

Número 38 / 25 de abril de 2022

## **Derechos sociales: el dato que falta**

*BOLETIN DEL MONITOR CONSTITUCIONAL*

*Finalmente, llegaron al borrador de nueva Constitución los derechos sociales. Son derechos distintos de los más clásicos derechos políticos y sociales como, por ejemplo, la libertad de expresión y la libertad ambulatoria, pues los sociales tienen un potencial redistributivo mayor. No se trata, como a veces se oye, que los civiles y políticos no cuesten plata y los sociales sí. Todos cuestan plata, la diferencia es que estos últimos pueden costar mucho más. No por otra cosa se les llama también derechos “prestacionales”.*

*El 19 de abril pasado el Pleno de la Convención Constitucional (CC) aprobó los derechos a la educación, salud, seguridad social y vivienda, los clásicos derechos sociales. Así marcó un punto en el debate que desde hace años se tiene sobre la necesidad y conveniencia de aumentar la presencia de los derechos sociales a nivel constitucional. Ya están en el texto que vamos a votar en septiembre próximo.*

*Todavía, sin embargo, no podemos hacernos una idea cabal de ellos, pues se está discutiendo el papel que tendrán los jueces a su respecto. Este dato es clave para poder entenderlos bien y por ello dedicamos este Boletín del Monitor Constitucional a la discusión sobre el mecanismo para tutelar esta clase de derechos. La forma en que esto se haga es crucial para el orden democrático. Los derechos sociales, sabemos, son potencialmente caros para el Fisco. Si los tribunales tienen demasiado poder respecto de ellos, se corre el riesgo de separar algo que siempre debe estar unido: gasto fiscal y responsabilidad política. Los jueces no tienen responsabilidad política, no dependen del voto de la ciudadanía. Por esto es tan delicado el mecanismo de tutela: es la ley, es decir, la política, la que debe redistribuir la riqueza en una sociedad democrática. No los jueces.*

*Para examinar lo que se está discutiendo en la CC sobre la tutela judicial de los derechos sociales damos los siguientes pasos. Primero, revisamos dichos derechos en la historia constitucional chilena y el debate que sobre ellos se tuvo hasta este proceso constituyente. Luego repasamos los primeros derechos sociales que ingresaron al borrador de nueva Constitución. En la tercera sección analizamos detalladamente las propuestas sobre la tutela de estos derechos en la CC. Por último, hacemos algunas observaciones.*

## 1 / Los derechos sociales y su tutela judicial en el constitucionalismo nacional



Foto: **Emol**

SI BIEN PUEDE RASTREARSE ALGUNA FORMA DE DERECHOS SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES DECIMONÓNICAS, FUE LA CONSTITUCIÓN DE 1925 la que por primera vez los incorporó deliberada y manifiestamente. Y en 1971 fueron aumentados por la reforma conocida como “Estatuto de Garantías Constitucionales”. Así se ve en la siguiente tabla:

**Ver Tabla N° 1**

Sin embargo, este listado de derechos sociales no contemplaba una acción para reclamarlos judicialmente. En 1976, mediante el Acta Constitucional N° 3 elaborada por la dictadura, se creó la acción o “recurso” de protección. Esta acción continúa hasta hoy, pero el derecho a la seguridad social está excluido de ella. El derecho a la educación y la salud están incluidos, pero de un modo muy indirecto: sólo para tutelar la libertad de enseñanza en el primero y, en el segundo, la libre

elección entre sistemas privado o público de salud. Según las actas de la “Comisión Ortúzar” una de las razones para excluir estos derechos del recurso de protección fue que el Estado en ciertos escenarios económicos podría carecer de recursos necesarios para otorgar estas prestaciones. Si se permitía accionar de protección respecto a estos derechos, en situaciones de crisis económica se traduciría en una litigiosidad excesiva en contra del Estado. Por su parte, el derecho a la vivienda ni siquiera está consagrado en la Constitución vigente. Ésta, en otras palabras, es una Constitución que no es amiga de la judicialización de los derechos sociales.

Esto no ha impedido, sin embargo, que la jurisprudencia haya encontrado modos de tutelar derechos sociales vía protección. Esta tendencia jurisprudencial viene desde hace años, pero se ha intensificado en la última década. Por ejemplo, se ha usado el derecho de propiedad para tutelar el derecho a la educación, como lo dijo hace unos años en el Centro de Estudios Públicos la abogada Julia Urquieta: “Nadie puede aceptar que, en una Constitución como esta, el derecho a la educación se tenga que defender por la vía del derecho de propiedad, como se hace cuando expulsan a los estudiantes. Pero sí se defiende la libertad de enseñanza, lo que obedece a una determinada concepción” ([ver aquí, p. 117](#)).

Más recientemente se ha esgrimido el derecho a la vida para tutelar el derecho a la salud. Los casos sobre tratamientos de alto costo son un buen ejemplo. La Ley N°20.850, conocida como Ley “Ricarte Soto”, define los “tratamientos de alto costo” como aquellos a los que por su valor no se puede acceder o que, accediendo, “impactan catastróficamente en el gasto de los beneficiarios”. Su financiamiento, por lo mismo, no es universal. La ley delega al Ministerio de Salud para que, mediante decreto supremo, determine las “condiciones específicas de salud con sistema de protección financiera, tales como enfermedades oncológicas inmunológicas y raras o poco frecuentes”. Si un determinado tratamiento no se encuentra definido en este decreto supremo, no tiene financiamiento.

Se han interpuesto acciones de protección por personas que sufren enfermedades que requieren tratamientos de alto costos excluidas por el Ministerio de Salud. Y el camino elegido por la Corte Suprema -en especial por su Tercera Sala- para darles la razón ha sido esgrimir el derecho a la vida, que sí cuenta con protección. Resume esta postura la sentencia de la Corte Suprema en la causa Rol N° 25.161-2018:

*“Que, en el indicado contexto, la decisión de la parte recurrida [Ministerio de Salud y Fondo Nacional de Salud] consistente en la negativa a proporcionar a los recurrentes el acceso al fármaco, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que los aqueja,*

*aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental [derecho a la vida], puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de éstos, así como para su integridad física, considerando que la “Lipofuscinosis Neuronal Ceroidea Tipo” es una enfermedad frecuentemente mortal, que produce deterioro cognitivo y motor, y que la administración de la droga tantas veces citada ha sido estimada como esencial para la vida de los recurrentes, como surge de los antecedentes agregados a la causa”.*

El entonces presidente de la Corte Suprema, Guillermo Silva, afirmó en 2020 en una entrevista: “el activismo judicial no es bueno, pero hay que entender a los jueces que enfrentados a un caso puntual tienen que decidir respecto a la vida o a la salud de las personas, en que si no se toma una determinación esa persona se va a morir” ([ver aquí](#)).

Estos fallos han implicado desembolsos fiscales cuantiosos, muy por sobre el cálculo de la autoridad sanitaria responsable de ellos. Cualquiera sea la causa por la que esto ocurre, evidentemente representa una escisión entre poder de gasto y responsabilidad política.

En medio de esta situación, la incorporación en forma de los derechos sociales a la Constitución y de su tutela han tenido un papel protagónico en el debate académico y político durante las últimas décadas.

En 2001, con la participación de diversos académicos de derecho constitucional y procesal, un grupo de diputados presentó un proyecto de ley sobre “Acciones constitucionales de amparo o habeas corpus y de protección” (Boletín 2.809-07, [ver aquí](#)). Esta moción, junto con regular procedimentalmente las acciones de tutela de derechos ordenadas por la Constitución (reclamación de nacionalidad, recursos de amparo y protección, acción de indemnización por error judicial) agregaba una nueva “acción de protección”, dirigida a garantizar “a las personas contra las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que la amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio de un derecho o garantía asegurado por la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Chile o las leyes, ya sea que dicha situación provenga de personas o entidades de derecho público o de personas o entidades de derecho privado, con o sin personalidad jurídica”. Esta nueva acción de protección también sería de competencia de las Cortes de Apelaciones. Luego de una extensa tramitación, recién en 2019 la Cámara de Diputadas y Diputados aprobó este proyecto de ley, aunque

suprimió la nueva acción de protección. El proyecto permanece inactivo desde septiembre de ese año luego de haber iniciado su segundo trámite en el Senado.

Más recientemente, el proyecto de nueva Constitución que la Presidenta Bachelet envió al Congreso en marzo de 2018 consagra a los derechos sociales y contempla para ellos un mecanismo de tutela judicial directa “ante cualquier tribunal ordinario de primera instancia para obtener la efectiva protección”, con apelación ante el Tribunal Constitucional ([ver aquí](#)).

## 2 / Los primeros derechos sociales en el borrador de nueva Constitución



Foto: [Servicio Civil](#)

LUEGO DE LOS SUCESOS DE OCTUBRE DE 2019, LOS DERECHOS SOCIALES ADQUIRIERON UNA IMPORTANCIA RENOVADA en el debate público. La misma que tuvieron en buena parte de las candidaturas a la CC y que se ha mantenido en estos casi diez meses de trabajo. No deja de ser ilustrativo que la primera iniciativa de norma convencional presentada a la CC propusiera consagrar “el derecho a una vivienda digna para los chilenos” (Boletín N°1-4).

Poco antes de aprobar los derechos sociales que se muestran en la Tabla 2 el Pleno aprobó una norma que establece que el Estado de Chile es “social y democrático de derecho”. Esta norma, que se reproduce a continuación, fue vista como la antesala de la consagración de los derechos sociales poco después. Dice la norma:

*“Estado. Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural y ecológico.”*

*Se constituye como una República solidaria, su democracia es paritaria y reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza.*

*La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo”.*

El pasado 19 de abril el Pleno conoció el Segundo Informe de la Comisión de Derechos Fundamentales, cuyo contenido comprendía, principalmente, derechos sociales. Y aprobó los siguientes:

- Derecho a la vivienda.
- Derecho a la ciudad y al territorio
- Derecho al cuidado
- Derecho a la seguridad social
- Derecho a la educación
- Derecho a la salud
- Derecho al deporte y a la actividad física
- Derecho al agua y a su saneamiento

Las normas aprobadas suponen un Estado activo para garantizar su provisión, aunque con distintos grados de intensidad según el derecho de que se trate, como puede verse en la siguiente tabla. Además, algunos de estos derechos se encuentran complementados por normas específicas también aprobadas por la CC, como la educación sexual integral o los cuidados paliativos.

**Ver Tabla N°2**

Veamos ahora lo que se está discutiendo para tutelarlos.

### **3 / Las propuestas de tutela judicial de los derechos sociales en la Convención**





La Academia Nacional de Administración Lal Bahadur Shastri (India) forma al personal del servicio civil. Foto: [Priyatu](#)

COMO LO APUNTAMOS EN LA EDICIÓN ANTERIOR DEL BOLETÍN, el Tercer Informe de la Comisión de Sistemas de Justicia, al que pertenece esta materia, no fue aprobado en general por el Pleno y tuvo que volver a la Comisión para una segunda propuesta de reemplazo ([ver Boletín N°37](#)).

La propuesta que hacía el informe rechazado establecía una “acción de tutela de derechos fundamentales” destinada a cautelar toda clase de derechos, sin distinción, en línea con los fallidos ensayos sobre el particular previamente analizados. Así la define:

*“Artículo 73.- Acción de tutela de derechos fundamentales. Toda persona que por causa de un acto u omisión sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esta acción se podrá deducir mientras la vulneración persista.*

*Esta acción cautelar será procedente cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho, salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable.*

*Al acoger o rechazar la acción, se deberá señalar el procedimiento judicial que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto.*

*El tribunal competente podrá en cualquier momento del procedimiento, de oficio o a petición de parte, decretar cualquier medida provisional que estime necesaria, y alzarlas o dejarlas sin efecto cuando lo estime conveniente.*

*No podrá deducirse esta acción contra resoluciones judiciales, salvo respecto de aquellas personas que no hayan intervenido en el proceso respectivo y a quienes afecten sus resultados.*

*La apelación en contra de la sentencia definitiva será conocida por la Corte de Apelaciones respectiva. El recurso será conocido por la Corte Suprema si respecto a la materia de derecho objeto de la acción existen interpretaciones contradictorias sostenidas en dos o más sentencias firmes emanadas de los tribunales del Sistema Nacional de Justicia. De estimarse en el examen de admisibilidad que no existe tal contradicción, se ordenará que sea remitido junto con sus antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente para que, si lo estima admisible, lo conozca y resuelva. (...)*”.

A continuación, analizaremos esta acción de tutela de derechos fundamentales según los siguientes criterios: objeto, requisitos y carácter subsidiario, legitimación activa y pasiva, y tribunal competente.

## Objeto de la acción de tutela de derechos fundamentales

El propósito de esta acción -al igual que la actual acción o recurso de protección- es que el respectivo tribunal adopte “de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho”. Esto, en la práctica, supone que el órgano jurisdiccional deberá retrotraer al afectado(a) a la situación inmediatamente anterior al “acto u omisión” que implicó “una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales”. En términos sencillos, lo que se busca mediante esta acción es que la persona afectada pueda volver a ejercer, sin inconvenientes, sus derechos fundamentales.

Desde el punto de vista de las innovaciones, a diferencia de la Constitución vigente, que no otorga la acción de protección a la privación o desconocimiento de la nacionalidad, esta propuesta perseguía comprender tales actos en la misma acción de tutela que otorgaba para los demás derechos. Y también lo hacía para tutelar los derechos de la Naturaleza y los derechos colectivos de los pueblos y naciones indígenas.

## Requisitos de procedencia

Actualmente, un recurso de protección puede interponerse contra **actos u omisiones, arbitrarios o ilegales** que **priven, perturben o amenacen** el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en **determinados numerales del artículo 19** de la Constitución. Como vimos más arriba, los derechos que no se encuentran tutelados por el recurso de protección son principalmente los



DESC, como el derecho a la protección de la salud, el derecho a la educación o el derecho a la seguridad social.

El tantas veces citado Tercer Informe proponía un mecanismo distinto, puesto que sólo exigía para su interposición el estar frente a una **acción u omisión** que genere una **amenaza, perturbación o privación** en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales, **sin exigir que dichas vulneraciones resulten arbitrarias o ilegales**. Tampoco se establecía un listado taxativo de derechos o de ciertos componentes de los mismos por los cuales se pudiera accionar por esta vía. Lo que sí agregaba era la exigencia de no disponer de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar el derecho, es decir, su carácter subsidiario.

## Carácter subsidiario

La Constitución vigente dispone en su artículo 20 que el recurso de protección procede “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. Esta redacción ha traído como consecuencia un abuso en su interposición por parte de recurrentes, generando una sobrecarga de trabajo para los Tribunales Superiores de Justicia.

La propuesta corrige esto por la vía de establecer esta acción con carácter subsidiario: “será procedente cuando la persona afectada **no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho**”. Hay, con todo, una excepción: no será subsidiaria en “aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable”. Comparada con la Constitución vigente, esta propuesta de dejar expresamente establecido el carácter subsidiario de la acción de tutela, era un avance.

## Legitimación activa: ¿Quién puede interponer la acción?

El recurso de protección de la Constitución vigente contempla un legitimado activo más bien amplio, pues no se precisa el tipo de persona que puede interponer el recurso. Simplemente, se señala que podrá deducirlo “**el que** por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre”. En la práctica esto se ha traducido en que cualquier persona, natural o jurídica, pueda interponer el recurso de protección. Incluso órganos del Estado como, por ejemplo, las municipalidades o Gendarmería. Esta interpretación se debió, en gran medida, a la ausencia de una norma sobre la titularidad de los derechos fundamentales. Recordemos que el artículo 19 comienza con una comprensión también amplia de titularidad: “La Constitución asegura a todas las personas”. Con todo, la jurisprudencia ha impuesto ciertas limitaciones a su interposición. Por ejemplo, en

función del derecho reclamado. Así, resulta inadmisibile el recurso de protección interpuesto por una persona jurídica que esgrime el derecho a la vida.

El Tercer Informe, por su parte, contaba con una redacción distinta, pero su sentido apuntaba también a un legitimado activo amplio. La norma constitucional que se propuso originalmente señalaba que “**toda persona** (...) podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre”. Sin embargo, el Pleno ya ha aprobado normas que delimitan la titularidad de derechos fundamentales y, por lo mismo, la posibilidad de accionar para su tutela (al respecto, [ver Boletín N°29](#)). El borrador de nueva Constitución limitó la titularidad de derechos fundamentales a:

- Las personas naturales. Estos “son titulares de derechos fundamentales” y como tal “los derechos podrán ser ejercidos y exigidos individual o colectivamente”.
- Los Pueblos y Naciones Indígenas. Éstos “son titulares de derechos fundamentales **colectivos**”. Sin embargo, el Pleno aprobó otra norma, proveniente del Primer Informe de la Comisión de Sistema Político, que señala, a propósito de Estado Plurinacional, que “Los pueblos y naciones indígenas preexistentes y sus miembros, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e **individuales**”.
- Finalmente, la Naturaleza también “será titular de los derechos reconocidos en esta Constitución que le sean aplicables”.

Volviendo ahora a la legitimación activa, la propuesta disponía de dos formas de ejercer la acción de tutela, que son parecidas a la regulación actual del recurso de protección: la misma persona afectada o cualquiera a su nombre. En este último caso, la propuesta se refería a los pueblos originarios y tribales, y a la Naturaleza. Respecto a los pueblos originarios y tribales, “esta acción podrá ser deducida por sus instituciones representativas, autoridades tradicionales o la Defensoría de los Pueblos”. Y respecto de los derechos de la Naturaleza y un subgrupo de derechos fundamentales, los derechos ambientales, “podrán ejercer esta acción tanto la Defensoría de la Naturaleza como cualquier persona o grupo”.

Cabe señalar que en esta titularidad amplia existía una eventual desarmonía entre la de derechos colectivos -restringida a pueblos y naciones indígenas- y legitimación para accionar de tutela respecto a dichos derechos -ampliada a un pueblo no titular como el afrodescendiente.

## Legitimado pasivo: ¿Contra quién se puede interponer la acción?

La regulación constitucional vigente del recurso de protección no señala expresamente quién o quiénes son legitimados pasivos. Esta omisión ha sido suplida por la Corte Suprema mediante el Auto Acordado N°94/2015 de esta manera: “la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos que se solicita proteger”.

La CC ha aprobado una norma que señala de manera precisa quiénes son los destinatarios de los derechos fundamentales, de lo cual podemos deducir quiénes serían en la práctica legitimados pasivos de la acción de tutela de derechos fundamentales. Dicha norma es amplia:

*“Cláusula de obligaciones generales y sujetos obligados. El Estado debe respetar, proteger, garantizar y promover la plena satisfacción y ejercicio de los derechos fundamentales, así como adoptar las medidas necesarias para eliminar todos los obstáculos que pudieran limitar o entorpecer su realización.*

*Toda persona, institución, asociación o grupo deberá respetar los derechos fundamentales, conforme a la Constitución y las leyes”.*

De este modo, la norma no entiende los derechos fundamentales exclusivamente como derechos subjetivos públicos, esto es, como expresión de un vínculo entre los particulares y el Estado, sino que, además, entre los particulares. Aquí hay una consagración de lo que la teoría llama “eficacia relativa u horizontal de los derechos fundamentales”, esto es, la posibilidad de reclamar el respeto de los derechos consagrados a nivel constitucional no sólo respecto del Estado, sino que de cualquier individuo. Estas normas aprobadas podrían explicar, en parte, por qué el Tercer Informe no contenía una referencia específica en materia de legitimación pasiva de la acción de tutela.

Una última observación sobre la legitimación pasiva. La propuesta excluía expresamente a los tribunales como legitimados pasivos. La Constitución vigente no lo hace al regular la acción de protección y la experiencia ha demostrado que es un error. La propuesta sugería, en cambio, excluir la acción de tutela “contra resoluciones judiciales, salvo respecto de aquellas personas que no hayan intervenido en el proceso respectivo y a quienes afecten sus resultados”. Esto era un avance.

## Tribunal competente

La Constitución vigente señala que el tribunal competente para conocer del recurso de protección es la “**Corte de Apelaciones respectiva**”, y el auto acordado que regula la tramitación de este, señala

que será aquella “en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal (...) o donde éstos hubieren producido sus efectos, a elección del recurrente”. Por su parte, el proyecto de Constitución de la presidenta Bachelet optaba por un diseño más atomizado de competencia judicial: “cualquier tribunal ordinario de primera instancia”.

En cambio, la acción de tutela propuesta en el Tercer Informe dejaba la definición del tribunal competente a la ley, bajo la amplia fórmula de **“tribunal de instancia que determine la ley”**. La propuesta también otorgaba la posibilidad de apelar en contra de la sentencia definitiva ante la Corte de Apelaciones respectiva. Y excepcionalmente se podía recurrir a la Corte Suprema “si respecto a la materia de derecho objeto de la acción existen interpretaciones contradictorias sostenidas en dos o más sentencias firmes emanadas de los tribunales del Sistema Nacional de Justicia”. Cabe señalar que el Tercer Informe también consideraba un recurso similar de competencia de la Corte Constitucional, creando un escenario propicio para un “choque de trenes” entre ambas cortes (sobre este dilema, [ver Boletín N°36](#))

Entonces, ¿qué tribunal o tribunales calificarían como tribunales de instancia para estos efectos? Conforme a una de las normas aprobadas en el borrador de nueva Constitución, “el Sistema Nacional de Justicia está integrado por la justicia vecinal, los tribunales de instancia, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema”. Es decir, en principio cabría pensar que la justicia vecinal y las Cortes de Apelaciones y Suprema no podrían ser competentes en cuanto “tribunales de instancia”. Sin embargo, otra de las normas aprobadas exhibe una disarmonía al listar en calidad de tribunales de instancia los siguientes: “civiles, penales, de ejecución de penas, de familia, laborales, administrativos, ambientales, de competencia común o mixtos, **vecinales y demás que establezca la ley**”.

Es decir, en consonancia con estas normas, la propuesta de acción de tutela abría distintas alternativas para la ley: otorgar competencia de modo indiferenciado a los tribunales ordinarios de primera instancia que hoy existen -como lo hacía el proyecto de la Presidenta Bachelet-, o aprovechar la especialización creciente de la judicatura de primera instancia según los derechos fundamentales de que se trate. Esta última opción consideraría la creación de nuevos tribunales, como los tribunales de ejecución de penas (respecto de derechos fundamentales de personas condenadas penalmente) y, en especial, los tribunales administrativos. Estos últimos ya se encuentran reconocidos de la siguiente forma en el borrador de nueva Constitución:

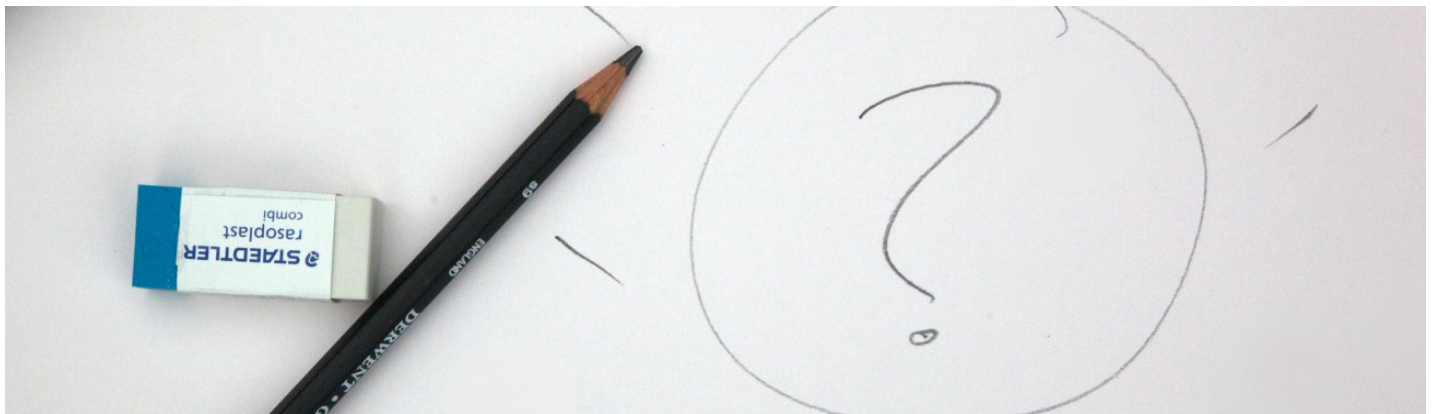
*“Los Tribunales Administrativos conocen y resuelven las acciones dirigidas en contra de la Administración del Estado o promovidas por ésta y de las demás materias que establezca la ley.*

*Habr  al menos un Tribunal Administrativo en cada regi3n del país, los que podrán funcionar en salas especializadas.*

*Los asuntos de competencia de estos tribunales no podrán ser sometidos a arbitraje.*

*La ley establecer  un procedimiento unificado, simple y expedito para conocer y resolver tales asuntos.”*

## 4 / Observaciones



### LA CONSAGRACI3N DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL TEXTO A PLEBISCITARSE EN SEPTIEMBRE DA CIERTA CLARIDAD EN MEDIO DEL DEBATE

que, lleno de expectativas, ven  trabándose en torno a ellos. Esto permite hacerse una primera idea. Era más o menos evidente que estos derechos se iban a consagrar con una mayor intensidad que la que tienen en la letra de la Constituci3n vigente. Sin embargo, la forma en que se han consagrado es discutible.

Combinan un nivel de detalle notarial con largas listas de adjetivos que califican c3mo deben ser prestados dichos derechos. Este nivel de detalle parece impropio de una norma constitucional y semejante adjetivaci3n dificultará artificialmente el trabajo de los futuros operadores del derecho.  C3mo es una vivienda digna, adecuada, que permita el libre desarrollo de una vida personal, familiar, comunitaria, que tenga, “a lo menos” habitabilidad, espacio y equipamiento suficiente, doméstico y comunitario para la producci3n y reproducci3n de la vida, disponibilidad de servicios, asequibilidad, accesibilidad, ubicaci3n apropiada, seguridad de la tenencia y pertinencia cultural? Compárese esta exuberancia con la sobriedad de la redacci3n del derecho a la vivienda en el

proyecto constitucional de la Presidenta Bachelet: “El derecho a vivir en una vivienda dotada de las condiciones materiales y del acceso a los servicios básicos, según se establezca en la ley”.

Cualquier norma legislativa o administrativa que intente satisfacer toda la adjetivación aprobada por el Pleno será necesariamente desafiante ante los tribunales, puesto que son tantos los adjetivos que usa la Constitución que será muy difícil -sino imposible- tenerlos a todos por cumplidos. Esta verdadera carta franca para la litigación sólo será equivalente a la amplísima discrecionalidad que tendrán los tribunales para fallar: ese mar de adjetivos puede no tener orillas.

La amplitud semántica con que han sido consagrados los derechos sociales envuelve el riesgo de separar el poder fiscal de la responsabilidad política, difuminando la responsabilidad fiscal. Esto es paradójico porque, hasta ahora, el texto aprobado por la CC parece preocuparse por esta responsabilidad. Así, por ejemplo, al regular la descentralización y junto con reconocer cierta autonomía financiera a las regiones y municipalidades, establece: “El deber y la facultad de velar por la estabilidad macroeconómica y fiscal será centralizada, conforme a lo dispuesto en esta Constitución”. Y otro artículo se refiere, precisamente, a la responsabilidad fiscal en estos términos:

*“Las entidades territoriales, sus representantes y sus autoridades que incumplan con sus obligaciones en materia financiera, deberán asumir, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se deriven con arreglo a la Constitución y las leyes. Sin perjuicio de los distintos tipos de responsabilidad a que pueda dar lugar el incumplimiento de las obligaciones en materia financiera, la ley deberá establecer mecanismos para un resarcimiento efectivo del patrimonio fiscal o de la entidad territorial respectiva”.*

Y otra norma aprobada consagra un principio al respecto: “Principio de sostenibilidad y responsabilidad fiscal. Las finanzas públicas se conducirán de conformidad a los principios de sostenibilidad y responsabilidad fiscal, los que guiarán el actuar del Estado en todas sus instituciones y en todos sus niveles.”

Toda esta sensata preocupación del texto aprobado por el Pleno puede resultar frontalmente contrariada por una deficiente consagración de los derechos sociales. Cualquier consagración consta de dos partes. Una es la definición de los derechos y la otra es su judicialización. Hasta ahora, la primera es frondosa. ¿Puede la segunda reducir el riesgo que esta amplitud semántica conlleva? La propuesta sobre judicialización que rechazó el Pleno no podía.

No podía porque establecía la misma acción para tutelar derechos civiles y políticos, y sociales, es decir, mezclaba derechos en virtud de los cuales el Estado tiene más bien que abstenerse, como los primeros, con derechos en virtud de los cuales debe actuar, pues tiene que ser prestacional. Desde el punto de vista orgánico la propuesta tampoco ayudaba mucho. Es muy indefinida: “tribunal de instancia”, por lo que dejaba así planteada una pregunta demasiado abierta para el futuro legislador. Con todo, el tribunal competente para la tutela en primera instancia de los derechos sociales debería ser más concentrado que lo que la propuesta rechazada permitía, evitando, por ejemplo, que cualquier juzgado de letras en lo civil pueda cuestionar la política fiscal arguyendo estar cautelando los derechos sociales de la Constitución. Tampoco sería bueno que los nuevos tribunales administrativos fueran competentes en esta materia, pues éstos deben desarrollar una jurisprudencia formalista centrada en la ley. La tutela constitucional es, por fuerza, poco formalista ya que tiene que invocar normas constitucionales con toda su vaguedad semántica, y no los textos usualmente más precisos de la ley.

Por eso es mejor pensar como tribunal competente en uno superior, ojalá colegiado, como las actuales Cortes de Apelaciones. Estas resolverían en primera instancia y su fallo podría ser recurrible ante un tribunal superior. ¿Cuál superior? Hay dos alternativas: la Corte Suprema o la Corte Constitucional que también se está proponiendo en la CC. La propuesta rechazada sobre tutela de derechos sugería la Corte Suprema. Esto tiene coherencia si lo que se quiere es mantener la tutela dentro de la judicatura ordinaria. Pero no si se busca que el control de la Constitución esté en manos de la judicatura especializada, es decir, de la Corte Constitucional. Si la nueva propuesta sobre tutela que se envíe al Pleno mantiene la idea de que la Corte Suprema tenga la última palabra en la tutela de los derechos, el “choque de trenes” que ya hemos tenido entre ambas judicaturas se va a seguir produciendo.

Existe, además, un precedente a favor de una judicatura especializada y uniformadora a partir de las normas ya aprobadas por el Pleno, precisamente en relación con los derechos sociales. Conforme a la división del Estado Regional aprobado, para garantizar una mejor satisfacción de estos derechos se faculta a las entidades territoriales para solicitar transferencias de competencias de nivel central a regional o comunal. Viceversa, las comunas autónomas podrán temporalmente encomendar a la región autónoma o al Estado central ciertas competencias para garantizar dichos derechos en igualdad de condiciones. En estos escenarios es altamente probable que se produzcan contiendas de competencia entre el Estado central y las entidades territoriales, o entre éstas. Y para resolver estas contiendas la CC ya aprobó entregarle competencia al “órgano encargado de la justicia constitucional”. Si bien en un inicio se planteó que la Corte Suprema estuviese a cargo de la justicia constitucional, la CC optó finalmente por una Corte Constitucional. Todo indica, entonces, que si

pretende contar con una jurisprudencia que dé certezas en materia de supremacía constitucional, tiene más sentido concentrar la palabra final sobre estas controversias en una sola corte especializada.

La nueva propuesta que haga la Comisión de Sistemas de Justicia al Pleno tiene, por tanto, una interesante posibilidad de que -por la vía de la acción de tutela- el texto que votaremos en septiembre consagre los esperados derechos sociales, pero de una manera que no introduzca una cuña entre poder de gasto fiscal y responsabilidad política. Bastaría para esto con parafrasear un artículo de la Constitución Española, en especial su frase final:

*“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero [derechos sociales] informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.*

Lamentablemente, esta experiencia comparada pareciera haber sido ignorada en las indicaciones al tercer informe ya rechazado, en el marco de la elaboración de su informe de reemplazo. Tres de éstas insisten en un mecanismo común e indiferenciado para todos los derechos fundamentales, sin atender a las importantes diferencias de los derechos sociales. Otra simplemente reproduce el articulado vigente del recurso de protección, hostil a toda garantía judicial de estos derechos. El Pleno, entonces, tiene la palabra para optar entre dos extremos (plena o ninguna judicialización de los derechos sociales) o para devolver este nuevo informe para una última y balanceada propuesta.