

¿Debe haber más o menos derechos?

“La Carta de los Sueños”

Fabián A. Pacheco Ilabaca¹

¹ Autor Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chile, Magister en Derecho Constitucional Ilm-uc, Magister en Educación Superior Universidad Católica de Valparaíso, Correo Electrónico fdpacheco@uc.cl

Resumen: Es adecuado que dejemos en manos de los jueces, la defensa de los derechos sociales, no existiendo evidencia que pueda servir de sustento para establecer una certeza que el hecho de incorporar este tipo de derechos bajo un rango constitucional aseguren su ejecución o mejor dicho su satisfacción, Mary Ann Glendon, profesora de derecho constitucional y derechos humanos de la Universidad de Harvard. Uno de sus libros, *Right Talks. The Impoverishment of Political Discourse*, sostiene que “*la prominencia de un cierto tipo de discurso sobre derechos en nuestras discusiones políticas es tanto un síntoma como un factor de desorden en nuestro cuerpo político*”. Agrega que “*el discurso de los derechos ha llegado a ser el principal lenguaje que usamos en lugares públicos para discutir densas cuestiones sobre el bien y el mal*” y sostiene que éste continuamente se muestra inadecuado.²

Fundamentos que cuentan de toda razón en el actual momento que vive nuestra sociedad y la forma que los ciudadanos consideran que la inclusión de una gran cantidad de derechos a la carta fundamental, lograra satisfacer sus expectativas.

A la pregunta de ¿deben haber menos o más derechos?, me remito a indicar que en este ámbito son los derechos sociales, donde en el contexto de las Reformas Constitucionales, existe una tendencia en considerar una mayor cantidad de derechos en nuestra Constitución, siendo lo más alarmante que la actual sociedad de nuestro país, cree que la existencia de mayor cantidad de derechos puede asegurar la obtención de mayor satisfacción. No basta, dice el profesor de Stanford, con que el pueblo pueda crear derecho constitucional a través del proceso de reforma, sino de reivindicar su papel como intérprete Constitucional³

La incorporación de derechos o principios constitucionales presionan su satisfacción y esta satisfacción se demanda del Estado, quien debe desarrollar políticas públicas, pero se debe tener la seguridad que el hecho de agregar más derechos sociales a la Constitución, puede influir en un activismo judicial donde se entregue a los jueces la interpretación Constitucional y exigir del legislador el cumplimiento de estos a través de políticas públicas, caso como ocurre en las Cortes de Justicia de Colombia, donde el legislador es ordenado cumplir con

² SOTO Sebastian, Derechos Sociales y la eficacia de su Constitucionalización: un análisis aplicado pp.245.

³ Larry Kramer, “Undercover Anti-Populism”, Fordham Law Review, vol. 73, 2005, p. 1344

los derechos exigidos y el desarrollar políticas públicas para su cumplimiento, o también, como en Ecuador donde su Constitución registra 90 derechos sociales. La satisfacción de un derecho siempre tiene un costo, por lo que la aplicación de estos dependerá de las políticas que se desarrollen, así como la Reforma Constitucional incorporada por la Presidenta Bachelet producto de la revolución “**pinguina**”, modifica el artículo 20, al incluir el numeral 11 de nuestra Carta Fundamental, dentro de los derechos que pueden ser exigidos vía recurso de protección, referida al derecho de educación, siendo esta lógica que ésta muy presente en Chile, la de incluir una serie de derechos a la Constitución, lo que pude observar en los cabildo que participe y donde sus participantes consideraban que el hecho de incluir una serie de derechos sociales daban por seguro que estos deberían ser cumplidos por el Estado.

Algunos autores constitucionales pasan a denominar constitucionalismo popular, propuesta norteamericana que surgió a raíz del activismo conservador del Tribunal Rehnquist, que según los populares, vino a romper con el acomodo que existía con el activismo constitucional del pueblo y la revisión judicial a partir del New Deal.⁴ Además el profesor Mark Tushnet plantea la tesis que los jueces no pueden ser quienes tomen estas decisiones, planteando en su libro “**cortes débiles derechos fuertes**”, donde la aproximación que deben tener los jueces es la aproximación de una corte débil más que una corte fuerte como es el caso de la Corte de Colombia, donde ordenan al poder legislativo criterios sobre lo que deben legislar sobre a ejecución de derechos sociales.; caso contrario, lo que sucede con la Corte de Alemania donde estas entrar en dialogo con el poder legislativo y no le imponen sus criterios.

En nuestras Cortes, los derechos sociales son resueltos conforme al caso concreto, donde no son muchos los derechos que se consagran en nuestra texto constitucional, siendo en mucho de esos casos que se debe disfrazar algunos derechos para poder exigir vía recurso de

⁴ Según Kramer, en este acomodo plausible correspondía a los tribunales la protección de los derechos y el límite a las leyes estatales, y al proceso político el alcance de los poderes nacionales. Larry Kramer, “The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We The Court”, Harvard Law Review, vol. 115, núm. 4, 2001, pp. 125-128),

protección aquellos derechos sociales que no se encuentran considerados en el artículo 20, como la utilización del derecho de propiedad, derecho a la vida, igualdad, sobre otros derechos fundamentales, donde el Estado tiene una conducta dolosa o culposa para los que no creen en la responsabilidad objetiva del Fisco, o bien con una responsabilidad objetiva, por la falta de servicio, donde toda esta lógica opera cualquiera que sea el obligado a la prestación o financiación de esa prestación, tanto privados como públicos, donde la fórmula para cautelar los derechos sociales se aplica tanto para privados u organismos públicos, ejerciendo la eficacia horizontal de los derechos, donde a las Cortes no le importa quién debe cumplir con la obligación, pero se debe tener cuidado con el activismo judicial, donde el gran debate de hoy en día en esta materia y no el que planteaba la “Comisión Ortuza” en los 80, donde no voy a dar derechos sociales por no que hay plata. La ley debe definir que debo priorizar y quien toma estas decisiones, es el sistema democrático y la ley en definitiva y a través de la protección de estos derechos sociales los jueces pueden terminar redefiniendo las definiciones del legislador.

Para algunos la constitucionalización de los derechos no tiene que ver con la curva de satisfacción y para lo cual es el Estado a través de las políticas públicas quien debe asegurar su cumplimiento. O más bien considerar que la inclusión de más derechos en la Constitución pueda incidir en el desempeño social, así como en el texto de derechos y educación en la Constitución de S. Edward. y A. García, hacen mención que los derechos sociales, así como la educación, se relacionan con el aspecto económico denominándolos derechos positivos.

Los defensores de los derechos sociales argumentan que cuando éstos son reflejados en la constitución, los estamentos políticos —el poder legislativo y el ejecutivo— se ven forzados a promover leyes, normas y regulaciones que apunten a brindar servicios sociales consistentes y de alta calidad. En otras palabras, la incorporación de derechos sociales en las constituciones es percibida como una forma de motivar y obligar al poder político a moverse en una determinada dirección⁵

⁵ S. EDWARDS y Á. GARCÍA / Educación y derechos constitucionales PP.71

Los constitucionalistas distinguen entre derechos constitucionales “negativos” y “positivos” (Edwards y García Marín 2014), donde consideran como derechos positivos a los derechos sociales y a los negativos a los derechos civiles y políticos, lo que a consideración de algunos autores como el Profesor Sebastián Soto, indica que estos conceptos son más completos para distinguir a los derechos y más amplio que el clasificarlos como de segunda o primera categoría respectivamente. En este sentido, la inclusión de derechos sociales en las Constituciones tiene, casi siempre, un objetivo social de carácter igualitario que debe ser ponderado con políticas públicas que den cumplimiento a las necesidades o derechos sociales que las Cartas Fundamentales consideran, en este sentido el libro de Stephen holmen y Cass R.Sunstein., es sugerente desde su título “El costo de los Derechos. Porque la Libertad depende de los Impuestos”, Sostienen que *los derechos y las libertades individuales dependen fundamentalmente de una acción estatal vigorosa.*

¿Esta nuestra sociedad preparada y dispuesta asumir estas cargas? con la finalidad de dar satisfacción a los derechos que se incorporen a la Constitución, ya que los derechos exigen gastos públicos, afirma Sunstein y Holmes, sea la libertad de expresión o el derecho al sufragio, ambos suponen decisiones redistributivas y gastos y, en general todos los derechos se financian con los presupuestos generales, con impuestos y no con tasas particulares destinadas a la protección de un derecho concreto. Situaciones que nunca fueron comentadas ni consideradas en los Cabildo en las cuales participe, ya que todos de una y otra forman veían una vía de solución a sus conflictos, el modificar o reformar la constitución, atribuyendo toda su culpa a la Constitución de 1980.

En este mismo ámbito en el libro del Profesor Soto, “Derechos sociales y la Eficacia de su Constitucionalización”, aludiendo a José Ignacio Martínez, donde indica que los derechos sociales reflejan programas o aspiraciones político-sociales elevadas a rango constitucional que exigen recursos económicos para satisfacerlas. Esto y otras razones lo llevan a afirmar que estos preceptos envuelven claros mandatos al poder” y es como se refleja a través de los principios y valores expresados por nuestra constitución. También en el referido texto el profesor Soto, hace más que un análisis crítico, indica: “Las declaraciones constitucionales,

sean expresadas en lenguaje de derechos o de mandatos, no han tenido la virtud de modificar la satisfacción de los bienes jurídicos que dicen promover y proteger.

Es importante señalar que el recargar la constitución con derechos sociales como lo refieren los autores de *The Economist*, John Micklethwait y Adrian Wooldridge, en un libro reciente, para bien o para mal, la democracia y la elephantiasis han ido de la mano. Nuestros políticos se han involucrado en el juego de darnos más de lo que queremos: más educación, más salud, más prisiones, más pensiones, más seguridad y más derechos. Y aun así —y ésta es la paradoja— no estamos contentos. Después de haber sobrecargado al Estado con sus demandas, los votantes están furiosos porque funciona tan mal. Siento que la política ha utilizado como estandarte de lucha el desarrollo de principios y valores, (bien común, subsidiaridad, familia, salud), para obtener un respaldo de la comunidad, así como lo plantea Francisco Quiero “Estado, mercado y nueva constitución: cuatro modelos del rol del estado en la economía”, en donde expresa que “la necesidad de que el Estado resuelva las problemáticas que ha dejado de lado, se manifiesta en demandas políticas, que requieren que el Estado adquiera protagonismo en lo económico. La vieja separación entre lo político y lo económico se vuelve inviable y requiere de un nuevo marco teórico que piense en ambos procesos simultáneamente”

Estamos dispuesto al aumento de impuestos para concretar a través de políticas públicas, donde la premisa que se construye a mayor gasto publico hay mayor satisfacción, pero no siempre es esta premisa, la que nos permita obtener una mayor satisfacción, las constituciones no son “cartas de sueños” ni mucho menos destinadas a recopilar sueños, la priorización de lo que debe atender la sociedad en un momento determinado no es constitucional, por lo tanto en la actualidad es lo que considero que al recargar la Constitución con derechos es una especie de salva vida para aquellos cuerpos políticos que tengan el poder en forma transitoria, y en cuanto a sus costos, tanto la calidad y extensión de la protección de los derechos que se puedan agregar a la protección constitucional, dependerán de gastos privados y públicos, donde el desarrollo de políticas públicas en la materia, podrá establecer el cumplimiento de aquellos derechos que se consideren en nuestra Carta fundamental.