

Derechos Sociales, política y judicialización

DE LAS TENSIONES QUE GENERAN Y UNA PROPUESTA EN LA MATERIA PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN* **

I. Introducción

Los derechos sociales (también conocidos como derechos económicos, sociales y culturales, o por su sigla DESC) se han entendido ampliamente como herramientas jurídicas que fomentan y colaboran en el aseguramiento de condiciones materiales equitativas para el desarrollo de las personas. En cuanto a su contenido, suponen prestaciones activas y materiales para su satisfacción –a diferencia de los derechos civiles o políticos¹–, por lo que requieren de definiciones de política pública para ser concretizados. Además de encontrarse reconocidos dentro del catálogo del artículo 19 de la Constitución, hay quienes postulan que son el fruto de convenciones y acuerdos internacionales, habiéndose consagrado algunos de ellos, por ejemplo, en cuerpos normativos como la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (Eyzaguirre, 2017).

Ahora bien, existen diversas dificultades en torno a la noción misma de “derechos sociales”, sobre todo en cuanto a su resguardo y cómo este obliga al Estado en razón de ellos. Por de pronto, el solo hecho de entenderlos como “derechos” en el sentido más natural de la palabra, es problemático para ciertos autores, lo que ya abordaremos más adelante². De todas maneras, estos derechos se han encontrado en el centro de la discusión pública en los últimos años con demandas relacionados íntimamente a ellos. Basta recordar las multitudinarias movilizaciones de los años 2006 y 2011, que

* Por Magdalena Ortega, Directora de Formación y Servicio Público, y María Eyzaguirre, Coordinadora de Formación y Servicio Público.

** Agradecemos los comentarios de Pablo Valderrama, Jaime Lindh, Sebastián Boegel y Luis Robert.

1 Los derechos civiles o políticos, llamados también de primera generación, buscan evitar vulneraciones y restricciones arbitrarias por parte del Estado o terceros que afectan a las personas. Entre ellos se encuentran el derecho de propiedad (art. 19 N° 24), la libertad de expresión (N° 12), la libertad de conciencia (N°6), entre otros.

2 En este sentido, Atria (2004).

tuvieron como gran *leit motiv* lograr una educación “pública, gratuita y de calidad”. También es el caso de la demanda por terminar con las llamadas “zonas de sacrificio” como Puchuncaví o Quinteros, y las movilizaciones del año 2019 por un medioambiente libre de contaminación y el calentamiento global, con la participación de entre 20 o 30 mil personas.

Aún más, uno de los grandes temas de discusión en el último es la supuesta nula protección que esta Constitución entregaría a los derechos sociales y, por consiguiente, la incompatibilidad por definición con las demandas sociales³. Por eso, en el marco de un proceso constitucional en ciernes, es lógico asumir que uno de los grandes temas será sobre la definición, protección y marco de los derechos sociales. Sobre esto, hay sin duda muchos temas y tensiones que abordar.

Uno de los más grandes problemas que, adelantamos, será necesario abordar; es por ejemplo, lo común que se ha vuelto el exigir la satisfacción de estos derechos en los tribunales de justicia. Este fenómeno es conocido como la “judicialización” de los derechos sociales, lo cual se logra por medio de la interposición de un recurso de protección⁴, a pesar de que los derechos sociales no se encuentran dentro del grupo de derechos que este recurso resguarda⁵. Como ya veremos más adelante, la interposición del recurso se intentó, en un principio, por la “vía directa”, es decir, reclamando la garantía del derecho a la educación. A sabiendas que este no es un derecho expresamente protegido por dicho recurso, los cuales, lógicamente, no fueron acogidos por los tribunales. Luego, se comenzó a intentar la llamada “vía indirecta”, esto es, presentar el recurso haciendo valer otro derecho que sí esté protegido por el mismo, por ejemplo: de propiedad o integridad física y psicológica, para así justificar indirectamente, val-

Aún más, uno de los grandes temas de discusión en el último es la supuesta nula protección que esta Constitución entregaría a los derechos sociales y, por consiguiente, la incompatibilidad por definición con las demandas sociales



³ Solo para dar unos ejemplos, ver Miriam Henríquez “La actual Constitución no es compatible con las demandas sociales” en CIPER y Roberto Gargarella “Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile” en Nuso, en particular el punto 5.

⁴ Este recurso busca establecer, reconocer y reforzar la obligatoriedad vertical y horizontal de la Constitución (es decir, el hecho de que los preceptos constitucionales no obligan únicamente a los órganos del Estado y sus miembros; sino también, a todos nosotros, personas y ciudadanos, grupos de personas e instituciones del ámbito privado) resguardando determinados derechos, pero no encontrándose el conjunto calificado como “sociales” dentro de ellos.

⁵ En el artículo 20 se establece el recurso de protección y se señala específicamente en razón de qué numerales e incisos dentro de estos numerales del artículo 19, el cual contiene el catálogo de derechos, se puede interponer. Así, por ejemplo, se puede recurrir de protección en razón de una discriminación arbitraria o de un acto que ilegal o arbitrariamente atente contra la integridad física, psíquica, el derecho de propiedad etc. Pero no está establecido para, por ejemplo, el derecho a la educación.

ga la redundancia, el resguardo de un derecho social, como la salud o la educación⁶. Esto sí ha sido acogido en los tribunales, fenómeno que autores como Alejandro Vergara denominan “propietarización de los derechos” (1991).

Lo anterior supone un problema político relevante, ya que, por medio de esta judicialización, los jueces expanden progresivamente su campo de acción en desmedro del Poder Ejecutivo y Legislativo, al deliberar políticamente sobre la manera de satisfacer determinadas garantías constitucionales, adquiriendo competencias que no les pertenecen⁷. De esta manera, existe en primer lugar, el riesgo de difuminar las líneas divisorias entre los distintos poderes del Estado; porque, con sus decisiones, los jueces navegan en las aguas del Ejecutivo (como colegislador) y Legislativo, quienes son los encargados del diseño institucional. En segundo lugar, conlleva el debilitamiento de la democracia representativa, ya que al no ser los jueces elegidos democráticamente –a diferencia de los miembros de ambos Poderes antes mencionados–, no gozan ni de la legitimidad por representación ni de la capacidad o apoyo técnico necesario para tomar estas decisiones. Relacionado con esto mismo, por su naturaleza –el que las decisiones únicamente tienen efecto entre las partes– estas decisiones no generan soluciones integrales ni necesariamente responsables, fiscalmente hablando, sumado además a su limitada percepción de la realidad en cuanto a los efectos agregados y de largo plazo de sus decisiones. Finalmente, hay una contradicción fundamental entre abogar por mayores y más incidentes espacios de participación de la ciudadanía o el «pueblo» y, al mismo tiempo, abogar por largos listados específicos sobre derechos sociales para la protección

Ahora bien, creemos que es un ineludible compromiso del Estado el responder adecuadamente a esta y otras problemáticas, disponiendo de las condiciones materiales necesarias para el desarrollo de las personas. Por eso, al finalizar este documento pondremos comenzar a entender los derechos sociales más bien como «metas solidarias»



6 Los ejemplos más emblemáticos de esta práctica se dan en materia del derecho a la educación (artículo 19 N°10), el derecho a la seguridad social (artículo 19 N° 18) y del derecho a la protección de la salud (artículo 19 N° 9). En este último caso, solamente por dar un ejemplo, en el año 2019 ingresaron 376.732 recursos de protección contra las Isapres en las Cortes de Apelaciones de todo el país.

7 Al respecto, Bertelsen dice que, mediante la judicialización de los derechos sociales, los tribunales “están habilitados para fundamentar directamente la decisión que las otorgue en las normas constitucionales, sea porque no existe una legislación de desarrollo o que ella sea insuficiente e, incluso, prescindiendo de la misma” (2019).

del mismo –algo que suele suceder en voceros de ciertas izquierdas–. Lo anterior, ya que por definición, aquello que está establecido en la Constitución deja de estar disponible para la deliberación pública.

Ahora bien, creemos que es un ineludible compromiso del Estado el responder adecuadamente a esta y otras problemáticas, disponiendo de las condiciones materiales necesarias para el desarrollo de las personas. Por eso, al finalizar este documento propondremos comenzar a entender los derechos sociales más bien como «metas solidarias». Estas consisten en fines constitucionales concretos que, mediante mandatos al legislador, buscan que se concreten y resguarden las necesidades mínimas de desarrollo de las personas.

Así las cosas, en el presente documento primero explicaremos qué son los derechos sociales, distinguiendo entre las diversas visiones que existen. Luego, revisaremos las consecuencias políticas e institucionales que éstas traen aparejadas –tal como la creciente judicialización–. Frente a esto, ya que no consideramos deseable que la forma de responder a la exigencia de estos sea por medio de su judicialización, en tanto creemos que la definición del contenido de los derechos sociales debe discutirse fundamentalmente en sede política y no en los tribunales, propondremos una nueva solución. En razón de esto, concluiremos que las «metas solidarias» son un mejor mecanismo jurídico para lograr el fin buscado por los derechos sociales y, ciertamente, uno para tener a la vista en la próxima discusión constitucional.

II. Primero lo primero: los derechos sociales y las distintas perspectivas

Como ya sabemos, los derechos sociales, desde una perspectiva general, son herramientas jurídicas que ayudan a lograr condiciones materiales más justas para todas las personas, teniendo como objetivo una mayor equidad social y bienestar. De todas maneras, la definición específica de ellos y, por ende, las consecuencias aparejadas a estos, no es pacífica entre los distintos autores. Por eso, en este apartado revisaremos las distintas posiciones que existen sobre la materia en la doctrina nacional.

En primer lugar, una posición sostenida por académicos como Fernando Atria (2004), plantea que los derechos sociales son, más que propiamente derechos, un catálogo de condiciones y exigencias que a las personas les corresponden por el solo hecho de ser ciudadanos, es decir, un piso mínimo para el ejercicio y condición de su libertad. Para Atria, son «más que propia-

mente derechos», puesto que un derecho en sentido estricto es, por naturaleza, individual: hay *un* sujeto activo y *uno* pasivo del mismo. Por lo tanto, esta concepción reconoce que existe una dicotomía en la naturaleza de los «derechos» sociales, que son generales o universales, por ser bienes comunes a todas las personas, con entenderlos como derechos propiamente tales. Es decir, hay una diferencia de contenido y estructura con estos y los derechos propiamente tales. En razón de esto, esta doctrina plantea que deben entenderse desde una categoría diferente: la de ciudadanía o “derechos de ciudadanía”⁸. En efecto, estos derechos, en tanto dan sustancia a la ciudadanía, permiten la realización recíproca entre todos los ciudadanos. Ello implica, según esta postura, que estos no deberían ser judicializables, porque los volvería eminentemente individuales. Los derechos sociales, así entendidos, deben tener un marco en el que se desenvuelven, el régimen de lo público, opuesto al régimen de lo privado o al de las lógicas mercantiles que esta doctrina identifica con la filosofía que inspiró la Constitución de 1980.

En una segunda posición, hay quienes consideran que no existe diferenciación entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales. Al contrario, éstos constituyen una unidad indisoluble, correspondiente a lo que esta doctrina denomina “el bloque constitucional de derechos fundamentales”, porque todos protegen la misma dignidad de todas las personas. Ello los “hace intrínsecamente interrelacionados e indivisibles, todos contribuyen a la misma proyección y desarrollo del ser humano” (Nogueira, 2009, pp. 158). Por lo mismo, estiman que, por el simple hecho de encontrarse los derechos sociales en el articulado constitucional, ello es fundamento suficiente para que sean justiciables directa e inmediatamente.

En este sentido, Humberto Nogueira y Rodolfo Figueroa se basan en artículos de la propia Carta Fundamental, esencialmente en el artículo 6º inciso segundo⁹, para justificar que, en virtud del carácter esencial de los derechos constitucionales y el deber del Estado de respetarlos y promoverlos, de la mano con la supremacía constitucional, la plena justiciabilidad de estos derechos es evidente y razonable¹⁰. Nogueira, con relación a lo anterior, sostiene que “el obligado respecto a los derechos sociales fundamentales es la sociedad representada por el Estado” (2009, pp. 164), y más concretamente, “son obligados directos (...) el legislador, el gobierno, la administración y la judicatura ordinaria y constitucional, ya que todos los órganos y autoridades estatales deben respetar y promover los derechos fundamentales como establece el inciso 2º del artículo 5º de

8 Esto también trae consecuencias en su provisión, pero por estar fuera del objeto de este documento, no ahondaremos en ello.

9 Este artículo consagra que los preceptos de la Constitución no obligan solo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado, sino que también a toda persona, institución o grupo.

10 Mencionando como ejemplo cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación al derecho de la salud.

nuestra Constitución" (2009, pp. 164).

En una tercera posición, autores como Jorge Correa, sostienen que de la supremacía constitucional¹¹ no se sigue la directa e inmediata justiciabilidad de los derechos sociales que la Constitución consagra; y plantea que éstos pueden y deben verse satisfechos por medio de otras vías. Así, bajo lo que se ha denominado una concepción matizada de los DESC, se afirma que la consagración constitucional de los derechos sociales es más bien una manera de entenderlos como "fines prioritarios del Estado", lo que no implica, sin embargo, que éstos estén asegurados y garantizados por la Constitución de modo tal que puedan reclamarse en sede judicial. Por tanto, su estructura es claramente diferente a la de los derechos civiles y políticos.

Sin ir más lejos, Correa Sutil no es partidario de que "se puedan reclamar las promesas constitucionales, necesariamente vagas y abiertas, en sede judicial" (2016, pp. 23) y se inclina más bien por desarrollar estos derechos en "planes y programas sociales aprobados mediante leyes o normas administrativas" (2016, pp. 23), teniendo como horizonte estos fines prioritarios. En esa línea, propone reconocer la importancia de los derechos sociales en la Constitución, pero sugiere que sea la sede propiamente política y contingente la que decida cómo garantizarlos. Además, advierte ciertos peligros en la intervención de los jueces en esta materia.

En otra categoría se encuentran autores como Sebastián Soto y Arturo Fermandois, quienes, siguiendo la historia fidedigna del constituyente original, consideran a los derechos económicos y sociales como meras expectativas o aspiraciones, las cuales, por su naturaleza, no implican un deber para el Estado, sobre todo porque están subordinadas a la disponibilidad de recursos fiscales. Por lo tanto, los derechos sociales son de responsabilidad de toda la ciudadanía en su conjunto, con la limitación de su posibilidad política y financiera, sin atribuir solo a algunos la responsabilidad de su satisfacción. En efecto, debido a que la naturaleza de los derechos sociales en relación a los derechos individuales –o de primera generación– es distinta, también lo es el modo de enfrentarlos y concretarlos, pues para la consecución de los primeros "se requiere de acciones positivas cuyo límite no está determinado pues nunca terminan por satisfacerse" (Soto, 2008). En cambio, para la satisfacción de los segundos, no se requieren prestaciones monetarias, ya que como su objetivo es proteger a las personas

11 Principio en virtud del cual entendemos que la Carta Fundamental es la norma frente a la cual todo el resto del ordenamiento jurídico se ordena y la actuación de las instituciones y autoridades que esta consagra se supeditan a ella.

evitando vulneraciones y restricciones arbitrarias por parte del Estado o terceros, establecen normas prohibitivas o que impliquen abstenciones para dichos actores.

Para terminar, existe una última posición, alternativa y de carácter más bien incipiente, que consiste en entender a los derechos sociales como “metas solidarias” (Schalper, 2020). Respecto a las cuales profundizaremos en más detalle más adelante.

III. Ajusticiando los derechos sociales, ¿una solución?

Pues bien, como ya mencionamos previamente, debido a la difícil definición de los derechos sociales han existido diversas posturas sobre cómo concretarlos políticamente, generando, a su vez, distintos problemas. En este aspecto, creemos que una de las consecuencias más relevantes para abordar es la judicialización de estos, la cual desemboca en última medida, además, en la judicialización de la política en sí misma. En razón de esto, pasaremos a analizar en mayor profundidad este fenómeno.

En primer término, la existencia de estas diversas formas de comprender a los derechos sociales y su naturaleza radica en las distintas maneras de entender la relación existente entre la Constitución y la supremacía constitucional (Alvarado y Silva, 2020). Relación que descansa en el ya mencionado recurso de protección¹². Este recurso, como lo conocemos actualmente, fue introducido a nuestro ordenamiento en el año 1976, y permitió la aplicación directa de las normas constitucionales por parte de los jueces. Su finalidad, sin embargo, es antigua y por eso tiene sus antecedentes en las facultades protectoras que tenían los Tribunales de Justicia hasta 1874 y luego, en el establecimiento del recurso de *habeas corpus*¹³. Aún más, autores como Eduardo Soto Kloss remontan sus orígenes hasta el derecho indiano, en una acción de nombre diferente, pero fines similares. En fin, el recurso de protección tiene por objeto que lo establecido en la Constitución no se quede en una mera declaración, sino que tenga una eficacia

La existencia de estas diversas formas de comprender a los derechos sociales y su naturaleza radica en las distintas maneras de entender la relación existente entre la Constitución y la supremacía constitucional



¹² Acción jurisdiccional consagrada en el artículo 20 de nuestra Constitución que pretende restablecer el imperio del Derecho y garantizar la debida protección a quienes vean vulnerados los derechos constitucionales que éste protege (no estando los derechos sociales entre ellos), por medio de la Corte de Apelaciones competente.

¹³ Este es una acción constitucional que busca proteger la libertad personal y la seguridad individual, permitiendo que se interponga en nombre de cualquier persona, para hacerlo comparecer ante un juez que pueda revisar si se cumplen las garantías constitucionales. De esta manera, es un ejemplo del efecto concreto y la exigibilidad de la Constitución.

real (Navarro, 2012)¹⁴.

Sin embargo, desde entonces se ha recorrido un largo camino, y la interpretación judicial actual de los derechos protegidos por este recurso se ha ampliado, incluso hasta llegar a incluir situaciones que el texto constitucional no contempla. En efecto, el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, que establece y reglamenta el recurso en cuestión, es garante de la mayoría de los derechos que el artículo 19 reconoce a todas las personas, salvo los derechos sociales y económicos, como el derecho a la educación (art. 19 N° 10), el derecho a la seguridad social (N° 18) y el derecho a la salud (N°9), exceptuado el derecho a elegir el sistema de salud. A pesar de lo anterior, como ya hemos dicho, se intentan acciones en los tribunales pretendiendo indirectamente buscar la tutela de dichos derechos. Esto, por medio de la aplicación de otros que sí se encuentran protegidos. Frente a esto, la jurisprudencia de los tribunales muchas veces ha sido vacilante, acogiendo los recursos en algunas ocasiones. Así, por ejemplo, en el caso del derecho a la educación, artículo 19 N°10, a pesar de no estar dentro del catálogo correspondiente al recurso de protección, igualmente se han interpuesto acciones respecto a éste de manera indirecta reclamando el derecho de propiedad sobre la matrícula que tendría el alumno (Navarro, 2012).

Esta es la principal puerta de entrada a la judicialización, comentaremos a continuación qué consecuencias tiene esta.

IV. Judicialización de derechos, judicialización de la política

La judicialización de los derechos sociales, fenómeno en crecimiento en nuestro país, se relaciona íntimamente con una forma específica de comprender a los derechos sociales y la relación existente entre ellos, la Constitución y su exigibilidad.

Esta se entiende como la práctica de resolver, en sede judicial, es decir, ante los tribunales de justicia, por medio de recursos o acciones, los aspectos prácticos y concretos de cómo satisfacer este tipo de derechos. Al respecto, autores como Javier Couso se refieren a este fenómeno como la «judicializa-

¹⁴ Un ejemplo que plasma esto claramente, fue el caso de un canal de televisión que hizo declaraciones ofensivas y contrarias a la Iglesia Católica, en contra de los cuales se interpuso un recurso de protección por la vulneración del artículo 19 N° 6 de la Constitución, relativo a la libertad de conciencia y de culto, el cual fue acogido por los tribunales. O bien, el recurso de protección interpuesto por la subcontralora Dorothy Perez, el año 2018, contra su superior, el contralor Jorge Bermúdez, por vulnerar su garantía fundamental de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 de la Constitución) al haberla marginado de su puesto de manera ilegal, recurso que fue acogido por la Corte Suprema.

ción de la política», en tanto esas definiciones (el qué, cómo y a través de qué mecanismos se deben garantizar asuntos como salud, educación o seguridad social), pertenecen en realidad a la sede política, en tanto implican definiciones de política pública. Por esto, Couso lo define como el “proceso mediante el cual las cortes y los jueces elaboran, o llegan a dominar cada vez más la elaboración, de políticas que antes eran formuladas (o se creía ampliamente que debían ser formuladas) por otras ramas del Estado, en especial por la legislatura y los ejecutivos” (2011).

Como ya adelantamos en la introducción, el principal problema que presenta este progresivo fenómeno es el de «quitarle» terreno al Poder Legislativo y Ejecutivo, quienes son los que están verdaderamente llamados a deliberar y determinar el contenido preciso de estos derechos, su modo de aplicación y alcance. Esto trae –al menos– tres consecuencias aparejadas; (i) el debilitamiento de la institucionalidad de la democracia representativa y la participación deliberativa; (ii) la generación de falsas expectativas asociadas a lo que los jueces pueden lograr; y (iii) la distorsión de los controles financieros y presupuestarios asociados a la concreción de los DESC.

(i) DEBILITAMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LA PARTICIPACIÓN DELIBERATIVA

Claro está que hoy en día ya vivimos una buena cantidad de problemas y complejidades en nuestra democracia representativa. Por eso, permitir que el rol de los jueces debilite aún más la representatividad y sus instituciones, al deliberar políticamente la manera de satisfacer estas garantías constitucionales, ciertamente no es aconsejable. Ahora bien, ¿por qué el Poder Judicial no está incluido en este llamado? Por varias razones¹⁵:

Primero, la razón más importante al legitimar el reclamo judicial de los derechos económico-sociales, es que nos exponemos a la debilitación de los órganos representativos y, con ello, de la democracia. Esto ocurre porque quienes conforman el órgano legislativo, como el Presidente, son figuras de representación democrática, que han sido elegidos para tomar estas decisiones por los ciudadanos.

El principal problema que presenta este progresivo fenómeno es el de «quitarle» terreno al Poder Legislativo y Ejecutivo, quienes son los que están verdaderamente llamados a deliberar y determinar el contenido preciso de estos derechos, su modo de aplicación y alcance.



¹⁵ En este punto, seguimos a Jorge Correa Sutil (2016).

Es de la naturaleza de estas instituciones. En cambio, los jueces no son elegidos democráticamente. En razón de esto, no gozan de la legitimidad ni capacidad de representación para tomar estas decisiones.

En segundo lugar, porque de ello pueden seguirse discriminaciones arbitrarias favorables a aquellos que litigan –en el fondo, ¿qué pasa con todos aquellos que no lo hacen? Más aún, ¿por qué quienes litigan, por la sola interposición del recurso, tienen una mayor protección que quienes no lo hacen, cuando es bajo el argumento de que se trata de un derecho común a todos los ciudadanos?–. En último término, aunque la medida pueda aspirar a una generalidad de aplicación, solo verán verdaderamente satisfechos sus derechos quienes acudan ante los tribunales.

Por último, porque como los tribunales resuelven caso a caso – en Chile, la jurisprudencia no es fuente formal del derecho, teniendo las sentencias judiciales solo un efectivo relativo–, sólo tienen a la vista la situación concreta que buscan resolver, lo cual puede contribuir en la visibilización del problema. Sin embargo, dado que no cuentan con una visión panorámica de los efectos agregados y a largo plazo de sus decisiones (por dar un ejemplo, en términos económicos), no generan soluciones integrales ni necesariamente responsables.

(ii) LA GENERACIÓN DE FALSAS EXPECTATIVAS DE LO QUE SE PUEDE LOGRAR

Por su parte, Rosenberg (2008) ahonda en esto sosteniendo que las decisiones judiciales tienen efectos en el caso concreto que resuelven. Por lo mismo, no son capaces de producir un cambio a nivel general como sería la expectativa. Por tanto, hay una “esperanza vacía” en los jueces, porque se les pide cumplir un rol que no pueden ni tienen las capacidades para cumplirlo adecuadamente: carecen de la experiencia y pericia para fijar políticas públicas, que, por su naturaleza, pueden ser especialmente complejas, sobre todo en temas relativos al derecho a la educación y la salud. Una muestra de la complejidad de estos temas es que la regulación de variadas aristas en salud y en educación se ha hecho mediante Decretos con Fuerza de Ley (conocido por su abreviación “DFL”¹⁶) que diseña el Ejecutivo en su calidad de colegislador y

Por tanto, hay una “esperanza vacía” en los jueces, porque se les pide cumplir un rol que no pueden ni tienen las capacidades para cumplirlo adecuadamente: carecen de la experiencia y pericia para fijar políticas públicas, que, por su naturaleza, pueden ser especialmente complejas



¹⁶ Los decretos con fuerza de ley son actos normativos dictados por el Presidente

luego es aprobado por el Congreso. Esto se da, en la práctica, porque la capacidad técnica y de asesoramiento del Ejecutivo es superior.

Un ejemplo de esto ocurriría en el caso de que se demande para que se respete el derecho a la salud y no le sea «arrebatado» por una adecuación –modificación unilateral por parte del prestador, es decir, la Isapre– en el precio del contrato. La doctrina mayoritaria hasta ahora ha señalado que es inconstitucional, sin embargo, en la práctica, las prestadoras continúan realizando este tipo de actos y, a veces, incluso es difícil que se respeten ciertos fallos.

Además, y más importante aún, porque dado que no son elegidos democráticamente, no son verdaderos representantes y se encuentran exentos de ese control ciudadano. En efecto, los parlamentarios sí tienen un control ciudadano, partiendo por la misma elección que les confirió la legitimidad de su cargo y por todos los controles que los mismos pesos y contrapesos han establecidos en los procesos de formación de la ley. Nada de esto ocurre en el Poder Judicial, ya que no es esa la labor llamada a cumplir.

(iii) LA DISTORSIÓN DE LOS CONTROLES FINANCIEROS Y PRESUPUESTARIOS ASOCIADOS A LA CONCRECIÓN DE LOS DESC

Por otro lado, como mencionamos anteriormente, el cumplimiento de los derechos sociales presupone necesariamente un desembolso económico o una prestación material importante. Por lo tanto, siempre debe tenerse presente la relación entre su efectiva satisfacción y los limitados recursos públicos para garantizarlos (Schalper, 2020). Entonces, al permitir que los jueces se pronuncien sobre los derechos sociales y económicos que la Constitución consagra, se genera una especie de creación indirecta – y, por supuesto, no deseada– de políticas públicas, para las cuales, como ya hemos dicho, no se cuenta ni con el apoyo técnico ni con la *expertise* necesaria. Esto se produce en cuanto las decisiones judiciales relativas a estos derechos requieren (en su mayoría) de contraprestaciones. En este sentido, sabemos que esta consideración fue uno de los puntos para no asociar el recurso de protección a los derechos sociales presentes en nuestra Carta vigente. En efecto, el informe final de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC)¹⁷ señala que “es evidente que el recurso de protección no puede hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucional-

de la República, previa autorización del Congreso Nacional mediante una ley determinada, la cual establece las materias que el DFL puede tratar y el plazo máximo de un año para ejercer dicha facultad.

17 Más conocida como la Comisión Ortúzar.

mente, dependen para su debida satisfacción, de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social u otros” (en Navarro, 2012). Lo anterior no hace más que reforzar el problema que advertimos.

En relación a este punto, se puede mencionar además que existen razones de responsabilidad fiscal e, incluso, su vínculo con la Ley de Presupuestos, tan importante en nuestro país y que en el pasado generó grandes crisis políticas cuando no se respetó; en particular, el proceso que ésta debe seguir (iniciativa exclusiva del presidente y aprobación del Congreso) y los controles a los que debe someterse¹⁸.

De esta manera, no deja de ser contradictorio que muchas veces quienes más abogan por largos listados hiper definidos de derechos sociales, sean al mismo tiempo quienes abogan por mayores instancias de participación y deliberación política ciudadana.



Finalmente, este ajusticiamiento tiene un doble impacto en la distribución de los ámbitos o esferas de acción, de lo judicial y lo político. Al existir lo que sería un método alternativo, sentencias judiciales sobre derechos sociales, con la misma finalidad que la ley, el ámbito de deliberación en la que ésta última se forma, pierde su valor y, además, necesariamente se reduciría, porque las decisiones de los jueces ganan terreno y se extienden en contenido y alcance (Alvarado y Silva, 2020), traslapándose con aquellas que deberían tomarse en sede política.

En la medida que los derechos sociales sean susceptibles de ser reclamados en sede judicial, “los jueces, mediante sus decisiones particulares, podrán ordenar determinadas prestaciones al Estado en un amplio abanico de temas, cuestionando o derechamente reconfigurando múltiples políticas públicas” (Alvarado, 2014, pp. 10). De esta manera, no deja de ser contra-

¹⁸ El proyecto de Ley de Presupuestos se presenta exclusivamente por el Presidente de la República al Congreso Nacional una vez al año. Debe realizarse a lo menos con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir, es decir, el proyecto tiene que ingresar al Parlamento a más tardar el 30 de septiembre de cada año. Luego, si el Congreso no lo despachare dentro de los sesenta días contados desde su presentación, regirá el proyecto presentado por el Presidente de la República.

dictorio que muchas veces quienes más abogan por largos listados híper definidos de derechos sociales, sean al mismo tiempo quienes abogan por mayores instancias de participación y deliberación política ciudadana.

En efecto, todo lo que quede consagrado en el texto constitucional, por la naturaleza y fin que persigue la misma Constitución, se transforman en «cotos vedados» de la discusión, es decir, en temas y reglas infranqueables que modelarán y delimitarán el espacio del legislador. Así, por definición coarta la posibilidad de discusión y deliberación en la sede política, mucho más aún, en las posibilidades de que la sociedad civil participe de ella. Al final del día será lo uno o lo otro.

V. Las metas solidarias: una propuesta alternativa

Como ya hemos advertido, la manera de abordar los derechos sociales y responder frente a ellos, va a ser un tema esencial en la próxima discusión constituyente. Además, las consecuencias de que los Tribunales de Justicia se vean involucrados en decisiones que le competen al Ejecutivo y Legislativo, son particularmente graves y contribuyen a debilitar las instituciones, ya en vilo actualmente.

Ante esto, creemos que una opción razonable, y que vale la pena considerar, son las metas solidarias. Inspiradas en el modelo alemán sobre derechos sociales, pueden al mismo tiempo compatibilizarse y combinarse pacíficamente con la historia constitucional chilena. De esta manera, además, ofrecen un método que evita los problemas derivados de la judicialización, sin que los derechos devengan en meras aspiraciones programáticas.

Como bien señala Schalper (2020), la persona es un ser social que requiere de los demás para su pleno desarrollo y bienestar. Los destinos de unos y otros están estrechamente relacionados, de modo que no podemos desatendernos de la realidad de los demás. Por lo mismo, se requieren condiciones mínimas para el desarrollo integral de todas las personas, condiciones que surgen de la cooperación solidaria de carácter público-privada. Así, un orden social justo es tarea de todos y no solo del Estado, sin perjuicio del rol activo y no pasivo que este tiene.

Entonces, estas metas solidarias implican considerar a los derechos sociales no como la clásica caracterización de derechos individuales, ni como meras aspiraciones programáticas, sino más bien, como horizontes políticos plasmados en la Constitución, constituyendo un verdadero mandato abierto a los órganos deliberativos, en especial al Congreso, para que legislando concretice los distintos objetivos y satisfaga estas necesidades. Ello permite atender a las circunstancias específicas del momento,

de manera que exista flexibilidad junto con una cuota de realidad. Además, las metas solidarias permiten adecuarse a las circunstancias concretas financieras y a las prioridades del país.

Lo anterior incluye diseñar mecanismos que permitan exigir judicialmente el cumplimiento de las metas por parte de aquellos a quienes les corresponda, es decir, a los legisladores, proveyendo a los ciudadanos de herramientas reales que impidan su desamparo. Estos mecanismos son dos. En primer lugar, la facultad de los afectados de interponer una acción constitucional en caso de negligencia inexcusable de los legisladores. En segundo lugar, la existencia de un control judicial indirecto, en virtud del cual, ante situaciones o casos concretos donde los ciudadanos puedan ver vulnerados estos derechos, tengan la facultad de reclamar ante la justicia ordinaria, pero, sin significar este un medio que establezca la obligatoriedad del Estado como único garante de ellos y, por ende, se conviertan en derechos directamente reclamables ante la justicia. Esto evitaría la excesiva intervención de los jueces y mantendría el equilibrio de poderes (Schalper, 2017).

En otras palabras, estas metas se consagran como fines constitucionales, siendo la ley quien tiene el mandato de regular las facultades, obligaciones y responsabilidad del cuerpo estatal y de los particulares respecto a ellas. De esta manera se logra, por una parte, establecer la clara responsabilidad de los distintos poderes del Estado frente a estos derechos y, por otra, fijar de manera definida la expectativa que la ciudadanía puede tener de la regulación constitucional. Esto, además, permite un reconocimiento expreso a que es el tejido social el motor de la sociedad y no el Estado. En otras palabras, no es responsabilidad última ni única del cuerpo estatal solamente, la de acudir a la concreción de estas metas solidarias, sin perjuicio que el Estado no es un mero observador pasivo, como lo entiende la postura más cercana al liberalismo económico.

Además, a través de las metas solidarias, el logro de estos propósitos se transforma en un imperativo coercitivo, que no se dejan meramente a la buena voluntad del legislador. No solo se proponen acciones de cautela establecidas por el legislador para cada uno de estos derechos, sino también una acción constitucional ante el Tribunal Constitucional para el caso en que el órgano deliberativo no pormenorice o incumpla gravemente en la protección de ellos.

De esta manera se logra, por una parte, establecer la clara responsabilidad de los distintos poderes del Estado frente a estos derechos y, por otra, fijar de manera definida la expectativa que la ciudadanía puede tener de la regulación constitucional.



VI. Conclusión

Todo indica que el debate sobre los derechos sociales será fuertemente abordado en una eventual convención constituyente, aparejada, por supuesto, de grandes expectativas de cambios en la realidad social concreta de cada uno de los ciudadanos.

En razón a esto, y ante la necesidad de proveer a las personas de condiciones para lograr su pleno desarrollo, vemos a las metas solidarias como el mecanismo adecuado para ello, pues reconocen que condiciones mínimas materiales son menester para el desarrollo de todos los chilenos, otorgando flexibilidad en la definición de estas y en la forma de llevarlas a cabo. Además, estas logran conciliar de mucho mejor manera con el espíritu de participación democrática, ya que, de lo contrario, estas definiciones vendrían zanjadas de antemano en el texto constitucional; evitando, de este modo, las pretensiones de algunos por establecer largos listados de derechos sociales para un verdadero aseguramiento de un Estado más social, lo que debilitaría aún más la deliberación pública y, sin duda, terminaríamos con una más abierta y nociva judicialización de derechos.

Estas logran conciliar de mucho mejor manera con el espíritu de participación democrática, ya que, de lo contrario, estas definiciones vendrían zanjadas de antemano en el texto constitucional



VII. Referencias

- Alvarado, Claudio y Silva, Alejandro (2020). *Supremacía Constitucional y derechos sociales: ¿Hacia judicialización de la política?* Revista *Ius et Praxis*, Año 26, N°2, 2020, pp. 32 – 54. Talca, Chile.
- Alvarado, Claudio (2014). Nueva Constitución y Derechos Sociales. IES. Disponible en: <https://www.ieschile.cl/claves/constitucion.pdf> Fecha de consulta: 23 de octubre, 2020.
- Atria, Fernando (2004). ¿Existen derechos sociales? *Discusiones*, Núm. 4. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/research/existen-derechos-sociales-0/005b652e-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>. Fecha de consulta: 6 de octubre, 2020.
- Bertelsen, Raúl. (2019). *Fuerza normativa de la Constitución y judicialización de los derechos sociales de prestación*. Revista de Derecho Público Iberoamericano, N° 15, pp. 115 - 151.
- Correa, Jorge (2016). Propuesta inicial sobre derechos constitucionales. En *Propuestas Constitucionales. La academia y el cambio constitucional en Chile*, pp. 17 – 32. Santiago Chile: Centro de Estudios Públicos.
- Couso, Javier (2011): “La judicialización de la política chilena: la revolución de los derechos que nunca fue”, en: Sieder, Rachel; Schjolden, Line y Angell, Alan (Coords.). *La judicialización de la política en América Latina*. México, Ciesas y Universidad Externado de Colombia, pp. 121-146. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S07180012202000020003200030&lng=en. Fecha de consulta: 7 octubre 2020.
- Eyzaguirre, Sylvia (2017). La Constitución y los derechos sociales. En *Puntos de referencia*, Centro de Estudios Públicos, Edición online N°472. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/puntos-de-referencia/puntos-de-referencia-2017/la-constitucion-y-los-derechos-sociales-el-limite-de-la-democracia>. Fecha de consulta: 24 de septiembre, 2020.
- Informe Final de la CENC, en *RCHD* 8 (11981), p. 235
- Navarro Beltrán, Enrique (2012). *35 Años del Recurso de Protección, Notas sobre su alcance y regulación normativa*. Revista Estudios Constitucionales, Vol. 10 no. 2. Santiago, Chile. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200017#93. Fecha de consulta: 24 de septiembre, 2020.

- Nogueira, Humberto. (2009). *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*. Estudios Constitucionales, N° 2, 143 - 205.
- Rosenberg, Gerald N. (2008). *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Segunda edición. Editorial University of Chicago Press.
- Schalper Sepúlveda, Diego (2017). "Derechos sociales y metas solidarias". En *Solidaridad. Política y economía para el Chile postransición*. Correa y Stewart (eds.), pp. 113- 129. Santiago: IdeaPaís.
- Schalper Sepúlveda, Diego (2020). "Derechos sociales: una visión alternativa". En *Revista Raíces*, Edición n° 1. pp. 43 – 50. Ediciones IdeaPaís.
- Soto, Sebastián (2008). Fallo Isapres: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces. En *Sentencias Destacadas 2008, Libertad y Desarrollo*. Disponible en: <https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-171-213-Fallo-Isapres-Una-mirada-a-los-Derechos-Sociales-y-al-rol-de-los-Jueces-SSoto.pdf>. Fecha de consulta: 7 de octubre 2020.
- Vergara Blanco, Alejandro (1991 - 1992): *La propietarización de los derechos*. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIV, pp. 281 – 291.