

## Derechos sociales: El diablo está en los detalles

Author : Pablo Paniagua

Los derechos sociales no caen como maná del cielo, ni tampoco emergen de un plumazo constitucional, sino que más bien requieren gastos fiscales y económicos para ser producidos, ya sea por el Estado o por un ente privado. Los derechos sociales entonces presentan más problemas y desafíos que otros derechos, por lo que las constituciones del mundo no se han visto muy eficientes en poder garantizarlos y asegurarlos como un derecho exigible.

Una de las preguntas más importantes respecto al debate constitucional es si como país debemos incorporar una nueva y quizás larga lista de derechos sociales para legitimar el sistema de desarrollo que tenemos. ¿Debemos extender la lista y garantizar esos nuevos derechos a cualquier costo? O, ¿debemos limitarlos y restringirlos para no desatar una ola de expectativas que resultará imposible de satisfacer, lo que sin duda podría ocasionar mayores frustraciones y malestares futuros? Este debate es fundamental para el Chile del futuro y estará en nuestra agenda constitucional por un largo tiempo. La respuesta a este debate, como en toda materia de política pública, es compleja y depende de los detalles institucionales y de la arquitectura constitucional que termine creando el marco de dichos derechos.

Ante todo, se debe establecer que **el sentido legal de un derecho es ser primordialmente una estrategia legal para conferir un título a un ciudadano, de manera que él pueda exigir ante el sistema jurídico-legal su completa satisfacción.** Así, el titular de un derecho puede exigir ante la justicia una acción incluso hasta coactiva con el fin de corregir una acción u omisión de parte de terceros que no han velado o respetado dicho derecho conferido. **Un derecho social, incluido en la carta fundamental, podría entonces otorgar a los ciudadanos un título que les permita exigir el cumplimiento de tales derechos y, por ende, reclamar la provisión de ciertos bienes asociados.**

Aterrizando un poco estas observaciones y llevándolas a la práctica, surge una pregunta de orden realista que es insoslayable, a saber ¿cuánto puede realmente aportar una Constitución en asegurar que dichos derechos sociales sean exigibles por parte de los ciudadanos? Sin duda esta pregunta de orden práctico debe ser respondida a cabalidad en el proceso constituyente.

Lo interesante de esta pregunta es que responderla es mucho más difícil que salir a la calle a manifestar una adhesión mística por poner dichos derechos sociales en un papel. En este sentido, hay dos cosas claves que debemos reconocer para ir dilucidando la respuesta a estas interrogantes. Primero, debemos reconocer que las constituciones por lo general —lo sabemos desde el nacimiento de la Carta Magna en Inglaterra— se han mostrado muy buenas para proteger y salvaguardar ciertas esferas de libertad individual frente a la acción arbitraria y dominante del Estado. **Las constituciones son bastante eficientes en establecer un conjunto de reglas estables y claras que definen lo que el Estado *no puede hacer* en contra de nosotros, prohibiendo ciertas actividades o actos que puedan atentar con nuestras libertades personales y de asociación.** De esta forma, la técnica de usar un lenguaje abstracto y general para proteger a todo individuo por igual de actos discriminatorios por parte del Estado funciona bastante bien para prohibir la censura, proteger la libertad de expresión y la libertad de prensa y finalmente para salvaguardar el concepto de *habeas corpus* y la libertad de culto.

Segundo, debemos reconocer que los derechos sociales, a diferencia de los derechos anteriormente mencionados, poseen un gran grado de *necesidad prestacional*; es decir, derechos sociales como el derecho a una vivienda digna, por ejemplo, requieren siempre que alguien o alguna entidad los produzca y los provea. **Los derechos sociales no caen como maná del cielo, ni tampoco emergen de un plumazo constitucional, sino que más bien requieren gastos fiscales y económicos para ser producidos, ya sea por el Estado o por un ente privado. Los derechos sociales entonces presentan más problemas y desafíos que otros derechos, por lo que las constituciones del mundo no se han visto muy eficientes en poder garantizarlos y asegurarlos como un derecho exigible;** con todo, poner un derecho en un papel no es una condición ni necesaria ni suficiente para poder garantizar su goce efectivo por parte de la ciudadanía.

Paradigmático de lo anterior es el hecho de que **la mayoría de los países europeos con grandes Estados de bienestar y una alta red de protección social no mencionan los derechos sociales en sus cartas fundamentales, o los mencionan en forma de máxima —como meros fines estatales y de política pública—, pero no como derechos exigibles.** Por ejemplo, la Constitución alemana no menciona en lo absoluto la palabra salud y la sueca se limita

a reservar su regulación a la ley. La Constitución suiza establece que la salud es un mero “objetivo social” (de política pública) y no un derecho social exigible que los ciudadanos puedan reclamar por vía judicial. Por otra parte, casos como los de Venezuela y Brasil nos demuestran que la definición y consagración de los derechos sociales en una Constitución tampoco son condición suficiente para poder garantizar la exigibilidad y goce de los mismos. En síntesis, **poner algo en un papel no es una condición ni necesaria ni suficiente para que los ciudadanos de un país puedan gozar y recibir los tan anhelados derechos sociales.**

En este sentido, el lenguaje y la redacción constitucional que se utilicen para definir la exigibilidad de los derechos sociales es clave y determinante. Como bien lo reconoce Jorge Correa Sutil, “Es distinto declarar que el Estado propenderá a un cierto fin, que asegurar tal o cual bien como un derecho en sentido fuerte, permitiendo que pueda reclamarse su satisfacción en un tribunal”. Como bien sabemos, las constituciones sirven para separar aguas y distribuir el poder y la fuerza entre los distintos poderes del Estado. En el eventual caso de la definición exigible por parte de la ciudadanía a los tribunales judiciales de los derechos sociales en una Constitución, estaríamos redistribuyendo el poder entre un gobierno electo —otrota a cargo de la política pública— y el poder judicial, que debería ahora ejecutar y determinar las políticas públicas sociales. Bajo esta redefinición del lenguaje constitucional, con el objetivo de hacer exigibles los derechos, se impone una nueva distinción que podría terminar por otorgarle competencia y potestad a un juez para que, en nombre de salvaguardar los derechos sociales, obligue al Gobierno de turno y use la coerción con el fin de realmente proveer y producir ese derecho exigible por el ciudadano ante las cortes. Así, podríamos terminar con una ola de ciudadanos visitando los tribunales para tratar de exigir y obligar a los gobiernos de turno a que provean “una vivienda digna” a quien se le antoje reclamarla, sin considerar costos o eficiencia.

Iluminador en este sentido es ver lo que ha ocurrido en otros países latinoamericanos que han tratado de redactar nuevas Constituciones incorporando derechos sociales exigibles ante tribunales. **Un caso paradigmático de esto es lo ocurrido en Colombia, que, de hecho, ha sido señalado por algunos intelectuales progresistas como un caso modelo a considerar en Chile para una futura carta fundamental.** Esto, debido a que la redacción de una nueva Constitución en Colombia no significó el inicio de un camino totalitario, como lo que ocurrió en Venezuela, pero sí concluyó con una carta fundamental abultada y abundante en la enumeración de derechos sociales que además estableció mecanismos para hacerlos exigibles por vías judiciales.

El proceso constituyente en Colombia se originó aproximadamente en 1990 durante momentos de

profunda convulsión social y política interna, marcados por una alta ola de violencia presidida por guerrillas de extrema izquierda a las que se oponían violentamente paramilitares al margen de la ley. Al mismo tiempo, narcotraficantes también llevaban la violencia del país a niveles extremos. Ante estos problemas de convulsión social se propagó la idea —impulsada por estudiantes universitarios de Derecho— de que era necesario un cambio constitucional severo de la mano de una Asamblea Constituyente (AC). Esta idea de la AC se llevó ante un plebiscito nacional que la aprobó por una amplia mayoría. Una de las prioridades que marcó el trabajo de dicha AC fue la de encontrar fórmulas para terminar con la violencia extrema y también integrar a los sectores más excluidos y marginados de la población, tratando de remediar desigualdades extremas. Ante aquella necesidad de igualdad y justicia social, la AC colombiana incorporó en la nueva Constitución un amplio catálogo de derechos sociales, económicos y culturales, como por ejemplo, derechos a la salud, seguridad social, vivienda, alimentación, al agua y al aborto en ciertas causales. Esto en adición a los derechos fundamentales tradicionales y estableciendo además un mecanismo judicial para la exigibilidad y “tutela” de aquellos derechos. Dichos mecanismos de “tutela” judicial fueron incorporados con el fin de que los colombianos pudieran reclamar el cumplimiento efectivo de las nuevas potestades.

Lo interesante de este caso es que las “acciones de tutela” para exigir derechos pasaron a ser una herramienta ampliamente utilizada por la ciudadanía, pues cualquier persona podía acudir ante un juez y reclamar sus derechos sociales. **De esta forma, anualmente en Colombia se presentan más de 600 mil tutelas por derechos, de las cuales más de la mitad terminan siendo acogidas por los tribunales. Así, los jueces han terminado ordenando a las autoridades de gobierno el diseño de nuevas políticas públicas para resolver aquellas tutelas exigidas.** Obviamente, esto trajo serios problemas para Colombia: además de judicializar una diversidad de materias de política pública, se causó un serio impacto en las arcas fiscales y en las finanzas del país. La presión fiscal y del gasto llegó a tal punto, que en el 2011 el Estado colombiano ya presentaba serios problemas económicos para poder cumplir con las órdenes judiciales de los derechos. Así, se tuvo que redactar una reforma constitucional que estableció que, cuando los jueces fallan con relación a los derechos sociales, deben tomar ahora en cuenta la “sostenibilidad fiscal”. La idea de esta reforma fue tratar de poner paños fríos a la incontenible presión sobre las arcas públicas producto de la judicialización de los derechos.

En conclusión, **la experiencia colombiana muestra claramente los problemas y complejidades que tiene la definición e implementación constitucional de los derechos sociales, y los grandes riesgos que estos pueden abrir a: la extrema judicialización de las políticas públicas, al activismo político arbitrario de los jueces, y a las grandes presiones en las ya enflaquecidas arcas fiscales nacionales.** Finalmente, la redacción de la arquitectura constitucional respecto de los derechos sociales es determinante para facilitar o socavar una

política pública eficiente y sustentable que responda de forma responsable en el tiempo a las reales necesidades sociales de los chilenos. La efectiva provisión o el fracaso de los derechos sociales no dependerá de enunciados generales y grandilocuentes sostenidos en meros arcosiris, sino que de los reales detalles institucionales y de los espacios fiscales para hacerlos efectivos. Como siempre, el diablo finalmente está en los detalles (este caso constitucionales). Es de esperar que nuestro debate constitucional pueda nutrirse para bien de dichas experiencias y riesgos con los derechos sociales.