

Presentación ante la Comisión de Sistema de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional (2 de diciembre, 2021)

*Sergio Verdugo*¹

- Agradecimiento y referencia a trabajos publicados en que se basa la presentación.²
- Me referiré a la garantía política de los derechos fundamentales
- Existen tres comisiones que podrían tratar cuestiones relacionadas con esta materia:
 - La de “Derechos Fundamentales”, por los tipos de derechos y su contenido
 - La de “Sistema Justicia”, por las facultades y organización de tribunales
 - Y la de “Sistema Político”, por la existencia de mecanismos de constitucionalismo político asociado a los derechos
- Es deseable que las tres comisiones actúen de manera coordinada para que el sistema que se estructure en cuanto a la garantía de los derechos, sea coherente y pueda producir resultados relativamente predecibles.
- Para proponer un sistema de garantía, debemos tener claro el diagnóstico. ¿Cuáles son los problemas que se quiere resolver?

Primero, hay algunas cuestiones que son valiosas en nuestro sistema:

- Competitividad del sistema democrático fortalece la identificación de infracciones a derechos civiles y políticos.
- Pero no podemos asegurar que sistema chileno será competitivo siempre. Es importante diseñar mecanismos para que la oposición tenga acceso a mecanismos judiciales para proteger sus derechos.
- Teoría del seguir: Nadie sabe quién estará en minoría mañana, hay que empoderarlos a todos, con una institución que actúe como doble seguro, no como seguro unilateral

¹ Doctor en Derecho, New York University. Secretario General de la Asociación Internacional de Derecho Público. Editor del International Journal of Constitutional Law. Profesor Asociado y Director del Centro de Justicia constitucional, Universidad del Desarrollo.

² Rosalind Dixon and Sergio Verdugo, “Los derechos sociales y la reforma constitucional en Chile: hacia una implementación híbrida, legislativa y judicial,” *Estudios Públicos* 162 (2021): 31–73; Sergio Verdugo, “Los Derechos Sociales y el Debate Constituyente Chileno,” *Actualidad Jurídica* 43 (2021): 547–76.

Segundo, ¿qué problema queremos corregir?

- Inercia en materia de políticas públicas asociadas a derechos sociales
- Desacuerdo académico en las causas de la inercia
- Soluciones deben avanzar hacia arreglos institucionales que estimulen la cooperación política y fortalecer el *accountability*
- El diseño de la garantía política y judicial es siempre insuficiente. Mal diseñada, puede agravar el problema. Bien diseñada, puede ser una razón adicional para la construcción de políticas públicas adecuadas.

Tres ideas:

- Primero: modelos que tradicionalmente se suelen observar en Chile no son las únicas alternativas. Es más, dichas alternativas poseen debilidades en el contexto chileno
- Segundo: distinguir los tipos de derechos ayudaría a controlar mejor los riesgos asociados a las garantías específicas.

- Los derechos sociales y los derechos civiles y políticos tienen similitudes (todos requieren algún tipo de financiamiento público)
- Pero sus garantías poseen riesgos diferentes:
 - Cuando un juez protege un derecho civil y político, frecuentemente protege también la democracia y sus condiciones mínimas para que ella opere de forma competitiva
 - Los legisladores no son confiables en garantizar dichos derechos porque tienen un autointerés muy fuerte en las reglas de la política
- Los derechos sociales operan de manera diferente.

Tercero: Dos modelos:

- Un modelo de control constitucional fuerte para los derechos políticos y civiles, entregado a una garantía judicial. (Incluso, hay buenos argumentos para activar un control de este tipo durante el proceso legislativo, a modo preventivo, generando reglas submayoritarias para su activación, de manera de empoderar a la oposición política a ejercer su función de control).
- Un modelo que tome las recomendaciones que combinan el constitucionalismo político y el control judicial débil respecto de los derechos sociales
 - Constitucionalismo político: entregar el protagonismo político y responsabilidad por los derechos sociales a los políticos electos
 - Control judicial débil: la actuación de los jueces no es final
- Dos advertencias:

- Mecanismos propuestos están inspirados en países de la ex Commonwealth británica y del Reino Unido. Debo precisar, eso sí, que estos países no usan estos instrumentos para proteger derechos sociales ya que no suelen reconocer derechos sociales en sus constituciones, pero académicos como Rosalind Dixon y Mark Tushnet los han promovido para este tipo de derechos.
 - El diseño de estos mecanismos no es suficiente. La garantía política real pasa por otras cuestiones: formación de gobiernos de coalición, etc. Pero estos mecanismos ayudan.
- Los modelos tradicionales tienen riesgos importantes en Chile:
- Modelos de directrices tienen al menos dos riesgos:
 - Político: no señalar una respuesta a demandas sociales
 - Judicialización posible (derecho comparado) Este riesgo es difícil de controlar sin invadir la independencia judicial
 - Los de control fuerte (especialmente en los países del denominado sur global).
 - Tensión democrática
 - Trasladan el debate público hacia órganos judiciales
 - Pueden acentuar polarización por lógica de ganadores y perdedores que opera en procesos judiciales
 - Diluyen la responsabilidad
 - Puede incidir en cambiar prioridades y alterar presupuestos
 - Bajos niveles de información
 - Expectativas insatisfechas
 - No son una condición suficiente ni necesaria para proteger bienes sociales relevantes.
 - Evidencia que muestra que constitucionalización de derechos sociales puede asociarse a efectos adversos.
 - No existe correlación entre el incremento del gasto público, el tamaño del estado y el reconocimiento del derecho a la salud y a la educación
 - Estados de bienestar exitosos no permiten la judicialización de los derechos sociales
 - Riesgo de regresividad
 - Es difícil corregir estos problemas sin hacer que los otros riesgos se hagan más probables:

- Algunos Mecanismos que reducen regresividad y que pueden empoderar más a los jueces para satisfacer expectativas, pueden incrementar tensión democrática
 - Ejemplos: bajan barreras de entrada a la justicia y mejora asistencia judicial, sentencias estructurales, regular políticas públicas en la constitución
 - Existen mecanismos de contención posibles que aspiran a reducir el problema democrático, con resultados mixtos
 - Incidente de impacto fiscal (cuestionado en Colombia por afectar la independencia judicial)
 - Test judiciales básicos como la razonabilidad (en Sudáfrica), pero nada garantiza que se seguirán.
- De lo anterior no se sigue que los jueces no puedan cumplir un rol útil. Pueden cumplir eficazmente algunas funciones:
- Obligar a cumplir la ley (suponiendo que la misma exista)
 - Impedir interpretaciones constitucionales aberrantes
 - Identificar y hacer más visibles los puntos ciegos en la legislación (y hacer que el problema vuelva a la política)
 - Identificar y hacer más visibles las cargas de inercia legislativa
- Algunos mecanismos útiles para considerar
- Establecer mandatos regulatorios para el legislador
 - Prohibición de invalidar leyes para los jueces
 - Declaraciones de incompatibilidad sin efectos jurídicos—efectos políticos
 - Obligación de informar de estas declaraciones a autoridades políticas relevantes.
 - Obligación de dichas autoridades de pronunciarse (caso de dos provincias de Australia)
 - Facultad del Parlamento de decidir no aceptar una sentencia judicial específica (caso canadiense) y costos políticos asociados.
 - Sentencias interpretativas con autoridad no final
 - Posibilidad de modificarlas
 - Doctrina del “implied repeal” en Reino Unido
 - Se interpretan leyes nuevas como no queriendo infringir normas estimadas como constitucionales
 - Obliga al legislador a decir explícitamente cuando quiere hacer una excepción o, derechamente, violar una norma constitucional (caso del Human Rights Act)

- Interpretaciones constitucionales no son obligatorias para el (se le asignan los costos políticos)
- Obligaciones de justificar la constitucionalidad de las políticas propuestas a órganos políticos, haciéndose cargo de experiencia judicial en estos derechos y explicando el modo como las propuestas implementan los valores constitucionales en juego
- Obligaciones periódicas de discutir la legislación por parte de comisiones parlamentarias