



Artículos



Santiago, 18 de mayo de 2020

Derechos fundamentales y nueva Constitución.

Si bien todas nuestras Constituciones han nacido en momentos de crisis y quiebres constitucionales, la experiencia comparada nos muestra que numerosos textos son reemplazados de manera pacífica, sin afectar el funcionamiento del Estado y a través de mecanismos institucionales vigentes, sin alterar su democracia.

Por: Ana María García

I Introducción

Si bien la pandemia sanitaria por la que hoy atravesamos tiene nuestra mirada y la de nuestros gobernantes dirigida a tomar medidas de primera urgencia, quedando la conversación constitucional sobre la futura Carta Política postergada, estimamos conveniente retomar algunas ideas, ya que inevitablemente tendremos que avanzar en la trayectoria constitucional que ha quedado pendiente.

De conformidad con lo que señala la Ley de Reforma Constitucional N° 21.200, dictada el 24 de diciembre de 2019, la ciudadanía está convocada a participar en un plebiscito que se habría realizado el 26 de abril, hoy postergado para el mes de octubre de 2020. Su objeto: consultar si se quiere una nueva Constitución Política y decidir, asimismo, a través de qué tipo de órgano ésta se dictará.

Estamos insertos en un proceso que se dirige a establecer una Carta Fundamental que, como dice el jurista Karl Loewenstein, se adapte a las condiciones sociales en constante cambio, hacer la revisión de la Constitución para que se adecúe a las nuevas necesidades sociales, económicas y culturales existentes hoy en nuestro país.

Si bien todas nuestras Constituciones han nacido en momentos de crisis y quiebres constitucionales, la experiencia comparada nos muestra que numerosos textos son reemplazados de manera pacífica, sin afectar el funcionamiento del Estado y a través de mecanismos institucionales vigentes, sin alterar su democracia. Tales han sido los casos, con sus respectivas particularidades, de Suiza, Suecia, Canadá, Australia, Finlandia y Colombia. Y si el proceso constituyente prospera, como todos esperamos, sería también el caso de Chile.

Al redactar un nuevo texto, debe destacarse la importancia de retomar la tradición constitucional chilena republicana, democrática y social, como marco para la nueva Constitución, modernizándola, pero manteniendo normas que son inherentes a nuestro constitucionalismo, tal como lo dispone la Ley de Reforma Constitucional recién aludida, en el sentido que *“El Texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se*

encuentren vigentes” (Art. 135 último inciso)

Así, los derechos fundamentales son parte nuclear de nuestra Carta, y, en realidad, de toda Constitución.

II Reseña general de los derechos fundamentales en la Constitución Política de 1980

El Capítulo III de la Constitución Política (artículo 19 N° 1 a 26) es el catálogo de derechos más completo de todas las constituciones chilenas anteriores, incluso contiene algunos derechos que se manifiestan como verdaderas normas desarrolladas (art. 19 N° 24 sobre derecho de propiedad, que regula la propiedad minera y la propiedad de la aguas; y N° 3 sobre igualdad en el ejercicio de los derechos, por ejemplo).

Sin embargo, su amplitud no significa que sea un catálogo taxativo. Desde luego, existen otros derechos contenidos en diversas disposiciones constitucionales de la misma Constitución, como son los derechos de libertad, igualdad y dignidad (Art.1°), el derecho a sufragio (Art. 13), el derecho a reclamar para hacer efectiva la responsabilidad del Estado (Art. 38), entre otros.

Tampoco significa que no puedan ser incluidos otros derechos, ya que en virtud del segundo inciso del artículo 5° se comprenden los *derechos esenciales* que *emanan de la naturaleza humana* y éstos van variando en el tiempo según el desarrollo social y el progreso de la humanidad.

Esta disposición ha sido considerada por la doctrina y la jurisprudencia como una “cláusula de apertura” a derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Ejemplos de tales derechos son el derecho a la identidad personal, el derecho a estar informado, el derecho a la propia imagen, incluso el derecho al olvido, entre otros. Todos ellos con reconocimiento en la doctrina y la jurisprudencia.

También la jurisprudencia ha señalado que “no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional para ser derecho esencial o fundamental. Como lo ha señalado el profesor Humberto Nogueira, “ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional”. Los principios generalmente invocados son la soberanía popular, el régimen democrático y la forma republicana de gobierno.

En consecuencia, como ha señalado gran parte de la doctrina, entre ella el profesor José Luis Cea “no es sensato cerrarse al proceso dinámico de surgimiento y perfeccionamiento de los derechos de la persona, como ha quedado demostrado en los últimos sesenta años, aproximadamente, en el mundo entero”.

III Relación entre el Capítulo I y el Capítulo III de la Constitución Política

El Capítulo I, referido a las Bases de la Institucionalidad, tiene gran incidencia en el reconocimiento de los derechos fundamentales, ya que comienza declarando los derechos de libertad, igualdad y dignidad y, además, señala que “*el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos*” (Art. 1° inciso 3).

Si bien el principio de subsidiariedad no tiene reconocimiento expreso en la Constitución, es en la disposición transcrita, junto con otras contenidas en el Capítulo III del texto constitucional, donde se radica un aspecto que ha levantado críticas, en el sentido de que la actual Constitución avalaría un Estado subsidiario, con mínima intervención estatal en materias económicas y sociales, favoreciendo en cambio una amplia y excesiva libertad de empresa y de los particulares.

En efecto, a la autonomía y amparo de los grupos intermedios, se unen disposiciones contenidas en el Capítulo III que se orientan en el mismo sentido, como son el aseguramiento del derecho de las personas

a desarrollar cualquiera actividad económica, es decir, el derecho a la libertad económica y la limitación para que el Estado pueda intervenir en materia económica y desarrollar actividades empresariales, ya que sólo puede desarrollarlas si una ley de quórum autorizado lo autoriza (Art. 19 N° 21); la no discriminación arbitraria en el trato económico que debe dar el Estado y sus organismos (Art. 19 N° 22); la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, con contadas excepciones (Art. 19 N° 21); como asimismo la fuerte vigorización del derecho de propiedad (Art. 19 N° 24). Todo lo cual favorece el rol subsidiario del Estado, en su versión reducida.

Hay que recordar que la subsidiariedad tiene dos dimensiones, una negativa y otra positiva.

Para algunos, el objetivo del principio de subsidiariedad es considerar que la intervención del Estado debe ser reducida y abstenerse de ejercer actividades e intervenir en aquellas materias que los particulares puedan desarrollar de manera responsable y adecuadamente. Esta sería la dimensión negativa del principio.

En su dimensión positiva, la subsidiariedad implica que el Estado tiene la obligación de proteger a las sociedades intermedias y remover los obstáculos para permitir su autonomía, pero también intervenir o suplir a los particulares y a los grupos cuando éstos no sean capaces de realizar una determinada actividad que sea de importancia fundamental y de interés para el bien común, o cuando los particulares la realicen ineficazmente.

Si bien respecto de la actual Constitución, por lo general, ha prevalecido la noción de Estado subsidiario en su versión mínima o reducida, ello no debería ser tan evidente si repasamos determinadas normas constitucionales.

Por ejemplo, el mismo artículo 1° establece claros deberes al Estado como es el de estar "*al servicio de la persona humana*" siendo su finalidad "promover el bien común para lo cual debe contribuir 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, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece" (Art. 1° inciso 4).

A estas disposiciones, deben agregarse todos los deberes que el último inciso del artículo 1° encomienda al Estado, como son el de "promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación", y el de asegurar el derecho de las personas a "participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional". En consecuencia, la Carta ciertamente también atribuye al Estado una participación activa en la promoción del bien común de toda la colectividad, y ello alcanza, sin duda, al bienestar económico y social. Claro que para que esto se concrete se requieren de las políticas públicas dirigidas en ese sentido.

Correspondería, entonces, en una nueva Carta Fundamental, hacer una revisión del rol del Estado en materia económico-social. O, más bien, determinar ¿cuánta subsidiariedad debe corresponder al Estado para garantizar la igualdad y la solidaridad? ¿Cuánto debe privilegiar la Constitución la iniciativa privada, el libre mercado? Cuánta subsidiariedad queremos?

IV Regulación constitucional de los derechos sociales en una futura Constitución

Sin embargo, es preciso dejar en claro que en una nueva Constitución, junto con dar reconocimiento a los derechos sociales, ojalá con una mejor redacción que la actual en algunos casos, habrá que darles tutela expresa y directa.

Se requiere ampliar la protección de derechos que hoy no la tienen en forma expresa, con la prevención que indica la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sentido que las medidas que el Estado está obligado a adoptar deben llevarse a cabo progresivamente en la medida de los recursos disponibles que se disponga y, como señalan otras Cartas, "con responsabilidad fiscal".

Ello contribuirá a evitar los continuos requerimientos a los tribunales y a disminuir la judicialización de los conflictos en materia de derechos sociales, como por ejemplo en lo laboral, educacional, de seguridad social y remuneraciones.

V Derechos omitidos que requieren reconocimiento:

Sin el ánimo de pretender un catálogo exhaustivo de derechos, que en la realidad resultarán incumplidos contribuyendo al descrédito de la Constitución, sería conveniente que un nuevo texto constitucional considerara los siguientes:

a) Derecho a la vivienda:

Es un derecho reconocido en los tratados internacionales suscritos por Chile, omitido en todos nuestros ordenamientos constitucionales y que también hoy, no obstante la amplitud de nuestro catálogo de derechos, aún carece de reconocimiento constitucional.

b) Derechos de participación:

En Chile no es posible convocar a plebiscito, salvo el caso de laboratorio contemplado en el capítulo de reforma constitucional, con motivo de desacuerdo entre el Presidente de la República y el órgano legislativo; también en el caso de los plebiscitos comunales. Nada más.

En el derecho comparado son abundantes los ejemplos de consagración de mecanismos de democracia semidirecta que permiten la participación ciudadana en decisiones fundamentales, tales como los plebiscitos para consultar sobre hechos o materias concretas, o los referéndum para consultar sobre textos normativos, o la iniciativa popular para radicar en la ciudadanía la posibilidad de obligar al Congreso a legislar sobre una determinada materia de interés general. Con una adecuada regulación, estos mecanismos de participación enriquecen y complementan la democracia representativa.

c) Derechos de los pueblos originarios:

A pesar de existir proyectos de reforma constitucional para dar reconocimiento a los pueblos indígenas, aún esta materia se encuentra pendiente. Sólo existe lo preceptuado en el artículo 126 bis de la Constitución que el año 2012 que reconoció la calidad de territorios especiales los correspondientes a la Isla de Pascua y al Archipiélago de Juan Fernández.

La mayoría de las Constituciones de América Latina han avanzado en este sentido. Sería conveniente agregar una disposición en la bases de la institucionalidad de modo que sirva como criterio de interpretación a los órganos colegisladores para disponer normativas especiales de carácter regional al respecto.

d) Asociación y colegios profesionales:

En materia de derecho de asociación es preciso volver a la colegiatura obligatoria de los colegios profesionales. La responsabilidad ética en el ejercicio de las profesiones liberales requiere de un control expedito y oportuno como un modo de protección de la comunidad que requiere de estos servicios.

e) Derecho de reunión por ley:

El derecho de reunión regulado en el artículo 19 N° 13 exige que éste se ejerza pacíficamente, sin permiso previo y sin armas. Dispone que las reuniones en lugar público “se regirán por las disposiciones generales de policía”, lo que significa que su regulación corresponde al órgano ejecutivo, siendo el único derecho que no se regula a través de la ley sino que por disposición administrativa. Ello resulta irregular en un Estado de Derecho, por lo que debería ser modificado.

f) Recurso de protección o garantía para todos los derechos:

En cuanto a la tutela de los derechos sociales, tal como se ha reseñado, la Constitución se encuentra en evidente déficit. Si bien se ha implementado una vía indirecta de protección a través de la jurisprudencia de los tribunales de justicia, ella es irregular y, en no pocos casos, provoca desigualdad entre los afectados, porque la jurisprudencia no es uniforme y no podría tampoco serlo frente a realidades que nunca son idénticas. Se requiere ampliar el recurso de protección para dar garantía a todos los derechos constitucionalmente reconocidos, con progresividad y responsabilidad fiscal.

Como bien señala Norberto Bobbio, en una Constitución tan importante es reconocer los derechos como establecer sus garantías. (Santiago, 18 mayo 2020)
