

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS (O METAS) SOCIALES EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Comisión de Derechos Fundamentales

Catalina Salem Gesell¹

1. INTRODUCCIÓN

- Entre el 23 y 24 de octubre de 2019, la encuesta Cadem daba cuenta que ante la pregunta “¿Qué cree que debiese hacer el gobierno para enfrentar la situación país?”, las cuatro primeras respuestas fueron “Hacer cambios sociales”, “Mejorar las pensiones y las AFPs”, “Mejorar la Salud y el precio de los medicamentos”; “Mejorar los sueldos/sueldo mínimo”.
- El día 25 de octubre de 2019 se llevó a cabo una multitudinaria reunión espontánea de personas que se denominó “La gran marcha de Chile”, y que se caracterizó por su naturaleza pacífica -en contraste con los violentos hechos que la habían precedido el 18 de octubre de ese año- y por una yuxtaposición de innumerables demandas, todas las cuales podían ser englobadas en una exigencia de mayor justicia social: *“por momentos pareció una muchedumbre de solitarios, cada uno con sus reivindicaciones que, por unas horas, encontraban el abrigo de otros. No había en ella ni orgánica que condujera ni programa ideológico o reivindicativo que orientara sus peticiones. Pronto hubo, sin embargo, una atribución de sentido proveniente de los actores políticos cuyo punto central fue la demanda de una nueva constitución”* (Carlos Peña, 2020, p. 15).
- Esa atribución de sentido se materializó en el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución del 15 de noviembre de 2019. En él, casi la totalidad de los partidos políticos con representación parlamentaria acordaron *“una salida institucional cuyo objetivo es buscar la paz y la justicia social a través de un procedimiento inobjetablemente democrático”*. Para ello, se acordó la realización de un referéndum en el cual se consultó a la ciudadanía si quería una nueva Constitución y el tipo de órgano encargado de redactarla.

¹ Candidata al grado de Doctor en Derecho. Magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional, y abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora Investigadora del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Becaria ANID/Doctorado Nacional/2018-21180819. Miembro de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.

- El 25 de octubre de 2020 -en medio de la pandemia por el virus COVID 19- se llevó a cabo la consulta a la ciudadanía con una alta participación electoral, resultando ganadora por una contundente mayoría la opción “Apruebo” y la “Convención Constitucional” como órgano encargado de redactar y proponer un nuevo texto constitucional.
- Así, la ciudadanía dejó depositada su confianza en que los futuros convencionales constituyentes diseñarían en el texto de una nueva Constitución Política el arreglo institucional que permitirá dar respuesta a sus muy sentidas demandas sociales. Las expectativas puestas en este proceso son enormes.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- La mera consagración de derechos sociales en el texto constitucional no asegura, por sí misma, la materialización de una igualdad sustantiva que permita garantizar la procura existencial de las personas, y de la cual depende en un sentido fuerte el ejercicio de los demás derechos fundamentales. El debate -muy simplifícadamente- adopta dos aristas: la forma en cómo consagrar esas exigencias materiales de la dignidad humana en los textos constitucionales; y la forma de hacerla exigible.
- En esta ocasión, me gustaría centrarme exclusivamente en el segundo de estos dos puntos, es decir, en la forma de garantizar los contenidos de esas exigencias materiales de dignidad. La justificación de esta decisión metodológica parte del supuesto -que intentaré demostrar- que tanto si se reconocen tales exigencias bajo el lenguaje de los derechos (Brasil, Ecuador, Bolivia), o bien bajo una cláusula de estado social de derecho (Alemania, España), o como metas sociales o solidarias (Suiza), es posible diseñar una misma institucionalidad que funcione en cualquiera de estos supuestos.
- Esto último es relevante si se mira el actual proceso constituyente: la composición del órgano encargado de redactar un nuevo texto constitucional se caracteriza por su naturaleza atomizada e identitaria, lo que hace imposible predecir con antelación -en el momento en que se escribe esta ponencia- el modelo en base al cual se dará consagración constitucional a las exigencias de mayor justicia social.
- El debate sobre la llamada “exigibilidad de los derechos sociales” es de larga data en la doctrina nacional y en el derecho comparado. Sin embargo, el proceso constituyente en curso permite una posibilidad única de pensar nuevas formas de arquitectura institucional que permitan adecuarse a nuestra propia realidad nacional. Ello incluye tener en especial consideración el funcionamiento de nuestro sistema político, el cual -valga decirlo- también podría sufrir importantes modificaciones. Esto es en sí mismo una dificultad para estructurar un modelo, ya

que todas las bases de nuestra institucionalidad están bajo escrutinio y sujetas a posibles cambios.

3. DIAGNÓSTICO

- La Constitución Política vigente consagra una serie de directrices, derechos sociales y deberes del Estado que tienen por finalidad asegurar una igualdad material mínima en el ejercicio de los derechos constitucionales.
- Sin el objeto de ser exhaustiva, dentro del grupo de las directrices, el principio de servicialidad del Estado y la definición de Bien Común contenida en el artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución Política, consagra una clara e indubitada orientación de la actividad estatal en orden a “crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”. Asimismo, son varios los derechos sociales que contiene el artículo 19 de la Carta Fundamental, tales como el derecho al asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismo; el derecho a la protección de la salud; el derecho a la educación, el derecho a la seguridad social, entre otros. Por último, también la Constitución utiliza la fórmula de mandatos imperativos para el Estado, como el deber de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo; el deber de coordinar y controlar las acciones relacionadas con la salud; la obligación de promover la educación parvularia, para lo cual debe financiar un sistema gratuito con tal objeto a partir del nivel medio menor; el deber de financiar un sistema gratuito que asegure la educación básica y media; el deber de garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, etc.
- Como se puede apreciar, la Constitución vigente sigue un sistema mixto de consagración constitucional de las exigencias materiales de la dignidad humana. Por lo mismo, cabe preguntarse si la particular forma en la cual se consagran esas exigencias produce alguna nota característica en cuanto a su exigibilidad.
- Lo que ha demostrado nuestra práctica constitucional es que en el caso de las directrices y deberes constitucionales que se le imponen al Estado, sirven como un parámetro de validez material al momento de controlar la actuación del legislador. Este control lo ha ejercido el Tribunal Constitucional. Mientras que, en aquellas exigencias materiales consagradas como derechos, se ha logrado su justiciabilidad, en ocasiones, mediante su conectividad con otros derechos que -a

diferencia de los derechos sociales- sí se encuentran amparados por la acción de protección.

- Sin perjuicio de esos controles mínimos, el modelo de la actual Constitución presenta dos problemas: por una parte, no tiene mecanismos o válvulas de escape que permitan al sistema político priorizar y agilizar adecuadamente las demandas ciudadanas más urgentes; y, por la otra, tampoco contempla fórmulas que permitan poner término a las llamadas “omisiones legislativas” o lo que Dixon y Verdugo (2021) llaman “la inercia legislativa”. La mala calidad en la educación, en la salud pública o la falta de un reemplazo en el sistema de seguridad social para la jubilación sería la prueba que deja en evidencia la falta de incentivos en el sistema político para innovar en el diseño de políticas públicas por la vía legal.
- La constatación anterior -como ya lo han sintetizado otros recientemente (Alvarado y Silva, 2020; García y Gómez, 2021; Dixon y Verdugo, 2021) ha tenido como consecuencia una judicialización de la política; es decir, el debate político sobre la provisión de los medios para garantizar las exigencias de igualdad material de la dignidad humana se ha trasladado desde los órganos con representación democrática directa, a los jueces. Ello ha devenido en un reconocimiento casuístico de prestaciones sociales a personas determinadas, que generalmente son las que tienen los recursos económicos suficientes para litigar, generando además un impacto financiero en el presupuesto de la nación, sin ninguna responsabilidad para los jueces que sea equiparable a la que detentan aquellos órganos que intervienen en su confección. En síntesis, un sistema imperfecto, sin vocación universal y que tampoco ha tenido la aptitud interpelar a los legisladores para reivindicar sus propias competencias en esta materia.
- El diagnóstico parte entonces de la necesidad de un cambio al sistema político que considere -al menos- los siguientes pilares fundamentales:
 - El fortalecimiento de la deliberación democrática radicada en los órganos colegisladores, lo que supone la existencia de un Congreso Nacional institucionalmente involucrado en el presupuesto. Sin embargo, esto debe ir acompañado de un fortalecimiento de la responsabilidad política de los parlamentarios para evitar prácticas del pasado que generaron un grave desbalance presupuestario y financiero.
 - El fortalecimiento de los mecanismos de control ciudadano sobre la labor de sus gobernantes, debiendo ser esa participación funcional a la democracia representativa, es decir, sin que propugne su reemplazo.
 - La existencia y habilitación de una intervención jurisdiccional reducida que permita asegurar una vía rápida de solución para aquellos casos excepcionales y urgentes que no puedan ser absorbidos con la inmediatez que requieren por el sistema político. Aquí son varios los ejemplos que

podemos encontrar en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, como el derecho de acceso al agua para el consumo humano; medicamentos de alto costo; necesidad de cuidados paliativos en enfermos terminales que ejercen su derecho al buen morir, por nombrar algunos. Todas, situaciones que no admiten espera y que no pueden ser olvidadas por el derecho.

4. PROPUESTA

- Dixon y Verdugo (2021) han propuesto lo que ellos llaman un modelo “híbrido” de aseguramiento del contenido de las exigencias materiales de la dignidad humana. Este modelo le reconoce al legislador la conducción principal del desarrollo de aquellos mandatos constitucionales llamados a satisfacer las prestaciones sociales, pero con un sistema de control judicial débil que permita intervenir cuando el legislador ha fallado en el cumplimiento de su deber constitucional. Considero que este es el camino más adecuado a seguir en la garantía de los comúnmente llamados “derechos sociales”, aunque se difiera en algunos mecanismos específicos para hacer efectiva la responsabilidad legislativa, si se compara la propuesta de esos autores con la que a continuación expongo.
- En primer lugar, propongo establecer una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, de conocimiento del Tribunal Constitucional, o del órgano que ejerza la jurisdicción constitucional. Se trataría de una acción popular, en la cual los mismos ciudadanos podrán exigir el incumplimiento del deber regulativo del legislador. Así, los sujetos procesales serían el requirente de inconstitucionalidad y los órganos colegisladores, permitiendo la realización de audiencias públicas. Esto permitirá, además, hacer efectivo un mecanismo de participación ciudadana intra-proceso, lo que robustece el proceso deliberativo que se da entre los distintos intervinientes.
- Tal como señala Tushnet (2001; también con matices Dixon 2017; y Dixon y Verdugo 2021), existen formas alternativas al control judicial de las leyes. La más frecuente en los distintos sistemas es el control “fuerte”, que consiste en que las cortes tienen la autoridad general para determinar el significado de la Constitución, el cual es vinculante para los demás órganos del Estado, incluido el legislador. En cambio, un control “débil” permite devolver a las mayorías parlamentarias la decisión final de si una determinada ley es contraria a la Constitución. Así, las cortes no tendrían la última palabra. Por ejemplo, la Constitución canadiense en su sección 33 del Capítulo de los Derechos señala que el legislativo puede insistir en la vigencia de una ley que ha sido declarada inconstitucional por la corte constitucional.

- Siguiendo el mismo principio que proponen Dixon y Verdugo (2021), el control que ejerza el Tribunal Constitucional debe ir desde un control débil a un control fuerte. En este sentido, requerida su intervención, el Tribunal se limitará a declarar la omisión o insuficiencia de regulación legal de una directriz, derecho o deber estatal consagrado en la Constitución. Para ello el mismo texto constitucional debe consagrar un plazo de cumplimiento desde la fecha de dictación de la sentencia, para que el legislador subsane su omisión. Dixon y Verdugo (2021) proponen que sea un plazo de 12 meses.
- Una segunda etapa de este procedimiento especial de control de constitucionalidad sería la etapa de cumplimiento. ¿Cómo asegurar que el legislador cumpla con su mandato constitucional o que no lo satisfaga de forma incompleta? Una fórmula sería establecer un control preventivo obligatorio de aquellos proyectos de ley que hayan tenido por objeto subsanar la omisión o insuficiencia legislativa sobre una directriz, derecho o deber estatal de índole social que haya sido declarada como inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En este último caso, el Tribunal Constitucional ejercería un control fuerte.
- Pero ¿qué sucede si el Tribunal Constitucional constata en este segundo control que la omisión o la insuficiencia legislativa persiste? ¿Qué tipo de eficacia produce su decisión en la garantía efectiva de las exigencias materiales de la dignidad humana aseguradas en la Constitución? La respuesta a esta pregunta es la necesidad de establecer una sanción, en el mismo texto de la Constitución, que funcione como un incentivo para romper con la inercia legislativa inconstitucional.
- Una sanción adecuada que refuerza el sistema de frenos y contrapesos consiste en que, en caso de no haber subsanado la omisión declarada inconstitucional en el plazo que la misma Constitución señala, y así es declarado en un segundo control por el Tribunal Constitucional, todos los miembros del Congreso Nacional deberían quedar automáticamente inhabilitados para presentar candidaturas en la próxima elección parlamentaria; si el Presidente de la República tiene posibilidad de reelección, también debería quedar inhabilitado.
- Una sanción de esta naturaleza tiene múltiples virtudes. En primer lugar, si bien es una sanción que resulta aplicable previa sentencia del Tribunal Constitucional, el proceso ha sido iniciado mediante una acción popular y con la posibilidad de oír a la sociedad civil en audiencias públicas. Si a ello se suman otras propuestas que hemos formulado previamente, como la instauración de un jurado en la estructura del Tribunal Constitucional (Salem, 2021), se trataría de una sanción con la suficiente legitimidad democrática que hace efectivo el principio de participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones públicas y de control de los gobernantes.

- En segundo lugar, la sanción permite instaurar una responsabilidad solidaria del Congreso Nacional -y eventualmente con el Presidente de la República como legislador- lo que también refuerza los mecanismos de accountability. Habrá un muy buen incentivo para que los partidos políticos busquen acuerdos que hagan posible el desarrollo legislativo de los contenidos sociales de la Constitución; si no lo hacen, su responsabilidad política es solidaria. También, como se dijo al comienzo, mayores atribuciones al Congreso Nacional que supongan una incidencia en el presupuesto de la nación deben ir acompañadas de un robusto estatuto de responsabilidad política. Nuestra práctica institucional ha demostrado que no basta el control que efectúan los ciudadanos en las elecciones periódicas, particularmente, porque se encuentran con un escaso recambio de candidatos que les permitan acceder a nuevas y mejores opciones. Esto ha significado que en el último tiempo se haya aprobado, por ejemplo, la ley de reforma constitucional N° 21.268 que limita la reelección parlamentaria.
- Relacionado con lo anterior, la sanción (aún su mera posibilidad de aplicación) tendría la virtud de reforzar la institucionalidad de los partidos políticos. En efecto, la inhabilitación de candidaturas produce inevitablemente un tiraje para nuevos actores políticos, constituyendo un incentivo a la formación y permanencia de sus militantes, que podrían pasar a ser los parlamentarios de recambio.
- Por último, esta sanción tiene la virtud de resguardar la estabilidad institucional. Es una válvula de escape a la ineficacia del sistema político, pero sin constituir un evento disruptivo que provoque una falta de gobernabilidad. En efecto, a diferencia de la disolución del Congreso Nacional, la sanción propuesta no produce el término anticipado del ejercicio del cargo. Ello da -en términos generales- el suficiente espacio de maniobra para enfrentar una nueva elección parlamentaria y presidencial, la que probablemente estará guiada por un debate que busque avanzar en los temas que produjeron la inhabilitación de los miembros en ejercicio del parlamento.
- Para terminar, cabe desarrollar aquella parte de la propuesta que se refiere a la intervención jurisdiccional reducida que permita asegurar una vía rápida de solución para aquellos casos excepcionales y urgentes que no puedan ser absorbidos con inmediatez por el sistema político. Para lograr este objetivo se propone ampliar la acción de protección con causales materiales especiales de admisibilidad para los derechos sociales: la afectación de la existencia vital o presencia de un estado de necesidad que causa extrema vulnerabilidad para el ejercicio del resto de los derechos fundamentales.
- Sin embargo, esta vía judicial debe ser reconducida al control de constitucionalidad que hemos descrito al comienzo, con el fin no debilitar la deliberación de los órganos políticos. Así, la Constitución debería establecer la

obligación de las Cortes de remitir de oficio los antecedentes al Tribunal Constitucional. Una vez recibidos por este último, el Tribunal debe iniciar también de oficio una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa. De esta forma, aun cuando hay una intervención judicial que fijará el contenido concreto de un determinado derecho o pretensión para el caso particular que está sometido a su conocimiento, la decisión definitiva sobre la generalidad de los casos vuelve nuevamente al legislador, si se constata una omisión legislativa inconstitucional. Empero, el derecho amagado del justiciable, en el intertanto, habrá encontrado un pronto remedio a su situación particular.

5. CONCLUSIÓN

- La propuesta referida sugiere, al igual que ya lo han hecho otros académicos, una tercera vía al problema de larga data de la justiciabilidad de los derechos sociales. Se trata de un diseño institucional que renueva las clásicas formas de frenos y contra pesos, generando incentivos y controles para que el sistema político atienda con la debida diligencia a aquellos compromisos constitucionales que se han asumido o se asumirán en materia social. Al mismo tiempo, refuerza el conjunto de derechos de los ciudadanos para ejercer mecanismos de accountability sobre sus gobernantes. Esto es esencial a tener en consideración en el actual proceso constituyente chileno, donde las expectativas de la población están especialmente puestas en el cumplimiento de promesas por una mayor justicia social. Lo anterior obliga a estar muy atentos a lo que ha ocurrido en otros procesos constituyentes, en los cuales los derechos sociales han sido utilizados como verdaderos “sobornos” por los gobernantes para efectuar arreglos institucionales que afectan el corazón mismo de un régimen democrático (Gargarella, 2012 y Dixon, 2018).