**COMISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.**

**10.11.2021.**

**Sebastián Soto Velasco.**

**Profesor de Derecho UC**

**Director del Departamento de Derecho Público.**

* I. ¿Cuándo un derecho debiera ser incluido en la Constitución y cuándo no debiera ser incluido en la Constitución?
  + Mirar la propia tradición histórica.
    - Los derechos reconocidos en los catálogos han ido en aumento. 1833: 7; 1925: 15; 1980: 26.
    - No sería recomendable hacer desaparecer derechos o libertades.
  + Mirar con distancia los catálogos agobiantes.
    - En la duda, no constitucionalizar.
    - No seguir la experiencia latinoamericana de catálogos agobiantes:
      * Colombia reconoce el derecho de todas las personas “a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre”; agrega también derechos específicos para los niños, destacando el derecho a la alimentación equilibrada, el cuidado y amor, y la recreación.
      * En Bolivia se asegura el acceso universal y equitativo al agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones; también, el derecho a la educación gratuita, universal, productiva, integral e intercultural y, a todas las personas adultas mayores, el “derecho a una vejez digna, con calidad y calidez humana”.
      * En Ecuador se reconoce el “derecho al disfrute pleno de la ciudad”; a un hábitat seguro y saludable, y al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos. Todo esto dentro de los derechos del buen vivir. También se establece que la Pacha Mama tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales.
      * En México se consagra el “derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad”, el “derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa”. A su vez, la Constitución de Ciudad de México incorpora el “derecho a la sexualidad” y a la “educación en sexualidad (…) con información completa, científica, no estereotipada, diversa y laica”.
  + Hay varias razones para alejarse de esa tendencia: ser sobrios.
    - Lo que abunda aquí sí daña. Menos es más.
    - 0) Se suele decir la judicialización…
    - 1) Si uno piensa los DDFF como cartas de triunfo, cuando todos en la mesa tienen un DDFF nadie tiene un DDFF porque estos solo colisionan y ya no son imbatibles (no son cartas de triunfo) sino que son solo una carta más.
    - 2) El riesgo de la consolidación de la Constitución.
      * El gran enemigo de las nuevas constituciones es su falta de consolidación.
      * Que sean Constituciones aparentes (Versteeg y Law)[[1]](#footnote-1).
      * Que sean Constituciones aspiracionales (Michael Dorf)[[2]](#footnote-2).
      * Esas constituciones carecen de la capacidad de ser normas rectoras y se transforman en “soft law”. Puede ser inspiraciones, recomendaciones, pero no son derecho vinculante en la práctica.
  + No debemos olvidar que no es la declaración de derechos lo más relevante, sino que la capacidad de crear políticas públicas para hacerlos real.
    - Y esa no es tarea del constituyente, sino que del legislador.
    - Eso lo ha mostrado muy bien Sebastián Edwards:
      * Con Álvaro García, mostró que no hay evidencia que cláusulas constitucionales extensas en materia educacional traigan mejores resultados educativos[[3]](#footnote-3).
      * En otra parte mostró que el derecho a la salud no estaba reconocido en las constituciones de Suecia, Noruega, Islandia y Dinamarca… y nadie duda que los sistemas de salud de esos países son mejores que muchos de aquellos que sí las protegen[[4]](#footnote-4).
  + Aproximarse al tema con la mayor humildad posible… sobriedad. Un catálogo acotado.
* II) ¿Cómo escribir los derechos nuevos? Y también los antiguos.
  + Respecto a los antiguos, cada derecho tiene una inercia en su comprensión jurisprudencial que hay que mirar con atención.
    - Por ejemplo, en Chile hablar de “justo y racional procedimiento” ya tiene un contenido bien asentado.
  + Respecto a los nuevos derechos.
    - En especial aquellos de contenido prestacional / aquellos que traen consigo obligaciones positivas / de hacer / y no solo abstenciones.
  + Voy a detenerme en un tema: Precisión en cuanto al contenido.
    - La pregunta es quién está llamado a determinar el contenido:
    - En general muchos DDFF de prestación son “**continentes sin contenido**” porque el contenido es dinámico.
      * Cambia con las circunstancias, el tiempo, el desarrollo del país.
    - ¿Quién está llamado a determinar ese contenido?
      * A) El constituyente, en la medida de lo posible.
      * B) El legislador.
      * C) El juez, en la menor medida posible.
      * ¿Por qué? Porque los derechos de contenido prestacional implican, por definición, lo que se denomina por algunos *decisiones trágicas*, es decir, asignar recursos aquí, que dejo de asignar allá. Y quien debe

tomar estas decisiones son los legisladores, no los jueces.

* + En este sentido, es muy importante que en la adjudicación de DDFF, en especial de los derechos prestacionales, la Convención:
    - 1) Incorpore cláusulas específicas o generales que impidan a los jueces llenar de contenido el derecho de espaldas a la ley.
      * El contenido del derecho prestacional lo determina la política pública.
    - 2) Incorpore una cláusula que proteja el contenido esencial del derecho.
      * Para evitar que el legislador incluso afecta aquello que se considera como contenido esencial.
        + Alemania. “En ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental” 1949.
        + Portugal. “La La ley sólo podrá restringir los derechos libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución … Habrán de revestir carácter general y abstracto y no podrían reducir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales”. 1976.
        + España. “Para sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades…” 1978.
    - 3) Incorpore una cláusula que proscriba el monopolio estatal en la satisfacción de estos derechos y permita la participación de la sociedad civil.
      * Lo importante es satisfacer el derecho; no quien lo satisfaga.
      * Si quien lo satisface cumple con estándares fundamentales fijados por el legislador, debe poder hacerlo.
    - 4) Incorpore una cláusula que impida o desincentive a los jueces a determinar gasto público con la excusa de estar satisfaciendo DDFF.
      * Esto es importante.
      * La Constitución de Colombia del 91 abrió paso a un período de intenso aumento del gasto público en especial por definiciones de los jueces.
        + Si los legisladores quieren aumentar el gasto público, mala idea, pero fueron elegidos y responden por ello.
        + Los jueces en el mejor de los mundos: gastan sin que nadie pueda hacerlos responsables.
      * Por eso los colombianos el 2011 aprobaron una reforma constitucional que permitía en ciertos casos suspender los efectos de una sentencia que implicara un gasto excesivo (Incidente de impacto fiscal).
    - Nosotros no tenemos que llegar tan lejos. ¿Qué hacer?
      * A) Anclar la satisfacción de derechos prestacionales a la ley, pues ella ya considera el gasto público.
      * B) Incluir, en forma de principio, que reconozca la sostenibilidad financiera y la estabilidad fiscal.

1. Law, David & Versteeg, Mila. 2018. Constituciones aparentes. Temas de Derecho Público 101. Universidad Externado de Colombia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Dorf, Michael, 2009. The aspirational constitution. George Washington Law Review 77, N. 5 – 6. [↑](#footnote-ref-2)
3. <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304101447/rev139_sedwards_agarcia.pdf> [↑](#footnote-ref-3)
4. <https://digital.elmercurio.com/2020/08/20/A/2C3RAEDQ#zoom=page-width> También, sin suscripción, en <https://focoeconomico.org/2020/08/20/buenismo-enfermedad-infantil-del-izquierdismo/> [↑](#footnote-ref-4)