CONVENCIÓN CONSTITUYENTE 2021

Expositor: Juan Ignacio Correa

Materia: Derechos sociales

Muchísimas gracias.

Muchísimas gracias, estimada coordinadora Damaris Abarca.

Muchísimas gracias, estimado coordinador Matías Orellana.

Muchísimas gracias, estimados y estimadas convencionales por esta honrosa invitación.

El pasado mes de julio, cada uno de ustedes recibió un ejemplar de la obra colectiva de nuestra la firma de abogados Correa Squella: Cohesión Social y Convención Constituyente 2021.

Como Héctor Soto resaltó, en la contratapa, interpretándonos plenamente, quisimos “reivindicar (...) la antigua vocación pública del ejercicio profesional del derecho”, pues entendimos que desde la ribera de la abogacía nuestra obligación ciudadana era colaborar con la redacción de una Nueva Constitución: más justa y democrática.

1) Generaciones de derechos fundamentales

La línea del tiempo reconoce 4 generaciones: una **primera** referida a los llamados **derechos civiles y políticos**, remontable a la **Declaración de Derechos de Virginia** de 1776, que precede a la **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano** aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.

En esencia, estos derechos fueron las libertades que derribaron las autarquías reinantes hasta entonces.

Luego vino la llamada **segunda generación** que reivindicó para todos y todas una seguridad económica y una justicia social mínima, dando origen a la **Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas** de 1948, en cuya redacción participó activamente el jurista chileno Hernán Santa Cruz.

Estos derechos ya no garantizaron la libertad **frente** al Estado ni la protección **contra** el Estado, sino que fortalecieron las pretensiones colectivas **ante** el Estado; incorporando los derechos a la salud, a la educación, al trabajo y a la seguridad social; impulsándose con ello el Estado de Bienestar.

De ahí pasamos a la **tercera generación** promoviendo la libre autodeterminación de los pueblos, el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho

a la paz y el derecho al patrimonio común de la humanidad; entre otros.

Y, por último, hoy vemos nacer una **cuarta generación** asociada a los avances de la biomedicina, genética e informática, que implicarán —a no dudarlo— un remozamiento de ciertos derechos constitucionales, como la libertad de expresión, e incluso de la concepción misma de la democracia tal como la conocemos en la actualidad.

En palabras del sociólogo británico Thomas H. Marshall —expresadas en 1949— la cartografía recién reseñada ilustra el desarrollo de la ciudadanía a través de los **derechos civiles** en el siglo 18, de los **derechos políticos** en el siglo 19 y de los **derechos sociales** en el siglo 20.

2) Exigibilidad de los derechos sociales en Chile

En términos normativos o jurídicos y desde finales del siglo 20, Chile es un Estado Social dada su calidad de suscriptor de diversos tratados internacionales, que forman parte de su derecho interno, tales como: el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas** de 1966 y la **Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA** de 1969 o Pacto de San José, ratificados por Chile en 1989 y 1991, respectivamente.

Siendo así, la pregunta que cae de cajón es si se pueden reclamar judicialmente tales derechos.

Algunos ven en esta exigibilidad la posibilidad de transformar los derechos sociales desde meras declaraciones de buenas intenciones y compromiso político en obligaciones jurídicas para los estados.

Ante esta postura, se formulan las siguientes 2 principales objeciones:

Primera Objeción: incapacidad judicial: Se dice que la judicatura carece del conocimiento técnico para analizar y decidir —con una visión sistemática y global— las decisiones gubernamentales cargadas de consideraciones políticas que exigen complejos equilibrios de intereses.

A lo cual se agrega que dada la naturaleza finita de los presupuestos y el hecho de existir una multiplicidad de maneras válidas para asignarlos, la judicatura no está capacitada para evaluar el impacto social de los diversos intereses en juego al revisar decisiones administrativas que priorizan el uso de los recursos públicos escasos.

Segunda Objeción: ilegitimidad democrática: A través de ella, se pregunta si es válido que autoridades no electas

democráticamente, como son los jueces, sustituyan o modifiquen las decisiones electorales de la ciudadanía.

- - - - -

Pero aquí hay un pie forzado, pues los derechos sociales están reconocidos en la constitución y en nuestros tratados internacionales. Por ende, los jueces están obligados a hacerlos respetar en razón del *Principio de Primacía Constitucional*.

Así, una buena práctica constituyente sería que se reconozcan y simultáneamente se contemplen los principios y reglas que gobernarán dicha revisión jurisdiccional; restringiendo el riesgo de un *activismo judicial* al dejar la judicatura de tener disponible una infinidad de alternativas, como sucede hoy en Chile.

En la actualidad no todos los derechos sociales están protegidos por el recurso de protección, lo que también sucede en España y la India entre otros países, pues en esas naciones la tutela constitucional igualmente está restringida a un catálogo cerrados de derechos.

Sin embargo, nuestro Poder Judicial optó —hace rato— por reconocer la exigibilidad de algunos derechos sociales no sujetos originalmente a resguardo judicial, en especial, el

derecho a la salud subsumido en el **derecho a la vida**, decretando la distribución gratuita de medicamentos costosos.

La evidencia muestra que el loable propósito de equidad que extiende la protección judicial a todos los derechos sociales se ha visto frustrado, pues ella solo beneficia a quienes tienen capacidad para recurrir a la judicatura, generándose —de ese modo— un grave problema de desigualdad, como nos han recordado los constitucionalistas Javier Couso y Rodrigo Poyanco.

3) Exigibilidad judicial en la experiencia internacional

Enseguida, detallo las experiencias vividas en Alemania, España e Inglaterra:

i) Alemania: Con la excepción de la Constitución del Estado Libre de Baviera, los textos germanos no incluyen un catálogo de derechos sociales. Pero a partir de la declaración —en la constitucional federal— de ser Alemania un estado “democrático y social” (artículo 20.1) se ha desarrollado el *Principio del Estado Social*.

En ese marco, se postula que la configuración de las prestaciones asociadas al mismo queda entregada, en primera línea, al legislador y, en su concretización, a la administración.

Solo una vez que ello ocurre, dicho acceso lo garantizan los tribunales.

ii) España: Siguiendo la tradición alemana, la constitución española tampoco contempla un procedimiento judicial preferente para exigirlos.

A excepción del derecho a la educación, los derechos sociales solo conforman un marco de principios rectores.

Su efectividad depende de que exista disponibilidad presupuestaria, tal como lo decretan las constituciones de Irlanda, Nigeria, Suiza y Sudáfrica, entre otras, y los tratados de la Unión Europea.

Así, en España, los derechos sociales no pueden ser exigidos reclamando una determinada prestación, salvo que ella esté reconocida en una ley. Al excluir esta posibilidad, se evita que los tribunales usurpen atribuciones legislativas y democráticas.

iii) Inglaterra: Tras la suscripción de la Convención Europea de Derechos Humano de 1998, entre el 2004-2012 se desarrolló un interesante debate sobre la exigibilidad de los derechos sociales, identificando 3 modelos como implementables:

a) Modelo finlandés: este establece una tutela amplia de reclamo ciudadano; desechándose la indicada objeción de ilegitimidad democrática.

b) Modelo programático: los reconoce como aspiraciones políticas de la comunidad, pero no como derechos exigibles.

c) Modelo sudafricano: la concreción de los derechos sociales exige medidas legislativas y administrativas *razonables* en función de los recursos disponibles.

Al final, se estableció un mecanismo híbrido no pudiendo los individuos exigirlos, pero en el cual los tribunales están habilitados para controlar el *estándar de razonabilidad* de las medidas legislativas y administrativas adoptadas.

4) El peor escenario

La ruta por la cual no debería transitar la Nueva Constitución es aquella que crea expectativas que luego no se cumplen, generándose una sensación de hastío ciudadano que fractura nuestra cohesión social y convivencia democrática.

Esperando haber contribuido al debate constitucional, les vuelvo a agradecer que se me haya invitado a exponer. Muchas gracias. ¡Viva Chile!

09.11.2021