy recomiendan tonificar la política y dotar de más atribuciones y no de más límites a la actividad de los órganos representativos, junto con exigirles más transparencia y responsabilidad, y asegurar participación ciudadana en sus decisiones.

2.12. Algunas definiciones que es conveniente debatir y sopesar antes de proponer redacciones

Antes de discutir la forma “correcta” u “óptima” de consagrar estos derechos propongo debatir cuán escueta o extensa queremos en general que sea la Carta Fundamental y particularmente el capítulo sobre los derechos. La Carta de 1980 es más extensa en esta materia que la de 1925. La brevedad tiene ventajas e inconvenientes que deben sopesarse. Antes de resolver aquello puede ser inconveniente discutir entre alternativas de redacción, pues muchas de las cosas que debatamos pueden quedar en definitiva para la consagración legal de estos derechos.

Una segunda cuestión que podría ser relevante decidir antes de proponer la redacción de cada derecho consiste en definir a los sujetos activos. Particular atención debieran tener los extranjeros que se encuentran en situación irregular en el territorio, las personas jurídicas y las acciones difusas.

De igual modo, pareciera conveniente discutir ante quién o quiénes se pueden invocar estos derechos y exigir su goce. Ciertamente del Estado y sus agencias; pero cabe analizar si igualmente todos o algunos pueden reclamarse de otros privados. Una categoría especial en esta materia la constituyen las empresas privadas que prestan servicios básicos por concesión del Estado.

3. Jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos

3.1. Propongo mantener el actual régimen, en la forma que entiendo lo consagra la Carta Fundamental y el Tribunal Constitucional

Asumo que desde la reforma constitucional de 2005, si no antes, producto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la jerarquía interna de los tratados internacionales, incluida la de los tratados de derechos humanos, la resuelve el Congreso Nacional, sujeto al control del Tribunal Constitucional.

A partir de la reforma al Art. 54 N° 1 de la Constitución, esta cuestión dejó de ser un debate doctrinario. Conforme dispone la norma referida, “la aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al Art. 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”. A partir de esa norma, e incluso desde antes, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la Corte Penal Internacional, un tratado internacional, para tener jerarquía constitucional, debe someterse a la aprobación de los quórum respectivos de reforma constitucional. Lo mismo si se quiere que el tratado tenga la jerarquía de ley especial o de ley ordinaria.

El tratado tendrá la jerarquía que el Congreso Nacional estime, sin perjuicio de lo que decida el Tribunal Constitucional en control posterior.

Sin perjuicio de que se ponga término a la existencia de las leyes orgánicas constitucionales, propongo mantener esta regla, de forma tal que sea un órgano político, electo y responsable, y no un tribunal¹ y menos la academia o los juristas,

¹ Hago excepción del Tribunal Constitucional, en cuanto se mantenga su competencia para decidir acerca de las materias reservadas a las leyes orgánicas constitucionales, aunque soy partidario de que estas leyes desaparezcan y con ello se suprima esta potestad del Tribunal Constitucional.

quienes decidan la jerarquía interna que tendrá un tratado internacional. Si permitimos a ese órgano electo y representativo que apruebe o desestime un tratado, me parece lógico que también decida su jerarquía. Todo ello naturalmente sin perjuicio de la capacidad de la comunidad internacional de avanzar y eventualmente imponer a los Estados reglas de *ius cogens*.

Igualmente, soy partidario de mantener la jurisprudencia mayoritaria ya reiterada del Tribunal Constitucional respecto del alcance que tiene la regla dispuesta en el Art. 5 inc. 2 de la Carta Fundamental para los efectos del control preventivo de constitucionalidad de las leyes y de su inaplicabilidad. Me parece que esa doctrina puede resumirse diciendo que, en razón de esa disposición constitucional, todos los órganos del Estado tienen el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana consagrados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; pero que ello no faculta al Tribunal Constitucional para emplear los tratados internacionales, por sí mismos, como parámetros suficientes para declarar inaplicable o inconstitucional una ley. Esto, claro, no se aplica a los tratados aprobados por el Congreso como una reforma constitucional. Y todos los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes podrán ser usados como fuentes auxiliares de interpretación de los derechos constitucionales

Me parece que esa fórmula es óptima, una vez más, por el respeto que merece el proceso de deliberación democrático interno, en la forma y por razones ya explicadas.

4. ¿Derechos “colectivos”?

La cuestión de los pueblos indígenas en la Carta Fundamental

Me parece que en materia de formas de Estado debiéramos discutir si debieran o no haber formas privilegiadas de representación de etnias en el Congreso Nacional o en los gobiernos territoriales. Para una Constitución política, como la que quisiera propugnar, me parece que las preguntas fundamentales son dos: la primera es si habrá formas de representación política privilegiada de las etnias, esto es, cupos o cuotas en los órganos de elección popular, y si habrá formas distintas y reforzadas de participación de los grupos indígenas en las políticas que les afecten especialmente. Una forma de ello ya la hemos

incorporado al aprobar el Convenio N° 169 de la OIT y la pregunta es si ello debiera ser suplementado, complementado o hecho efectivo a través de normas internas. Pareciera que ello debiera decidirse en la parte orgánica y no en la dogmática de la Constitución.

