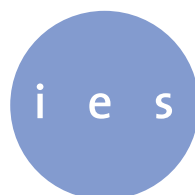


# NUEVA CONSTITUCIÓN Y DERECHOS SOCIALES

## 5 CLAVES PARA EL DEBATE

---

Claudio Alvarado R.  
Abogado. Investigador IES



instituto  
de estudios  
de la sociedad

## 5 claves para el debate

Chile está *ad portas* de enfrentar la discusión constitucional más importante de las últimas décadas. La idea de una asamblea constituyente parece haber perdido fuerza, pero la nueva Constitución es uno de los pilares del programa del actual gobierno y, pese a que aún faltan muchos detalles por conocer, ya es posible vislumbrar varios aspectos problemáticos. En particular, destaca la tensión existente entre la anunciada garantía constitucional de los derechos sociales y la bullada crítica al carácter “tramposo” de la Constitución.

- 1** Hoy en día el argumento invocado con más frecuencia a la hora de justificar un nuevo texto constitucional no apunta primeramente al *origen* de la Constitución, sino más bien a su *operativa*. El problema sería que ésta habría perseguido neutralizar a las mayorías democráticas mediante una serie de cerrojos o “trampas”, con el propósito de favorecer determinadas posiciones políticas. La crítica admite matices y distinciones, pero ha puesto sobre la mesa la importancia del autogobierno y la necesidad de mayores espacios para la deliberación y el debate político.
- 2** La crítica a las “trampas” o cerrojos no logra explicar por qué sería necesario un nuevo texto constitucional íntegramente considerado. Si el principal déficit de la Constitución vigente radica en esos mecanismos, lo razonable es, antes que todo, discutir sobre ellos y eventualmente reformarlos. De hecho, académicos y políticos que argumentan en base a las “trampas” han reconocido que si éstas fueran modificadas estaríamos en presencia de una “nueva Constitución”. En consecuencia, quienes proponen avanzar hacia un texto constitucional completamente renovado deben ofrecer razones adicionales, que justifiquen fundadamente un cambio de tal magnitud.
- 3** El diagnóstico invocado para justificar el cambio constitucional —las “trampas” o cerrojos— tampoco parece coherente con el proyecto de nueva Constitución delineado en el programa de gobierno, que propone una regulación expansiva en materia de derechos constitucionales. La paradoja es que mientras más derechos y más amplios, más áreas quedarán fuera del proceso político: lo propio de un derecho es ser exigible ante tribunales y, por tanto, su árbitro último siempre será un juez. Aquí parece olvidarse que toda constitución —también una nueva— será supra mayoritaria y que, por lo mismo, siempre existe el riesgo de sustraer más allá de lo razonable determinados asuntos de la discusión.

- 4 Una Constitución generosa en derechos sociales formulados ambigua y equívocamente tiende a restringir aún más los márgenes del debate político. La satisfacción de este tipo de derechos suele exigir cuantiosos recursos, lo que fácilmente puede llevar a los jueces a incursionar en el campo de las políticas públicas, cuya elaboración excede la función judicial y exige otro tipo de competencias y de razonamientos. En especial porque, a diferencia de los “derechos de primera generación”, los derechos sociales no quedan totalmente especificados por el reconocimiento de su titular o beneficiario y, por tanto, el sujeto obligado a satisfacerlos en principio depende de la deliberación de cada comunidad. Así, al quedar atada a la Constitución una visión particular y expansiva de estos derechos, disminuye el ámbito propio de la política.
- 5 La tensión entre el argumento de las “trampas” y la propuesta constitucional contenida en el programa de gobierno se explica por el modo en que ciertas elites políticas y académicas parecen comprender la Constitución: como una “carta de triunfo” en contra de los respectivos adversarios políticos. Este fenómeno explicaría también la intención de *volver a fojas cero*, manifestada en la idea de avanzar hacia una asamblea constituyente. Se trataría, entonces, de la misma carga conceptual denunciada en el texto aprobado en 1980, pero en un sentido opuesto (y contra una Constitución utilizada y reformada durante dos décadas de convivencia democrática). Esto implica negar en los hechos la necesidad de mayor espacio para el debate político que, paradójicamente, se esgrime para justificar una nueva Constitución.

*"El programa de gobierno propone una regulación ambigua y expansiva en materia de derechos constitucionales. Esto se contradice con el diagnóstico —las "trampas"— que haría necesaria una nueva Constitución. Mientras más derechos y más amplios, menor espacio para la deliberación política".*

## I. Introducción

Chile está *ad portas* de enfrentar el debate constitucional más relevante desde el regreso a la democracia. La discusión relativa a una nueva Constitución ha aumentado progresivamente y, como es sabido, la disputa sobre una eventual asamblea constituyente alcanzó revuelo durante las últimas campañas electorales (basta recordar la polémica que rodeó la iniciativa “Marca Tu Voto”<sup>1</sup>). Si bien esta posibilidad parece haber perdido fuerza en el entorno de Michelle Bachelet incluso antes de asumir el gobierno<sup>2</sup>, una de las principales promesas de campaña de la Presidenta, recordada recientemente por ella misma ante la ONU<sup>3</sup>, fue dotar a Chile de una nueva carta fundamental<sup>4</sup>. Así, todo indica que el debate sobre la nueva Constitución llegará al Congreso en 2015.

En este contexto, y aunque aún faltan muchos detalles y definiciones por conocer, ya es posible observar tensiones y contradicciones en ciertas aristas de la discusión. Este informe busca poner sobre la mesa algunas de esas tensiones, en particular aquellas relativas a los derechos sociales y al núcleo central de la tesis que —programa de gobierno inclusive— se ha esgrimido con más fuerza al momento de explicar por qué sería ne-

cesario un nuevo texto constitucional. De cara a la conversación que como sociedad debemos tener sobre estos asuntos, resulta ineludible preguntarnos por las razones que justificarían el cambio constitucional que se anuncia y, por cierto, por la solidez de los diversos argumentos en disputa.

Contribuir a esa reflexión es el propósito del presente trabajo.

## II. Una nueva justificación

Son varias las voces que consideran imprescindible dotar a Chile de “una nueva Constitución que surja de la voluntad popular”<sup>5</sup>. Pero debemos notar que el texto constitucional vigente tiene poco que ver con la Constitución aprobada en 1980: de los 120 artículos originales, apenas una veintena no ha sufrido modificaciones. Más aún, entre los legados que dejó la última gran reforma constitucional (Ley 20.050 del año 2005) se encuentra un nuevo texto refundido de la Constitución, firmado por el ex Presidente Ricardo Lagos, quien en ese entonces afirmó que con dicha reforma se alcanzaba la democratización plena del texto constitucional<sup>6</sup>.

Los dichos de Lagos, en todo caso, no constituyen un fenómeno aislado. A lo largo de todo el espectro político no han sido pocos quienes, reconociendo problemas de legitimidad en el origen de la Constitución, los han creído superados con alguna de las múltiples reformas constitu-

1 Aún está disponible el sitio web de esta campaña ciudadana, con toda la información respectiva: [www.marcatuvoto.cl](http://www.marcatuvoto.cl). Para una opinión crítica, ver: Mansuy, Daniel, “¿Marca tu voto?”, columna publicada en La Tercera (2013). Disponible en: <http://voces.latercera.com/2013/11/13/daniel-mansuy/marca-tu-voto/>

2 Véanse las declaraciones de Francisco Zúñiga, jefe de la comisión constitucional de Michelle Bachelet, al diario La Tercera, en diciembre de 2013. Disponibles en: <http://diario.latercera.com/2013/12/21/01/contenido/reportajes/25-153871-9-la-asamblea-constituyente-al-archivador.shtml>

3 Así lo informaron diversos medios de prensa los días 24 y 25 de septiembre de 2014.

4 *Chile de todos*. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018, p. 30.

5 Ensignia, Jaime y otros (ed.), *Plebiscito para una nueva Constitución* (Santiago: El Buen Aire, 2013), p. 8.

6 Lagos sostiene (entre otras) las siguientes ideas: “El 17 de septiembre del año 2005, firmamos solemnemente la Constitución democrática de Chile”; “Chile cuenta desde ahora con una Constitución que ya no nos divide, sino que es un piso institucional compartido, desde el cual podemos continuar avanzando por el camino del perfeccionamiento de nuestra democracia”; “Tenemos hoy una Constitución democrática”. En: Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional* (Santiago: LexisNexis, 2005) pp. 11-12.

cionales aprobadas en las últimas dos décadas. Por lo demás, para autores como Alejandro Silva Bascuñán (afín a la DC y probablemente el constitucionalista más destacado del siglo XX) la Constitución se validó en una época temprana. A propósito del plebiscito de 5 octubre de 1988 (día del recordado triunfo del “No”), de la reforma constitucional plebiscitada en 1989 y de la elección presidencial y parlamentaria del mismo año, Silva Bascuñán señala que:

Es mérito indiscutible del cuerpo electoral, en expresión auténtica de la voluntad de la gran mayoría de los chilenos de convivir en la vigencia del principio democrático, haber transformado la imposición de un texto en una nueva estructura constitucional firmemente ratificada por la ciudadanía<sup>7</sup>.

Es obvio que nada de lo anterior impide debatir sobre el origen ni tampoco sobre la legitimidad de la Constitución que entró a regir en 1981: ello siempre es posible porque, tal como apuntaba ya en 1983 Francisco Cumplido<sup>8</sup>, se trata de un asunto muy controversial. De hecho, uno de los factores que parece haber otorgado viabilidad política al retorno pacífico a la democracia fue precisamente la renuncia *ex profeso* a discutir este problema<sup>9</sup>. Pero así como nada de lo di-

cho impide debatir esos temas, ello sí pone de manifiesto, en cambio, lo problemático que resulta criticar la Constitución únicamente por su origen. El texto vigente es muy diferente al aprobado en 1980 y, además, dicha crítica es inseparable de las diferentes visiones que hay en torno a la historia política y a la evolución constitucional de los últimos 25 años. Por eso, incluso si nos restringimos a los sectores que hasta hace poco conformaban la Concertación de Partidos por la Democracia, la cuestión dista de ser pacífica.

Con todo, lo interesante de la presente discusión es que no se agota en el asunto del origen de la Constitución. El mejor ejemplo está dado por las tesis de Fernando Atria, académico de las universidades Adolfo Ibáñez y de Chile, y uno de los principales impulsores de la controversia sobre el *problema constitucional*. No es que Atria no sea crítico del origen de la Constitución: lo es y cree que éste importa. No obstante, él reconoce de modo expreso lo siguiente: “el solo hecho de haber sido aprobada en un plebiscito fraudulento, hace más de treinta años, no puede ser una objeción decisiva en contra de ella”<sup>10</sup>. Así, el argumento de Atria no apunta primeramente al origen, sino a la operación de la Constitución, y podría formularse como sigue: ésta habría perseguido neutralizar la agencia política del pueblo mediante una serie de cerrojos o “trampas” que, aún vigentes, contendrían a las mayorías democráticas con el propósito de favorecer determinadas posiciones políticas.

Parece difícil negar que Atria ha puesto sobre la mesa temas de primer orden, como la falta de espacio suficiente para el debate político y el autogobierno de la ciudadanía. Pero, ¿basta con ellos para justificar una nueva Constitución?

7 Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), Tomo III, p. 242. Silva Bascuñán aquí cita a Renato Cristi, para quien también parecía posible, sin perjuicio de “ser determinado con mayor precisión”, argumentar que la Constitución de 1980 se legitimó con las reformas constitucionales aprobadas y plebiscitadas el año 1988, o bien una vez que entró en funciones el Congreso Nacional en 1990. En Cristi, Renato, “La noción de Poder Constituyente en Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho*, 1993, vol. 20 N° 2 y 3: p. 249.

8 Cumplido, Francisco, *Estado de Derecho en Chile* (Santiago: Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, 1983).

9 Quizás el hito más destacado fue el famoso discurso de Patricio Aylwin en julio de 1984, en el seminario convocado por el Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, considerado uno de los antecedentes relevantes del llamado Acuerdo Nacional. Aylwin sostuvo: “Puestos a la tarea de buscar una solución, lo primero es dejar de lado la famosa disputa sobre la legitimidad del régimen y su Constitución... ¿Cómo superar este impasse sin que nadie sufra humillación? Solo hay una manera: eludir deliberadamente el

tema de la legitimidad”. En: Otano, Rafael, *Crónica de la Transición* (Santiago: Ed. Planeta, 1995), pp. 18-20.

10 Atria, Fernando, *La Constitución Tramposa* (Santiago: LOM Ediciones, 2013), p. 58.

### III. Constitución y debate político: una incoherencia

Las ideas de Fernando Atria antes aludidas fueron acogidas en el programa de gobierno de Michelle Bachelet. Para éste, el déficit más grave de la Constitución sería su “desconfianza a la soberanía popular”, la que se vería reflejada en el sistema binominal<sup>11</sup>, en las leyes de quórum *supra* mayoritarios<sup>12</sup> y en las facultades preventivas del Tribunal Constitucional (TC)<sup>13</sup>, es decir, en los mismos mecanismos cuestionados por Atria. Ciertamente ninguno de éstos es exclusivo de nuestra Constitución, pero, considerando la cantidad e intensidad de esos dispositivos, la crítica en base a los cerrojos o “trampas” resulta al menos plausible y contra ellos, por lo mismo, apuntan diversos sectores<sup>14</sup>.

La pregunta es qué cabe concluir a partir de esa crítica, porque, incluso asumiéndola íntegramente, de ella no se sigue la necesidad de formular un nuevo texto constitucional tal como el que se anuncia. Si el principal problema son los

dispositivos calificados como tramposos, ¿por qué no discutir y eventualmente reformar única o primeramente lo que dice relación con ellos? ¿Por qué pretender cambiar todo el contenido de la Constitución? Nótese que Atria afirma de modo expreso que si dichos mecanismos son reformados, “eso sería una nueva Constitución, incluso si el resto del texto no fuera modificado”<sup>15</sup>, idea que en su minuto también fue respaldada por el senador Ignacio Walker, Presidente de la Democracia Cristiana<sup>16</sup>.

Pero eso no es todo. Así como hay propuestas que no parecen convergentes con las tesis de Atria, hay otros planteamientos que sí cabría esperar de un discurso que busca reivindicar el autogobierno y aumentar el espacio para el debate político. Para comprender esto debemos recordar la naturaleza de la democracia y los bienes que ella busca resguardar<sup>17</sup>. Sin duda la democracia busca asegurar y expandir la participación de la ciudadanía, pero no únicamente eso. Tanto o más consustancial a la idea de democracia es el propósito de evitar los privilegios arbitrarios y la opresión de los débiles, lo que exige, entre otras cosas, tomar medidas con vistas a evitar que las mayorías aplasten a las minorías<sup>18</sup>.

11 Sistema de elección de diputados y senadores vigente en Chile. En cada distrito o circunscripción se eligen dos candidatos, a saber, los más votados de cada una de las dos listas que obtienen las más altas mayorías. Pero si la lista más votada obtiene más del doble de votos que la lista que le sigue, la lista que “dobla” obtiene ambos escaños. Al momento de escribir este trabajo avanza rápidamente la tramitación del proyecto de reforma del sistema electoral.

12 Aquí se hace referencia en especial a las Leyes Orgánicas Constitucionales (LOC), para cuya aprobación, modificación o derogación se requieren 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio (Art. 66 de la Constitución).

13 Con ello se alude a la posibilidad que tiene el TC de intervenir en las discusiones sobre constitucionalidad de las leyes que se suscitan durante la tramitación de proyectos de ley. En relación con este punto también existe una discusión más amplia (aunque no muy difundida en Chile) relativa al llamado *judicial review*, es decir, a la facultad de un tribunal de invalidar leyes aprobadas por los parlamentos. Un panorama respecto a estos puntos y a las leyes *supra* mayoritarias en: Clure, Lucas y Lucas Sierra, *Frente a las mayorías: Leyes Supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile*. CEP, CIEPLAN, LyD y Projectamérica, 2011; y en: Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011), pp. 19 ss.

14 Ver, por ejemplo: García, José Francisco, “Minimalismo e incrementalismo constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2014, vol. 41 N° 1, p. 295.

15 Atria, Fernando, *La Constitución tramposa*, p. 55.

16 Ignacio Walker, “Nueva Constitución”, columna publicada en *El Mercurio* (2013). Disponible en: <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/12/21/18017/Nueva-Constitucion.aspx>

17 Esto, a su vez, exige recordar algo que Ernst Wolfgang Böckenförde advirtió a mediados del siglo pasado: la democracia tiene ciertos presupuestos sociales, éticos y culturales que por sí sola no puede crear ni garantizar. Ver: Böckenförde, Ernst W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (Madrid: Editorial Trotta, 2000) pp. 198 ss.

18 En la democracia confluirían dos principios o tendencias, imponiéndose mutuos límites: el principio democrático y el principio liberal. En: Casanova, Carlos, *Racionalidad y Justicia* (Santiago: Globo Editores, 2013), pp. 163 ss. Como decía Benjamin Constant, “cuando se establece que la soberanía del pueblo es ilimitada, se crea y se lanza al azar en la sociedad humana un grado de poder demasiado grande en sí mismo, y que es un mal cualesquiera sean las manos en que se le coloque. Confiadle a uno solo, a varios, a todos, e igualmente seguirá siendo un mal”. En: *Principios de política*, I.



Reivindicar el autogobierno, entonces, no implica solo reconocer su lugar a las mayorías, sino también establecer límites adecuados con vistas a garantizar, en el mayor grado posible, la libertad de los ciudadanos y de agrupaciones sociales de diversa índole, lo que explica el sentido de una constitución escrita<sup>19</sup>. Éstas buscan organizar el gobierno y posibilitar un uso racional y limitado del poder político, con vistas a evitar el abuso y la concentración del mismo, reconociendo a la vez determinados derechos básicos que, por ser tales, quedan fuera del juego político. Y ello explica, a su vez, ciertas características formales de las constituciones, entre las que destaca su mayor rigidez o dificultad de reforma, en comparación con las leyes ordinarias.

La consecuencia de lo anterior es que toda constitución será en alguna medida *supra* mayoritaria, por lo que siempre existirá el riesgo de “ahogar” o sustraer más allá de lo razonable determinados asuntos de la discusión política; y una eventual nueva Constitución no está exenta de caer en ello<sup>20</sup>. El programa de gobierno de Michelle Bachelet pareciera ser consciente de esta dificultad, por ejemplo, a la hora de tratar el TC, al que califica como “una institución contra mayoritaria” (razón por la que propone “racionalizar” su rol, privándolo de ciertas competencias). Si bien esta aproximación al TC puede ser discutida o al menos problematizada, resulta coherente con el argumento de Atria.

Pero dicha aproximación constituye una excepción y, de seguir lo estipulado en el bullado programa, el nuevo texto constitucional no muestra-

19 Una distinción sobre constitución en sentido elemental (escrita) y constitución en sentido profundo (articulación política), inspirada en la obra de Eric Voegelin, en: Casanova, Carlos, *Ibid.* pp. 47 ss.

20 El hecho de que el programa de gobierno de la Nueva Mayoría proponga bajar los quórum de reforma constitucional no altera esta observación porque, incluso si ello se verificara —lo que es una mera eventualidad—, la Constitución seguirá siendo más difícil de reformar.

rá la misma coherencia. En efecto, el programa de gobierno propone una concepción de los derechos tendiente “a su progresividad, expansividad y óptima realización posible”<sup>21</sup>, planteando tratar y proteger como derechos constitucionales una serie de temas de distinto nivel e importancia. Esto no es congruente con la denunciada falta de política y de autogobierno: mientras más derechos y más amplios, más áreas quedarán ajenas al proceso político. No debemos olvidar que lo propio de un derecho es ser exigible ante tribunales y, por tanto, su árbitro último siempre será un juez; en este caso, un juez constitucional.

No obstante, el programa plantea abordar como derechos constitucionales asuntos tan disímiles como la participación política de hombres y mujeres, la identidad sexual y los derechos reproductivos, la propiedad de los recursos naturales, el carácter pluricultural del Estado de Chile, una cláusula de Estado social, etc.<sup>22</sup> Estas propuestas admiten diversas variables y concreciones, exceden con creces la protección de determinadas exigencias básicas de justicia y, quizás lo más importante, interpretadas “expansivamente” pueden abarcar casi cualquier área relevante de discusión política. Mientras más amplio es el ámbito de la Constitución, menor espacio para la deliberación pública y para las mayorías legislativas. La contradicción, qué duda cabe, es manifiesta.

Quizás alguien podría pensar que el problema es circunstancial, pero esa idea topa con un dato difícil de ignorar: a lo largo de sus 196 páginas, el programa de gobierno de Michelle Bachelet repite la palabra “derechos” 262 veces, siendo por lejos la voz más mencionada (y superando con creces a términos como “Estado” o “desarrollo”)<sup>23</sup>.

21 *Chile de todos*, p. 30.

22 *Chile de todos*, p. 31-35.

23 Revista *Qué Pasa*, 31 de octubre de 2013. Disponible en: <http://www.quepasa.cl/articulo/ojos-de-la-llave/2013/10/17-13064-9->



El dato no solo ilustra con nitidez el papel que hoy asignamos a los derechos dentro del debate político, sino que además refleja muy bien el tono del programa de la actual Presidenta. Este tono, como hemos dicho, no resulta coherente con abrir más espacios al debate político, déficit invocado en el último tiempo como la principal justificación del cambio constitucional.

El problema, en definitiva, podría sintetizarse de la siguiente forma: una propuesta constitucional como la contemplada en el programa de gobierno de Michelle Bachelet, caracterizada por un lenguaje ambiguo y expansivo en materia de derechos constitucionales, no es convergente con el diagnóstico que supuestamente hace necesario el cambio constitucional. Por tanto, si de verdad nos preocupa abrir espacios a la deliberación y al debate todo indica que el camino es otro. En particular, para superar los problemas generados por los cerrojos o trampas constitucionales parece más coherente una aproximación minimalista a la Constitución<sup>24</sup>: en caso contrario, crece el ámbito de lo *supra* mayoritario y de aquello que se sustrae del debate político.

La pregunta obvia que surge en este contexto es por qué el programa de gobierno de Michelle Bachelet incurre en esta contradicción.

#### IV. La Constitución como carta de triunfo

La “Nueva Constitución” es uno de los pilares del programa del actual gobierno, pero, como hemos visto hasta aquí, existe una incongruencia entre el argumento invocado como justificación de una nueva carta fundamental y la propuesta constitucional que dicho programa contiene. ¿Por qué sucede esto? Una explicación, desarrollada por Jorge Correa Sutil, es el modo en que ciertas elites políticas y académicas parecen comprender la

Constitución: lo que se buscaría es asegurar *ex ante* el resultado de la deliberación pública y del debate parlamentario futuro, atándolo en varias materias a uno de sus muchos resultados posibles. La Constitución sería concebida como una carta de triunfo en contra de los adversarios políticos y no, en cambio, como un terreno común o piso compartido<sup>25</sup>.

Ello explicaría no solo la contradicción antes expuesta, sino también la intención de *volver a fojas cero*, reflejada en la idea de avanzar hacia una asamblea constituyente. Para Correa Sutil, se trataría de algo análogo a lo que habrían buscado los autores de la Constitución aprobada en 1980: así como antes se habrían establecido ciertas disposiciones con vistas a asegurar la vigencia de un marco institucional económico, político y social, ahora se buscaría garantizar que la cancha quede desnivelada en función de los proyectos políticos que suscriben los críticos de la Constitución. Sería, entonces, la misma carga conceptual denunciada en el texto constitucional que entró a regir en marzo de 1981, pero en sentido opuesto y, dicho sea de paso, en un contexto político y mundial bastante distinto al período de Guerra Fría en que se dictó la Constitución<sup>26</sup>.

Si lo anterior es plausible, la conclusión es que hoy se estaría buscando favorecer de forma anticipada una posición política entre muchas otras, lo que implica negar en los hechos los mismos autogobierno y falta de debate político reivindicados a la hora de justificar la nueva Constitución. Para Correa Sutil eso es precisamente lo que sucede con varios de los impulsores del *problema constitucional*: ellos, dice él, “no han hecho el trabajo de hacer triunfar popularmente las ideas fuerza de reemplazo y pretenden un atajo”, como si la crítica contra la

25 Correa Sutil, Jorge, “¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución?”, en *Anuario de Derecho Público 2013 Universidad Diego Portales*, (Santiago: Ediciones UDP, 2013), pp. 26 ss.

26 La diferencia de contexto es muy importante, considerando que la Constitución vigente es fruto de dos décadas de convivencia democrática y de múltiples reformas efectuadas en ese período.

los-conceptos-de-bachelet-y-matthei.shtml

24 García, José Francisco, *Ibid.* Pp. 270 ss.

legitimidad del texto constitucional vigente “fuera suficiente para dictar una nueva Constitución sin haber transformado en dominantes las ideas fuerza del texto de reemplazo”<sup>27</sup>.

Esta dificultad se aprecia con particular nitidez en el afán de resguardar constitucionalmente los llamados *derechos sociales* tal como éstos se han planteado. En su caso no se trata únicamente de la posible restricción del debate político que, como explicamos en el acápite anterior, tiene lugar siempre que se abordan de manera ambigua los derechos constitucionales. Dicha restricción tiene una arista adicional cuando hablamos de derechos sociales, porque éstos suelen demandar cuantiosos recursos y, por tanto, una acción decidida desde el Estado. Así, en la medida que estos derechos son susceptibles de ser reclamados en sede judicial (si no lo fueran el asunto queda en mera retórica), 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.

La situación descrita genera incertidumbre y, además, conlleva el riesgo de que los jueces reemplacen a los legisladores<sup>28</sup>. De hecho, podría pensarse que ése sería el modo en que se protegería el nuevo marco institucional de la deliberación democrática; marco que no solo se establecería constitucionalmente, sino que además quedaría supeditado en primer lugar a los jueces y no la política. En efecto, a partir de la Constitución y su regulación tan genérica como generosa en derechos sociales, los

jueces se inmiscuirán en campos ajenos a los suyos; no por casualidad, sino porque la regulación político-constitucional así lo habría buscado o al menos permitido<sup>29</sup>.

Son este tipo de inconvenientes los que llevan a Correa Sutil a plantear una aproximación minimalista a la Constitución, la misma que antes caracterizamos como esperable desde la perspectiva de la preocupación por mayores espacios para el debate político. De lo que se trata, dice él, es de asumir nuestras diferencias y sus implicancias: todo lo que exceda a las reglas orgánicas fundamentales y al reconocimiento de ciertos derechos básicos debería quedar librado a la política y a la deliberación pública. Por tanto, más que agregar nuevos elementos, lo recomendable sería aproximarse al debate constitucional no tanto con un lápiz, sino más bien con una goma de borrar<sup>30</sup>.

Se comparta o no esta aproximación propuesta por Correa Sutil, su tesis ofrece una explicación razonable de la disociación existente entre la propuesta constitucional del programa de gobierno y su justificación. Pero no solo eso. Además, trae a colación una idea —“carta de triunfo”— que también puede aplicarse a nuestra concepción de los derechos, tal como señalara en su momento el propio Fernando Atria, al afirmar (siguiendo a Dworkin) que los derechos subjetivos son precisamente eso<sup>31</sup>. Vale la pena detenerse en este punto, porque todo indica que tras el proyecto constitucional recogido en el programa de gobierno de Michelle Bachelet

27 Correa Sutil, Jorge, “¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución?”, p. 31.

28 Jorge Correa Sutil también advierte sobre este problema: “Una de las cuestiones en las que, a mi juicio, debemos lograr más claridad es en delinear los ámbitos de lo judicial y de lo político”. En: Correa Sutil, Jorge, “La política comparece ante los tribunales. Judicialización y democracia en Chile”, Discurso de incorporación a la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, en *Societas*, Academia de Ciencias Políticas y Morales, 2013, N° 16, pp. 39 ss.

29 Esta crítica, en todo caso, no niega ni la necesidad ni la conveniencia de establecer (legislativamente y mediante políticas públicas) garantías mínimas que ayuden a llevar un nivel de vida adecuado a todos los sectores de la población. El problema, como se plantea en el texto, es el mecanismo escogido y la incoherencia existente entre éste y el diagnóstico que acusa a la Constitución vigente de “tramposa”.

30 Correa Sutil, Jorge, “¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución?”, p. 34

31 Atria, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones: Derechos Sociales*, 2004, N°4, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, p. 26.

hay *algo más* que una determinada manera de entender la Constitución.

## V. Derechos sociales: el problema de fondo

Para comprender qué quiere decir que los derechos en sí mismos constituyan una “carta de triunfo” debemos partir por notar el creciente acuerdo en torno a su papel e importancia. Si de algo se jacta el mundo contemporáneo es de ése consenso, que no se agota ni de cerca en los numerosos tratados o declaraciones. En la actualidad, a partir de los derechos valoramos ética y políticamente —es decir, juzgamos para bien o para mal— nuestra situación carcelaria, el tratamiento de la infancia, el respeto a las minorías sexuales, la relación con nuestras comunidades originarias, el estado de nuestra educación y un largo etcétera. Este es un fenómeno global (al menos en occidente) y al parecer muy positivo: los derechos marcarían un límite que ninguna persona razonable puede legítimamente traspasar.

Así, tras este aprecio por los derechos subyacería una postura ético-política contraria a los abusos y al ejercicio arbitrario del poder y, teniendo en cuenta la cantidad y la índole de las atrocidades cometidas durante el siglo XX, el acuerdo sobre ellos se presenta como una verdadera conquista de la humanidad. Pero el fenómeno tiene sus ambigüedades. Aunque muchas veces no lo advertimos, es frecuente que en el debate público se utilice la retórica de los derechos —sin previa explicación de por qué se trataría de una exigencia de justicia— como si ellos y sus intereses particulares debieran prevalecer sobre todo lo que está alrededor. Por paradójal que parezca, la apelación a aquéllos, dada su fuerza y valor, se presta para *abusos*, y hasta los más peritos en la materia a veces caen en esta tentación<sup>32</sup>.

32 Un claro ejemplo de esto en: Covarrubias, Ignacio y otros, “Informe del INDH”, carta publicada en El Mercurio (2013). Disponible en: <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/09/04/14969/Informe-del-INDH.aspx>

El lenguaje de los derechos comprendido y utilizado de ese modo se presta para intentar ganar por secretaría o *a priori* nuestras discusiones. Pero, como sabemos, ignorar los argumentos en disputa únicamente por estar invocando un derecho atenta contra una sana deliberación pública. Se trata de un hecho muy problemático, en especial considerando la creciente tendencia a afrontar nuestras legítimas diferencias precisamente como conflictos de derechos<sup>33</sup>. Con todo, tal vez lo más complejo del asunto es que para entender el alcance de esta ambigüedad inherente a los derechos debemos remontarnos a los orígenes mismos del mundo moderno; al período en que el sentido del orden político pasó a ser la protección de los derechos del individuo, entendida como una lucha contra los obstáculos que impiden su despliegue<sup>34</sup>.

El respeto a los derechos individuales devino en el fundamento y núcleo de legitimidad de la política moderna y, no por casualidad, el liberalismo ha sido llamado la “revolución de los derechos humanos”<sup>35</sup>. Quizás esto puede parecer una disquisición excesivamente teórica, pero se trata de una reflexión muy importante de cara a nuestra discusión constitucional. En último término, la formulación de los derechos sociales solo parece explicarse por el auge de los derechos individuales: quienes abogaban por ciertos fines sociales se habrían visto obligados a responder a sus adversarios utilizando el mismo lenguaje<sup>36</sup>. El problema, sin embargo, es que las realidades a que refieren los diversos tipos de derechos son muy distintas.

En efecto, a diferencia de los denominados dere-

33 Una reflexión sobre los problemas de los llamados “conflictos de derechos” en: Orrego, Cristóbal, “Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2011, Vol. 37 N°2, pp. 311-342.

34 Manent, Pierre, “Grandeza y miseria del liberalismo”, en *Cuadernos de Pensamiento Político*, FAES, 2011, Abril/Junio, pp. 57-58

35 Manent, Pierre, *Ibid.* p 55.

36 Atria, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, pp. 22 ss.

chos de primera generación, los derechos sociales no quedan totalmente especificados por el solo reconocimiento de su titular o beneficiario. Como bien dijera Fernando Atria, “la especificación del contenido de su aspecto activo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo” y, en particular, ella no incluye información sobre quién es el sujeto obligado<sup>37</sup>. En algunos casos éste será el Estado, pero en muchos otros casos no: determinarlo es propio de cómo la sociedad se va configurando a sí misma y, por tanto, de la deliberación pública y del debate político de cada comunidad.

Si lo anterior representa una dificultad adicional para la constitucionalización de los derechos sociales, dicha dificultad se incrementa considerando otra idea que Atria sostuvo en su momento. Él señalaba que si los fines colectivos a los que tienden los derechos sociales son expresados como derechos, la idea misma en que descansan —los bienes comunes— resulta negada. Como dijimos antes, si los derechos sociales son verdaderos derechos, deben ser susceptibles de ser reclamados ante tribunales. Pero en ese caso, lo que llega a un tribunal no es más que una demanda privada y “la demanda es entendida como una de *individuos* en contra de la comunidad”<sup>38</sup>. Esto mostraría que las finalidades sociales han sido capturadas y distorsionadas por el vehículo escogido para hacerlas valer.

La conclusión que se sigue de esta argumentación es que los partidarios de los derechos sociales serían víctimas del mismo individualismo que dicen combatir<sup>39</sup>. Resulta patente, entonces, cuán conflictiva es la noción misma de derechos sociales. No

37 Atria, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, p. 20.

38 Atria, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, p. 40.

39 Esta crítica encuentra sus raíces en el propio Marx, quien en su opúsculo *La cuestión judía* denunciaba que “los derechos del hombre por oposición a los derechos del ciudadano, no son sino los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la colectividad”.

es únicamente que su garantía constitucional, así como se ha planteado, sea incongruente con el deseo de mayores espacios para el debate político. El problema tampoco se acaba en la judicialización a la que todo esto nos puede conducir. El punto de fondo sería que los derechos sociales profundizarían un modo de concebir la política que, al estar basada en la idea de derechos en favor del individuo contra la comunidad, dificultaría enormemente el surgimiento de vínculos de solidaridad y reciprocidad<sup>40</sup>, precisamente el objetivo último de este tipo de derechos.

Todo indica que Fernando Atria ha cambiado de opinión (al menos en las consecuencias que se derivan de la argumentación precedente)<sup>41</sup>, pero la tesis que planteó tiempo atrás sigue siendo válida. En rigor, pareciera que una de las implicancias de comprender la realidad política única o principalmente a partir de la diada individuo-Estado ha sido la juridificación del lenguaje político. Mediante el lenguaje de los derechos se pretende abordar y solucionar la generalidad de los problemas políticos, dejando en segundo o tercer plano la existencia de bienes y fines comunes: la prioridad es la cuestión de qué hay que dar a cada individuo. Así, abordar los asuntos públicos como si ellos fueran meros conflictos de derechos conduce a la ilusión de creer que con su formulación no se está afectando la configuración de nuestra sociedad<sup>42</sup>.

Sin embargo, a través de las declaraciones de derechos (del más diverso tipo) y de su constitucionalización sí estamos modificando la vida en común. Por de pronto, la política, en muchos sentidos, pasa a ser llevada a cabo a través de instituciones y procedimientos jurídicos y no políticos; es decir, instituciones y procedimientos que no cuentan con las

40 Atria, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, p. 52.

41 Ver: Atria, Fernando, *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público* (Santiago: LOM Ediciones, 2014).

42 Cruz Prados, Alfredo, *Ethos y Polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política* (Pamplona: EUNSA, 1999), pp. 37 ss.

competencias idóneas para los problemas que se busca enfrentar. Esto muestra una nueva faceta de las complicaciones que subyacen a la judicialización de la política y a la constitucionalización excesiva de derechos y, en consecuencia, cuán grave puede llegar a ser el hecho de que la deliberación y el debate democrático se vean excesivamente restringidos por derechos constitucionales contruidos de manera amplia e imprecisa.

Como explica Mary Ann Glendon, si algo necesita una auténtica democracia son procesos de deliberación libres y razonados, porque sin ellos se debilita una empresa colectiva que depende en gran medida de la calidad y continuidad de la reflexión<sup>43</sup>. Abogar por procesos de esa índole no se traduce en un ataque frontal al concepto mismo de los derechos, pero sí debiera llevarnos a tomar conciencia de las limitaciones de los arreglos jurídicos y, en especial, de los riesgos asociados a ciertas formas inadecuadas de pensar, de hablar y de institucionalizar los derechos. Debemos cuestionarnos, en consecuencia, cuándo y por qué conviene abordar un problema como derecho; cuál es la relación que ellos deberían tener con otros derechos, intereses, costos o responsabilidades; cómo se relacionan los derechos con los acuerdos políticos, y cómo se vinculan los derechos con los fines hacia los que deseamos orientar la vida social<sup>44</sup>.

## VI. Reflexiones finales

Las preguntas anteriores no son fáciles de contestar, en especial porque sus respuestas suelen ser variables según las circunstancias. Por lo mismo, y considerando además los actuales disensos existentes en la sociedad chilena y la mayor rigidez inherente a una Constitución, ¿es un texto constitucional el lugar para contestar esas preguntas? Si se trata de reivindicar mayores espacios para el autogobierno

y para el debate público, ¿es razonable tratar como derechos constitucionales una serie de materias de diverso nivel e importancia? Si Chile está frente a la discusión constitucional más importante desde el retorno a la democracia es en gran medida por el alcance que ha adquirido la crítica a su operativa actual. Con mayor razón, entonces, no parece adecuado quitar *ex ante* del debate político muchas de sus áreas más polémicas y relevantes.

En efecto, es la actividad política —la deliberación ordinaria— la llamada a abordar los complejos temas económicos, sociales, energéticos y ambientales cada vez más presentes en la palestra pública. Como dijimos antes, toda Constitución será *supra* mayoritaria, al menos en algún sentido, por lo que siempre existe el riesgo latente no solo de “ahogar” o sustraer más allá de lo razonable determinados asuntos de la discusión, sino también de favorecer una posición política determinada, que es precisamente lo que se acusa en la Constitución que entró a regir en marzo de 1981.

Por todo lo anterior, la idea de constitucionalizar los derechos sociales, así como se ha propuesto, resulta particularmente problemática. Ella no parece convergente con la demanda por mayor debate y por más autogobierno, abriría múltiples espacios para una mayor judicialización de la política y, además, dificultaría enormemente la imprescindible deliberación pública en torno a la conceptualización, justificación, costo e interdependencia de los problemas públicos que se propone abordar como derechos.

En suma, la demanda por mayor debate político parece tan pertinente que bien conviene recordarla a muchos de sus promotores.

**Santiago, diciembre 2014**

43 Glendon, Mary Ann, “El lenguaje de los derechos”, en *Estudios Públicos*, CEP, 1998, N° 70, p. 94.

44 Glendon, Mary Ann, *Íbid.* p. 138.



## COLECCIÓN “CLAVES PARA EL DEBATE”

---

**ABORTO “TERAPÉUTICO”. 8 claves para el debate**

IES, IdeaPaís y IRP

**RECONCILIACIÓN. 6 claves para el debate**

Joaquín Castillo V.

**CALIDAD, FORMATO Y MERCADO DE LOS TEXTOS ESCOLARES EN CHILE.**

**4 claves para el debate**

Pablo Ortúzar M.

**MATRIMONIO EN DISPUTA. 5 claves para el debate**

Catalina Siles V. y Claudio Alvarado R.

**LECTURA EN CHILE E IVA AL LIBRO. 7 claves para el debate**

Joaquín Castillo V. y Pablo Ortúzar M.

**TEORÍA DE GÉNERO. ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO?**

**5 claves para el debate**

Catalina Siles V. y Gustavo Delgado B.

**NUEVA CONSTITUCIÓN Y DERECHOS SOCIALES.**

**5 claves para el debate**

Claudio Alvarado R.





**[WWW.IESCHILE.CL](http://WWW.IESCHILE.CL)**

**NUESTRA SEÑORA DE LOS ÁNGELES 175, LAS CONDES, SANTIAGO. T: 223217792 | 99**