



Ciclo de diálogos Chile - Unión Europea

MESA VI. LIBERTADES FUNDAMENTALES



 **Biblioteca del Congreso
Nacional de Chile / BCN**



**EUROSOCIAL**
PROGRAMA PARA LA COHESIÓN SOCIAL



Financiado por
la Unión Europea



PROGRAMA FINANCIADO
POR LA UNIÓN EUROPEA

Edita:

Programa EUROsociAL
C/ Beatriz de Bobadilla, 18
28040 Madrid (España)
Tel.: +34 91 591 46 00
www.eurosocial.eu

Con la coordinación de:



FIIAPP, Área de Gobernanza

Con la participación de:



Con el apoyo de:



Algunas imágenes han sido cedidas por la Defensoría Penal Pública de Chile.

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo financiero de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente refleja los puntos de vista de la Unión Europea.

Edición no venal.

ISBN: 978-84-09-32818-5

Realización gráfica:

Cyan, Proyectos Editoriales, S.A.

Madrid, agosto 2021



No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.



Índice

1. PRESENTACIÓN	5
2. MESA VI. LIBERTADES FUNDAMENTALES	7
2.1. El nuevo catálogo de derechos fundamentales de la Constitución	15
2.2. Las garantías de los derechos fundamentales	37
2.3. Derechos a la educación y a la vivienda	72



1

PRESENTACIÓN



Chile es, desde hace muchos años, uno de los principales socios de la Unión Europea en América Latina, con el que compartimos una trayectoria diplomática de más de 50 años. Ambos estamos comprometidos con valores fundamentales como la democracia, la libertad, el Estado de derecho, el respeto a los derechos humanos, un orden mundial basado en el multilateralismo y la lucha contra el cambio climático, entre otros. Por este motivo, hemos logrado establecer excelentes relaciones políticas y comerciales, tanto de carácter multilateral —incluyendo el Acuerdo de París y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible— como bilateral —mediante el Acuerdo de Asociación firmado entre la UE y Chile en 2002 y que estamos actualizando—.

La Unión Europea ha observado, con gran interés, el desarrollo de los eventos que, desde 2019, han cambiado profundamente la realidad social y política del país y la salida institucional aprobada para superar la crisis. Estamos convencidos de que el proceso constituyente que Chile ha iniciado permitirá elaborar un nuevo contrato social a partir de un diálogo fructífero y de una reflexión profunda sobre el país que se quiere construir en el futuro, de una manera necesariamente participativa e inclusiva.

En la Unión Europea compartimos muchos de los desafíos a los que Chile debe hacer frente en este momento sobre cómo generar una sociedad más justa, próspera y sostenible. El proceso de integración mismo de la Unión Europea es un proyecto de paz y colaboración, un proceso de construcción de la unidad desde lo diferente. En Europa este ha sido un camino largo y lleno de aprendizajes, donde hemos visto que nuestra fortaleza recae precisamente en nuestra diversidad, la cual también se refleja a nivel constitucional, aunque con claros denominadores comunes.

Cada sociedad tiene que encontrar su propio rumbo, como ha ocurrido con cada uno de los 27 países de los Estados miembros de la UE, obedeciendo a sus distintas culturas e historia, pero con los rasgos comunes definitorios de un Estado social y democrático de derecho, basado en fuertes instituciones democráticas, en el respeto a las minorías y en una economía de mercado con una participación relevante del Estado como garante de los valores de justicia social que nos identifican. Desde ese punto de vista, **esperamos que las experiencias de los Estados miembros y también de la propia institucionalidad de la Unión Europea, en sus distintos caminos de implementación de nuestro modelo político, económico y social, puedan ofrecer un insumo interesante al debate público en Chile.**

Con ese fin se ha buscado generar diferentes instancias de intercambio de experiencias que puedan ser de interés para nutrir el debate constituyente, incluyendo el estudio comparado de la historia

constitucional europea y la participación de expertos chilenos y europeos con el objeto de responder y apoyar la reflexión y el diálogo en esta nueva etapa. Asimismo, las innovaciones que Chile ha implementado en la Convención Constituyente —como la paridad de género y las cuotas para pueblos originarios— ya se convirtieron en importantes referentes generales de cara al progreso y la protección de nuestras democracias.

Es por esto por lo que, **a través de la iniciativa Foro Chile-Unión Europea, la Delegación de la Unión Europea en Chile y sus Estados miembros se han puesto a disposición de todos los actores chilenos y de la propia Convención la Convención, para compartir experiencias sobre procesos y contenidos constitucionales.** Esta iniciativa, implementada con el apoyo del programa EUROsociAL+, el programa de la Unión Europea para la cohesión social en América Latina, ha incluido la realización de diferentes actividades, en las que ambas partes nos hemos encontrado y dialogado en torno a temas como la garantía efectiva de los derechos fundamentales, la participación ciudadana, las formas de gobierno, la descentralización, la igualdad de género y la protección del medioambiente, entre otros muchos temas.

Entre enero y junio de 2021 tuvo lugar el Ciclo **Diálogos Chile-Unión Europea, en colaboración con la Cámara de Diputadas y Diputados de Chile, la Agencia Chilena de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AGCID) y la Biblioteca del Congreso Nacional.** Este ciclo se estructuró en torno a seis mesas, cuyas temáticas fueron: mecanismos de participación ciudadana; modelos de bienestar social; formas de Estado y de gobierno; organización territorial del Estado; perspectiva de género; el reglamento de la Convención Constitucional; desarrollo sustentable; y derechos y libertades fundamentales. El presente documento busca recoger las principales reflexiones generadas en este espacio, de manera que puedan ser un aporte al trabajo que ahora inicia la Convención Constituyente.

Redactar una nueva Constitución, un nuevo marco de convivencia intergeneracional que refleje de manera equitativa los anhelos mayoritarios, supone una oportunidad única para perfeccionar una democracia. **Por este motivo, reiteramos la disposición de la Unión Europea para acompañar a Chile en esta tarea, que esperamos permita reflejar a la vez la diversidad del país y fortalecer la democracia chilena de cara a los desafíos del siglo XXI.**

León de la Torre Kraiss

Embajador de la Unión Europea en Chile



2

**MESA VI. LIBERTADES
FUNDAMENTALES**



El reconocimiento de un catálogo amplio de derechos fundamentales es, junto con la organización y división del poder entre las diferentes instituciones, la otra clave de bóveda del edificio constitucional. El reconocimiento y, por supuesto, la garantía de los derechos, esto es, el aseguramiento efectivo, a través de diversas técnicas, de su aplicación real. Las garantías de los derechos son, precisamente, la prueba de la sinceridad de dicho reconocimiento. Derechos y división de poderes son, pues, el objeto de toda Constitución, como ya inauguralmente afirmara el famoso artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa. Pero, en realidad, el elemento constitucional clave son los derechos, porque todo el poder, todas las instituciones públicas, existen y justifican su labor precisamente para asegurar todos los derechos fundamentales de todas las personas durante todo el tiempo. En el Estado social y democrático de derecho, el poder político existe en función de la persona y no al revés. El párrafo tercero del vigente art. 1 de la Constitución lo expresa a la perfección: "El Estado está al servicio de la persona humana [...]".

Esto no significa, por supuesto, que cada persona no esté ligada por una serie de compromisos, deberes y responsabilidad hacia su comunidad. La idea de ciudadanía evoca, precisamente, ese balance entre lo que el sujeto recibe de su país y lo que aporta. Libertad, sí. Igualdad, también. Pero no se puede olvidar tampoco el tercer elemento que, en cierto sentido, unifica a los dos anteriores: el de solidaridad.

A lo largo de todos los Diálogos Chile-Unión Europea anteriores salieron a relucir, como no podía ser de otro modo y de diversas maneras, los derechos fundamentales. Ya se abordaron los derechos políticos al tratar del principio democrático y los derechos de participación y representación política. También se analizaron los derechos económicos, sociales y culturales en la Mesa II, al examinar los modelos de bienestar social. La Mesa IV manejó de modo específico una de las cuestiones constitucionales centrales como es la igualdad de género. En la Mesa V, dedicada al desarrollo y sustentabilidad, volvieron a ser objeto de atención los derechos económicos, sociales y culturales y, de modo especial, los derechos ambientales y los relativos a las tecnologías de la información al servicio de una mayor cohesión social. De manera que, en cierto sentido, todos los diálogos fueron gravitando en torno a la idea de los derechos fundamentales.

Sin embargo, parecía interesante, teniendo en cuenta las conclusiones de todas las mesas anteriores, analizar con cierta profundidad y de modo directo y global la cuestión del catálogo de derechos que la nueva Constitución debiera incluir, así como de las garantías que debieran asegurar su eficacia real. Desde este punto de vista, quizá no fuera casual que la mesa conclusiva de los diálogos girara sobre

estos asuntos que son, precisamente y como se ha señalado, los centrales de la nueva Constitución y transversales, por tanto, a toda reflexión desarrollada al respecto. La sesión primera trató, por consiguiente, el nuevo catálogo constitucional de derechos y en la sesión segunda el diálogo se remitió a la cuestión de las mejores técnicas de protección de los derechos, proponiendo en ambos casos algunas experiencias europeas como término de comparación.

La nueva Constitución de Chile contará con un catálogo de derechos fundamentales propio que debe estar a la altura del tiempo histórico, es decir, de lo que la mayoría de la sociedad chilena espera de acuerdo con su vigente ideal de justicia. No se entendería, por ejemplo, que no se recogieran en serio en la Carta Constitucional la igualdad de género o los derechos de los pueblos originarios o muchos de los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales y de las tecnologías de la información en los términos expuestos en las mesas anteriores. Los derechos fundamentales son expresión de ciertos valores o bienes constitucionales nucleares como son la libertad, la igualdad, la privacidad, la integridad personal o la vida, que, a su vez, son concreciones del valor capital: la dignidad de toda persona. Esta supone, al menos, tres cosas: 1) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital propio (*vivir como se quiera*); 2) la exigencia de ciertas condiciones materiales concretas de la existencia (*vivir bien*); y 3) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral (*vivir sin humillaciones*).

Diversos informes de organizaciones internacionales, de organismos no gubernamentales y de entidades públicas chilenas vienen identificando los puntos de mejora y áreas de oportunidad en este campo. A partir de ahí, la nueva Constitución es el umbral para fortalecer la protección de los derechos fundamentales clásicos, pero también para progresar en el reconocimiento de nuevos derechos, ligados al propio avance social y tecnológico y a la tutela específica de nuevos sujetos en situación de vulnerabilidad o de riesgo. Otro elemento de avance es incorporar todavía más plenamente a Chile al movimiento de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la interpretación como en la aplicación de las cláusulas constitucionales relativas a los derechos fundamentales. En la actualidad, se han erosionado las fronteras entre lo interno y lo internacional respecto del reconocimiento y garantías de los derechos.

Ciertamente, la nueva tabla de derechos ha de encontrar un doble equilibrio. Por un lado, entre el reconocimiento de derechos fundamentales en sentido estricto y de principios rectores de las políticas públicas; y, por otro lado, entre el enunciado constitucional, que, como tal, obliga a todos y todo el tiempo mientras no se modifique (son las reglas del juego) y el desarrollo legislativo de los derechos, que, en virtud del pluralismo político cambiante, puede ofrecer distintas, pero válidas, lecturas

políticas de una misma disposición constitucional por parte de las sucesivas mayorías parlamentarias (son las reglas estratégicas). Respecto del primer punto, hay que recordar que las Constituciones albergan derechos y principios, pero sería interesante distinguirlos en el propio texto constitucional por sus diferentes efectos. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos reconocidos en el texto constitucional y, por tanto, dado el superior valor normativo de la Constitución, vinculan a todos los poderes públicos, incluido el legislador. En tanto derechos subjetivos, requieren tutela judicial. Son derechos asegurados por un juez o tribunal. Por el contrario, los principios no son derechos subjetivos, no son reglas jurídicas que solo pueden ser cumplidas o incumplidas, no gozan de protección judicial directa, sino solo si una ley los concreta y desarrolla. Los principios marcan objetivos que alcanzar por parte de los poderes públicos, aunque pueden ser tenidos en cuenta por los jueces a falta de una regulación legal expresa. Lo que no parece de recibo es hacer parecer derechos que, en realidad, son principios porque inevitablemente eso producirá una frustración de la expectativa ciudadana respecto de las promesas constitucionales (llamadas en este caso a ser rigurosamente incumplidas) y, por tanto, se provocará una devaluación de la Constitución como norma. No deja de resultar paradójico, en este sentido, que allí donde está más desarrollado el espacio de libertad y la vigencia real de los derechos sociales, es decir, en Europa, sus textos constitucionales, por lo general, no cuentan con extensas tablas o catálogos de derechos fundamentales, mientras que en diversos países de América Latina, donde la igualdad real entre los ciudadanos y la nivelación de sus condiciones de vida es más difícil, las últimas reformas constitucionales han ido creando extensas e intensas tablas de derechos. Lo ideal es que lo que promete la Constitución se cumpla después, aunque sea de modo más o menos imperfecto. Porque toda Constitución dibuja un ideal de justicia, pero es también una norma jurídica que debe aplicarse, no es una pieza literaria, ni un documento con valor taumatúrgico. El barroco es un género artístico de gran belleza, pero casa mal con las categorías jurídicas.

Si la sesión primera abordó la cuestión general de qué tabla, lista o catálogo de derechos fundamentales sería la ideal para la nueva Constitución chilena a partir de la experiencia del propio país y también del panorama europeo, la segunda de las sesiones sobre los derechos fundamentales versó sobre las garantías o mecanismos que aseguran su aplicación real, en tanto los derechos valen lo que valgan sus garantías. El actual texto constitucional no cuenta con un apartado que, de modo global y sistemático, identifique las garantías de los derechos en Chile. Esto es, sin duda, un déficit que el nuevo texto debe superar.

En general, las garantías de los derechos fundamentales son de tres tipos: normativas, judiciales e institucionales. Ejemplo de garantías normativas son el principio de reserva de ley para la regulación

de los derechos; la necesidad de un mayor respaldo de votos en el Congreso para la aprobación de leyes que afecten a derechos relevantes; la exigencia de la garantía del respeto por parte del legislador del denominado "contenido esencial" de los derechos, que podría concretarse en el conocido juicio o estándar de proporcionalidad respecto de la limitación de derechos (con sus subprincipios de idoneidad, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, de balance entre ventajas y perjuicios del límite al derecho fundamental); o la previsión de una mayor rigidez constitucional de algunas disposiciones relativas a derechos, es decir, de una mayor resistencia frente a su eventual reforma (que puede llegar, incluso al reconocimiento de algunas cláusulas de intangibilidad).

Como ya se mencionara en la presentación de la mesa anterior, los derechos fundamentales (no así los principios) son derechos subjetivos y, por tanto, susceptibles de defensa judicial directa. Las garantías judiciales son, por consiguiente, absolutamente esenciales. En este punto se abren diversas posibilidades: desde la configuración de procedimientos especiales dentro de la jurisdicción ordinaria, pero preferentes y sumarios, para la protección de todos o de parte de los derechos, hasta la creación de un procedimiento de amparo especial ante el Tribunal Constitucional, pasando por la mejora de los mecanismos de colaboración con el sistema universal y también con el americano de tutela de los derechos. La posición del Tribunal Constitucional como garante de los derechos fundamentales es una cuestión que analizar con especial interés.

Por último, las garantías institucionales remiten a todos aquellos órganos públicos cuya misión sea, de modo exclusivo o compartido con otras, la defensa de los derechos fundamentales. La nueva Constitución ha de crear una "ecología" de protección de los derechos que asegure su mayor y mejor aplicación práctica.

Ambas sesiones se completan con una tercera que versó, dando término al ciclo, sobre el derecho a la educación y el derecho a la vivienda —que, entre los derechos fundamentales, desempeñan sin duda un papel de gran importancia—. Los dos derechos abren una serie de interrogantes estructurales respecto a su propia esencia e implementación constitucional, por lo que merecieron un apartado específico.

Antes de entrar en el análisis de los dos derechos, cabe mencionar que en ambos casos se trata de derechos que se han constitucionalizado indiscutiblemente como derechos subjetivos, "cuyo no reconocimiento le ocasiona a su titular un daño inminente sin justificación jurídica"¹. No se trata solo de

1. Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis-Universidad Nacional de Colombia.

derechos subjetivos, sino también de “derechos públicos subjetivos de prestación”² y de “derechos de carácter social”³, con una principal y contundente “dimensión prestacional, por lo que los poderes públicos deben procurar su efectividad”⁴ y su cumplimiento se corresponde con la obligación del Estado de satisfacer las siguientes “características fundamentales”: asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Este esquema se inició con vivienda y alimentación, pasando luego al ámbito de la educación⁵.

Con respecto al derecho a la educación, cabe preliminarmente señalar que es un derecho universalmente reconocido como inalienable y, desde una perspectiva histórica, se incluye, junto con el derecho a la salud, a la seguridad social y a un salario justo, entre los derechos expresados por el “desarrollo” del bienestar, es decir, entre los llamados derechos sociales o de segunda generación.

El derecho a la educación es uno de los derechos fundamentales, y fue reconocido formalmente por primera vez en 1948 por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su art. 26 establece la enseñanza elemental gratuita y obligatoria, dado que la educación debe estar encaminada al pleno desarrollo de la personalidad humana y al fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Con el fin de promover el desarrollo de la persona y su plena participación en la vida política y social, fue entonces el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1966, el que estatuyó que: “La educación pondrá a todos los individuos en condiciones de participar efectivamente en la vida de una sociedad libre, promoverá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos y religiosos, y fomentará el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.

La elevada dimensión prestacional del derecho a la educación se ve reflejada en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989), que enuncia en su artículo 28 cuáles son las acciones que todos los Estados firmantes de la Convención se comprometen a realizar para garantizar su

2. Castillo Córdova, L. (2006). *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario: hacia una interpretación armonizadora de las distintas libertades educativas*. Valencia: Tirant lo Blanch.

3. Preámbulo de la LOGSE.

4. STC 86/1985, de 10 de julio, caso Órdenes del MEC sobre régimen de subvenciones a centros docentes privados, FJ 3.^o

5. Al respecto, Naciones Unidas (2004). *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Serie de Capacitación Profesional n.º 12. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas; Naciones Unidas-Comité DESC (1999 b, n.º 50). (1999 b) Observación General n.º 13. El derecho a la educación (art. 13 del PIDESC).

disfrute: 1) establecer la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria para todos; 2) fomentar la organización de diversas formas de enseñanza secundaria, tanto general como profesional, abierta y accesible a todos los niños, y adoptar las medidas apropiadas, como la gratuidad de la enseñanza y la concesión de un subsidio económico en caso de necesidad; 3) garantizar el acceso de todos a la enseñanza superior por todos los medios apropiados, en función de las capacidades de cada uno; 4) garantizar que la información y la orientación educativa y profesional sean abiertas y accesibles a todos los niños; 5) adoptar medidas para promover la asistencia regular a la escuela y la reducción de la tasa de abandono escolar.

Por su configuración universal en el derecho internacional, el derecho a la educación se aplica a todas las personas, independientemente de su edad, reconociendo la importancia de la educación como un proceso de toda la vida. Comprende "todas las formas de educación y aprendizaje cuya finalidad es lograr que todos los adultos participen en sus sociedades y en el mundo del trabajo. Designa el conjunto de todos los procesos educativos, formales, no formales e informales, gracias a los cuales personas consideradas adultas por la sociedad a la que pertenecen desarrollan y enriquecen sus capacidades para la vida y el trabajo, tanto en provecho propio como en el de sus comunidades, organizaciones y sociedades"⁶.

Un aspecto interesante que hay que tener en cuenta, sobre todo a la luz del contexto de Chile, es la libertad de enseñanza. La educación y la libertad de enseñanza son derechos complementarios que se encuentran garantizados en la Constitución del país. El primero de ellos comprende dos aspectos fundamentales: la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida, y en ella los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Por su parte, la libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, y el derecho de los padres a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos⁷. Un aspecto relacionado tiene que ver con las diferentes opciones educativas, públicas o privadas, entre las que los padres tienen derecho a elegir la educación que quieren para sus hijos, lo cual deriva en el debate entre las diferentes fórmulas de financiación.

La segunda parte del encuentro se centró en el derecho a la vivienda, el cual forma parte de la llamada "tercera generación de derechos", por lo que se define como un "nuevo" derecho social, funcional a

6. UNESCO (2015). *Recomendación sobre el aprendizaje y la educación de adultos*, párrafo 1.

7. Portal de Atención Ciudadana del Ministerio de Educación del Gobierno de Chile (<https://www.ayudamineduc.cl/ficha/derecho-laeducacion-y-libertad-de-ensenanza-11>).

la satisfacción de las necesidades constitucionales de la persona. Es una condición previa para el disfrute de toda una serie de derechos fundamentales, como el derecho a la salud, la intimidad, la seguridad, la inviolabilidad del domicilio y su libre elección.

Calificar el hogar como "bien común" puede significar atribuirle un valor absolutamente funcional a la realización de los derechos fundamentales de la persona, condición indispensable para garantizar a todos una existencia libre y digna. Hoy más que nunca, la dignidad y la libertad de la vida humana se miden también, y sobre todo, por la adecuación de la vivienda a las necesidades de la persona y de su familia.

A nivel internacional, el primer documento normativo que toma en consideración el derecho a la vivienda es, también en este caso, la Declaración Universal de Derechos Humanos de París de 1948 que, en su art. 25, establece que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y cualquier otro caso de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

Entre los numerosos documentos internacionales de importancia fundamental en este punto se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de las Naciones Unidas, adoptado en 1966, en el que "los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia". Los Estados parte adoptarán las medidas apropiadas para garantizar la aplicación de este derecho, y reconocen a este fin la importancia esencial de la cooperación internacional, basada en el libre consentimiento.

Otros convenios internacionales también mencionan el derecho a la vivienda, como por ejemplo la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5 [e]); la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14 [2]); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27); la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 21); y la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Junto con su codificación, y entrando en la dimensión prestacional antes mencionada, para hacer efectivo el derecho a la vivienda hace falta intervenir sobre las causas profundas del no acceso a la vivienda

en el mundo. El relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda, el Sr. Miloon Kothari, ha identificado dichas causas, que comprenden: la especulación del terreno y la propiedad; las expropiaciones y los desalojos forzosos; el éxodo rural y el crecimiento de los barrios de chabolas; la discriminación contra los grupos vulnerables, incluidas las mujeres, los/as niños/as, los/as refugiados/as, los/as inmigrantes y las personas ancianas o en situación de discapacidad; las catástrofes naturales y los conflictos armados; y los efectos negativos de la privatización de los servicios públicos.

En otras palabras, reivindicar el derecho a la vivienda implica luchar por la inclusión de las personas más vulnerables de la sociedad y hacer respetar la obligación legal de los Estados de garantizar una vida digna para todas y todos⁸.

2.1. EL NUEVO CATÁLOGO DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN⁹



Christel Mercadé Piqueras

Abogada especializada en la protección de derechos fundamentales.
Jurista de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea¹⁰

Primeramente, me gustaría hacer una exposición de **la Carta de Derechos Fundamentales**, que **es el marco jurídico de derechos fundamentales que aplicamos a nivel de la Unión Europea**. Esta Carta fue jurídicamente vinculante desde el año 2009 con el último tratado de la Unión Europea, el Tratado de Lisboa. **Es una Carta de Derechos Fundamentales sui géneris en el sentido de que recoge ciertos derechos fundamentales que vienen de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, así como las obligaciones internacionales que**

8. CETIM (2007). *El derecho a la vivienda*. Una colección del Programa Derechos Humanos del Centro Europa - Tercer Mundo.

9. Vídeo de la sesión: https://youtu.be/UFXUEPrKk_c

10. Transcripción de la intervención durante la sesión relativa al nuevo catálogo de derechos fundamentales de la Constitución (8 de junio de 2021).

dichos Estados miembros tenían en el momento de constituirla con base en los diferentes convenios internacionales prominentemente, el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales, la Carta Social Europea y otros elementos e instrumentos jurídicos de derechos fundamentales al momento, y se basa en ellos **pero también recoge un número de derechos fundamentales de nueva constitución que van más allá de lo que existía ya en el momento de crear la Carta de Derechos Fundamentales**. Es importante entender que el ámbito de aplicación de la Carta de Derechos europeo se limita a la aplicación del derecho europeo. Es decir, en el sistema jurídico europeo se diferencia entre lo que viene del sistema jurídico nacional o las leyes que vienen promulgadas a nivel europeo. Y la Carta de Derechos Fundamentales solo se aplica bien sea a la acción de las instituciones europeas, es decir, cuando las instituciones promulgan políticas o nuevas legislaciones o bien cuando los Estados miembros implementan derecho europeo. Esto es importante porque el ámbito de aplicación, a diferencia por ejemplo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es bastante restringido a solo la aplicación de derecho europeo. Y por tanto hay que construir esa Carta de Derechos Fundamentales, que solo se emplea en el ámbito del derecho europeo a nivel europeo y que se aplica e interpreta a través del Tribunal Europeo de Justicia. Es importante recordar esto porque la Carta se divide en seis capítulos: "Dignidad", "Libertad", "Igualdad", "Solidaridad", "Ciudadanía" y "Justicia", además de disposiciones generales de ámbito de aplicación. Y recoge tanto derechos nuevos como derechos más tradicionales (como la libertad de expresión). Evidentemente los derechos más tradicionales no son derechos estáticos, sino dinámicos, por ejemplo, la libertad de expresión, que es un derecho tradicionalmente recogido en las Constituciones de los Estados miembros y con las nuevas tecnologías va teniendo un mayor enfoque en lo que es libertad de expresión *online* o el derecho de no discriminación con los nuevos modelos de familia, así que va ampliando enfoques, va evolucionando y conteniendo nuevos derechos pese a que el derecho en sí es escrito; se trata de un derecho dinámico. Por eso es importante considerar este punto en el marco de una posible redacción de nuevos derechos constitucionales en el sentido de que, pese a que hay derechos más tradicionales, los derechos fundamentales en la Unión Europea se consideran derechos dinámicos. Además, la interpretación la da el Tribunal de Justicia Europeo, que va evolucionando y concediendo nuevos elementos a los derechos que ya existen.

Entre los derechos más nuevos que recoge la Carta destacan:

- ▶ La protección de datos de carácter personal, que es un derecho muy reciente al cual la UE está otorgando mucha importancia con legislación específica, y es uno de esos derechos que cuanto más tiempo pasa, más contenido se le da, y es uno de los últimos derechos recogidos.

- ▶ La libertad de empresa.
- ▶ Derechos relativos a la protección laboral.
- ▶ Derechos dentro del título de solidaridad: derechos de protección de salud, vivienda, seguridad social, derechos de los consumidores y protección del medioambiente (los países de la UE se comprometen a que sus políticas respeten el derecho fundamental al medioambiente).

Me gustaría remarcar que, aunque haya nuevos o viejos derechos, **los derechos son dinámicos y el contenido de los derechos va evolucionando a través de la interpretación que hacen de ellos los tribunales.**

La Carta de Derechos Fundamentales ha sido un punto de inflexión para la Unión Europea. Si bien antes de 2009, que es cuando entró en vigor y se reconoció su legalidad, la Corte de Justicia Europea había reconocido ciertos principios generales como "seudo" derechos fundamentales, como el derecho a la no discriminación, por ejemplo, como normas generales de aplicación en el ámbito europeo y se habían basado hasta entonces en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. A partir de 2009 la Carta de Derechos Fundamentales ha sido un verdadero punto de inflexión no solo a través del Tribunal Europeo de Justicia, sino también a través de la codificación de esos derechos fundamentales a través de legislación secundaria. Y creo que **la Carta Europea de Derechos Fundamentales es muy interesante desde el punto de vista de Chile porque es uno de los ejemplos más recientes de compilación de derechos tradicionalmente clásicos con codificación de derechos de nuevo orden que tradicionalmente han ido evolucionando en las tradiciones de los Estados miembros y que ahora se han codificado dentro de la Carta.**



© DPP/Aliocha Márquez Alvear

En el marco de una posible redacción de nuevos derechos constitucionales en el sentido de que, pese a que hay derechos más tradicionales, los derechos fundamentales en la Unión Europea se consideran derechos dinámicos. Además, la interpretación la da el Tribunal de Justicia Europeo, que va evolucionando y concediendo nuevos elementos a los derechos que ya existen.

Por ejemplo, la protección al consumidor (que es un derecho de nuevo orden recogido en muy pocos ámbitos nacionales o internacionales), la protección de datos personales que ahora con la transformación digital se ha convertido en un derecho muy importante, los derechos de ciudadanía, derecho a una buena administración, derecho al acceso a documentos y transparencia de las administraciones. Todos estos son derechos que ya están codificados y son una buena muestra, desde el punto de vista de Chile, de esos derechos de nuevo orden actuales, y es uno de los últimos ejemplos que encontrar en el ámbito internacional de codificación de derechos fundamentales. Además, más allá de la Carta de Derechos Fundamentales, la UE, año tras año, va ampliando su ámbito de competencia respecto a los ámbitos nacionales y la Carta no solo ha supuesto una creciente implementación de derechos fundamentales, sino que, además, se ve reflejado en más y más ámbitos del derecho europeo. Por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la tutela judicial efectiva ahora se desarrolla en ámbitos como la fiscalidad, el asilo, la inmigración, la independencia del poder judicial o la igualdad de trato en el empleo que son áreas sobre las que hasta hace unos años la UE no tenía competencias, y desde el punto de vista de la Carta de Derechos Fundamentales se está aplicando ahora en muchos más ámbitos.

También vemos que desde 2009, **la aplicación de la Carta a través del Tribunal de Justicia ha sido exponencial. Cada año hacemos una compilación de cómo se usa la Carta a nivel nacional y a nivel europeo, y observamos que el crecimiento es exponencial, lo que implica también que una mayor promulgación de derechos fundamentales significa que el Tribunal está reconociéndolos y está dando aplicación a esos derechos fundamentales desde 2009;** y también es importante ver la evolución dinámica de esos derechos, por ejemplo, el artículo 52 de la Carta establece que aquellos derechos de la Carta Europea de Derechos Fundamentales que tengan su correspondencia con el Convenio Europeo de Derechos serán interpretados de manera parecida, pero nada impide al Tribunal, a la Comisión o las instituciones de la UE dar mayor protección de aquella que ofrece el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y eso es algo que hemos visto bastante recientemente, por ejemplo, en la protección del derecho de asilo, en el ámbito migratorio; en caso de devolución, expulsión y extradición donde el Tribunal Europeo de Justicia ha dado mayor protección de la que en algunas de sus sentencias ha dado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Es importante desde este punto de vista el ejemplo de la UE con la Carta Europea de Derechos Fundamentales como base para una reflexión mayor en que a mayor número de derechos fundamentales mayor protección y mayor evolución dinámica existe en estos derechos de protección.

Me gustaría explicar los desafíos principales que tenemos en la UE desde el punto de vista de la protección de derechos fundamentales, no tanto desde un punto de vista legal, porque el instrumento es muy reciente y ya contiene un número de derechos fundamentales, sino más bien desde el punto de vista de implementación y los nuevos desafíos que la Carta de Derechos Fundamentales está teniendo como, por ejemplo, en el área de inmigración, la transformación digital donde vemos que se está produciendo un progreso de mayor eficiencia y nuevas formas de tratar la información, pero también estimula la proliferación de delitos de odio que reducen la libertad de expresión que reducen la protección de discriminación en el ámbito *online*. El caso más reciente y claro en la UE ha sido la crisis del COVID, que ha provocado la restricción de numerosos derechos fundamentales sin precedentes en la UE, la restricción de libertad de movimiento y la restricción de libertad de ciertos ámbitos. Ante esto, más allá de una reflexión legal sobre protección de la Carta, en lo que nos estamos basando en la UE es en cómo establecer una implementación específica de la Carta en todos los Estados miembros, y **hemos publicado este año una estrategia de implementación de la Carta de Derechos Fundamentales para asegurar que en los próximos diez años haya una estrategia coherente en cómo asegurar una eficiente implementación de la Carta basada en cuatro pilares: 1) garantizar la aplicación efectiva de la Carta por parte de los Estados miembros; 2) capacitar a los siguientes agentes para una correcta implementación de la Carta: la sociedad civil, los defensores de derechos y los profesionales; 3) fomentar el uso de la Carta en las instituciones de la UE; y 4) reforzar la conciencia de las personas y la capacidad de las personas en el entendimiento de los derechos fundamentales.**

Uno de los ejemplos más recientes sobre cómo implementar la Carta de Derechos Fundamentales es garantizar los derechos fundamentales en la ejecución de fondos en la UE. Este ha sido un debate largo, pero una de las cosas que hemos hecho es condicionar los fondos europeos que se dan a los Estados miembros para la efectiva protección de los derechos fundamentales estableciendo un número de mecanismos para eliminar o retrotraer los proyectos financiados por la UE cuando aquellos Estados miembros no cumplan con los derechos fundamentales. Nos hemos encontrado ya varios casos de proyectos de la UE donde existe discriminación respecto a la orientación sexual, y en esas situaciones la UE ha establecido que para el próximo marco de financiación europeo va a haber un escrutinio muy importante en el modo en que se emplean estos fondos europeos.

En definitiva, hay dos componentes fundamentales para la UE. Como la Carta es muy reciente desde el punto de vista legal y desde el punto de vista de reformar los derechos, se entiende que al ser dinámico y al ser aún interpretado por el Tribunal de Justicia Europeo de manera muy amplia, no hay una

necesidad de reformar la Carta sino que hay una necesidad de garantizar su efectiva implementación por parte de los Estados miembros, pero también dar un soporte a la sociedad civil y a los ciudadanos para que sean conscientes de cómo implementar efectivamente sus derechos fundamentales en el día a día de los ciudadanos.



Carmen Morte-Gómez

Asesora jurídica principal.
Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Los derechos protegidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: criterios interpretativos¹¹

El Convenio Europeo de Derechos Humanos contiene el elenco de derechos fundamentales que constituyen los fundamentos de la paz y la justicia, cuyo mantenimiento reposa esencialmente en los regímenes políticos verdaderamente democráticos frente a los abusos de poder.

El texto, nacido en 1950 al término de la Segunda Guerra Mundial, en una Europa devastada que intentaba reconstruirse, sigue siendo idéntico en la actualidad, por lo que se refiere a los 13 derechos y libertades fundamentales y prohibiciones, incluidos en el mismo, aunque se han ido añadiendo otros derechos mediante protocolos adicionales de carácter facultativo¹². Desde unos años después de su entrada en vigor en 1953, **el Tribunal Europeo de Derechos Humanos supervisa el cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones asumidas con la firma y ratificación del Convenio, comprometiéndose estos a “acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en los que sean partes”¹³.**

11. Webinar sobre el proceso constituyente chileno, 8 de junio de 2021. Notas para intervención oral.

12. Y que son, por tanto, de obligado cumplimiento solo para los Estados que los hayan ratificado y a partir de su entrada en vigor.

13. Artículo 46 § 1 del Convenio.

Tanto el Convenio como sus protocolos adicionales contienen casi exclusivamente, al menos de manera teórica, derechos civiles y políticos, pues los derechos económicos y sociales están protegidos, en el ámbito del Consejo de Europa, por la Carta Social Europea.

Los derechos garantizados por el Convenio de 1950 son los siguientes: derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, a un juicio justo, a la vida privada y familiar, a las libertades de pensamiento, conciencia y religión, expresión, opinión e información, reunión y asociación, el derecho a contraer matrimonio y el derecho a un recurso efectivo. También se incluyen algunas prohibiciones, como la prohibición de torturas y malos tratos o de la esclavitud, y dos principios clave, el de legalidad y el de no discriminación.

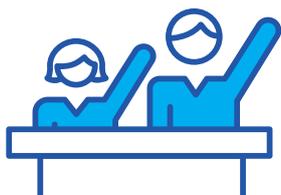
Entre los derechos y prohibiciones que acaban de mencionarse, algunos son absolutos, no excepcionables (no derogables). Y existen otros derechos entre los indicados, que son "limitables" o "sometidos a restricción", como son los incluidos en los artículos 8 a 11 del Convenio: el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (y la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos), la libertad de expresión (que incluye la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas) y la libertad de reunión y de asociación (incluidos los derechos de fundar sindicatos y de afiliarse a los mismos, o de no hacerlo). Estos artículos tienen un párrafo segundo, redactado en términos similares para todos ellos, que permite que las autoridades públicas limiten el ejercicio del derecho protegido en el párrafo primero, siempre que tal limitación o injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de los derechos y las libertades de los demás, etc.¹⁴.

14. En cuanto a los derechos protegidos y las prohibiciones contempladas en los protocolos adicionales que garantizan derechos, pueden mencionarse los siguientes: el Protocolo n.º 1 añade a este catálogo la protección de la propiedad privada, el derecho a la educación y el derecho a elecciones libres. El Protocolo n.º 4 proclama la prohibición de prisión por deudas, la prohibición de la expulsión de nacionales y la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, así como la libertad de circulación. El Protocolo n.º 6 prohíbe la pena de muerte en tiempo de paz. El Protocolo n.º 7 introduce, por su parte, los derechos al doble grado de jurisdicción en materia penal, a recibir una indemnización por error judicial y a la igualdad entre los esposos, así como ciertas garantías procesales en caso de expulsión de extranjeros y el principio de *ne bis in idem*. El Protocolo n.º 12 instituye el derecho autónomo a la igualdad. Por último, el Protocolo n.º 13 prohíbe la pena de muerte en cualquier circunstancia.

Si la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es fundamentalmente la resolución de demandas individuales, no es menos cierto que se ha ido convirtiendo en un auténtico “instrumento constitucional del orden público europeo”¹⁵ como instrumento de consolidación de la protección de los derechos humanos en Europa. Y ello fundamentalmente a través de una serie de principios interpretativos que son una constante en el desarrollo de su jurisprudencia.

Ya desde sus sentencias *Tyrer vs. Reino Unido* (1978) y *Airey vs. Irlanda* (1979), el Tribunal precisó que el Convenio es un instrumento vivo que no protege derechos ilusorios, sino reales, y que la interpretación del mismo debe por tanto adaptarse a la evolución de los tiempos. El Tribunal adapta su jurisprudencia a situaciones que no existían en el momento de su creación.

Un claro ejemplo de cómo se consigue este objetivo se lo debemos a la sentencia de Gran Sala dictada en el caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, en el que la demandante, transexual operada, declarada de sexo masculino en su nacimiento, se quejaba de la ausencia de reconocimiento jurídico de su sexo femenino. El Tribunal decidió evaluar “a la luz de las condiciones actuales” la interpretación y la aplicación del Convenio y, a pesar de considerar la ausencia de elementos indicativos de un “consenso europeo” en la materia, constató la existencia de una tendencia internacional, no solo hacia una mayor aceptación social de las personas transexuales, sino también hacia el reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales y, entendiendo que la dignidad y la libertad del ser humano constituyen la esencia misma del Convenio, concluyó que el Estado no podía seguir invocando el margen de apreciación (basado en el carácter subsidiario del sistema del Convenio) para justificar tales situaciones, pues la noción de justo equilibrio inherente al Convenio inclinaba ahora decididamente la balanza en favor de la demandante¹⁶.



El Tribunal precisó que el Convenio es un instrumento vivo que no protege derechos ilusorios, sino reales, y que la interpretación del mismo debe por tanto adaptarse a la evolución de los tiempos. El Tribunal adapta su jurisprudencia a situaciones que no existían en el momento de su creación.

15. Sentencia TEDH *Loizidou vs. Turquía* (excepciones preliminares), 23 de marzo de 1995, § 75.

16. STEDH de Gran Sala de 11 de julio de 2002.

El Tribunal de Estrasburgo ha interpretado el Convenio de forma dinámica y evolutiva a raíz de las circunstancias de vida actuales, en el sentido de proporcionar una protección a los derechos allí reconocidos frente a amenazas y peligros derivados de nuevas situaciones, imprevisibles para los autores del mismo en 1950. Un ejemplo de esto lo constituye el derecho al medioambiente sano. La sentencia en el caso López Ostra vs. España (1994) vino a extender la protección del Convenio a los supuestos de invasión del domicilio por agentes nocivos y molestos, como los malos olores, dando lugar a la vulneración del derecho a la vida privada y familiar garantizada por el artículo 8, o las sentencias en los casos Gómez Moreno vs. España (2004) y Martínez Martínez vs. España (2011) incluyeron el nivel excesivo de ruidos nocturnos (bares y discotecas). Estas situaciones son ahora comúnmente aceptadas como expresión de la protección del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 8 del CEDH y como adaptación de esa protección a nuevas necesidades.

Consecuencia también de este enfoque interpretativo, orientado a la efectividad de los derechos fundamentales, ha sido la introducción en la jurisprudencia del Tribunal el concepto de obligaciones positivas del Estado, derivadas del reconocimiento de los derechos del Convenio. El respeto de esos derechos implica no solamente que las autoridades públicas deban abstenerse de actuaciones que interfieran indebidamente en su ejercicio por las personas bajo su jurisdicción, sino también, y adicionalmente, que esas autoridades tengan la obligación, incluso en las relaciones entre particulares, de prevenir, de proteger y de aprobar leyes penales eficaces capaces de disuadir al agresor de cometer un delito contra las personas, y de sancionar la agresión en caso de incumplimiento de dichas leyes¹⁷ (obligaciones positivas sustantivas), así como la obligación positiva procesal de investigar, de manera efectiva, los hechos desde que el asunto llegue al conocimiento de las autoridades, sin dilaciones excesivas e injustificadas¹⁸. En este caso, la vulneración del Convenio no surge tanto del acto del particular (ya que el TEDH no tiene por misión absolverlos o condenarlos) como de la negligencia o la pasividad de las autoridades del Estado ante dichas situaciones (pues se trata de un tribunal internacional con vocación constitucional).

Los derechos humanos desempeñan un papel central en la gobernanza democrática, que el Convenio no define, pero que se deduce del juego de todos los derechos del Convenio y de los principios inspiradores de la jurisprudencia del Tribunal. El Tribunal examinará si la limitación del concreto derecho por parte del Estado es imperiosamente necesaria en una sociedad democrática, si ha sido realizada de

17. Sentencias TEDH Opuz vs. Turquía, 9 de junio de 2009 y Volodina vs. Rusia, 9 de julio de 2019, en contexto de violencia doméstica.

18. Sentencia TEDH Teršana vs. Albania, 4 de agosto de 2020.

forma proporcionada con el objetivo legítimo perseguido y con arreglo a la finalidad para la que se han previsto (artículo 18) y si las razones dadas por las autoridades para justificarla son pertinentes y suficientes.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, mediante, como se ha expuesto, la labor jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal, se ha convertido en un mecanismo de integración europea a través de los derechos fundamentales. Su éxito proviene de su efecto “mancha de aceite” entre las distintas ramas del derecho y las distintas materias, impregnándolo todo, pero también de la creación de una identidad jurídica común, un cuerpo de normas a nivel paneuropeo (entendiendo por normas tanto el derecho positivo —el texto del Convenio— como la jurisprudencia del Tribunal) basado en los valores fundamentales sobre los que se funda el Consejo de Europa. Subrayaba recientemente el anterior presidente del TEDH, el Sr. Linos-Alexandre Sicilianos, que la penetración del Convenio en todas las ramas del derecho interno, la interpretación evolutiva que garantiza la modernidad del texto, la armonización de las normas de derechos humanos a nivel paneuropeo y la creación progresiva de una identidad jurídica europea explican el carácter único y la dinámica del Convenio Europeo.



Liliana Andrea Galdámez Zelada

Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

El catálogo de los derechos fundamentales de la futura Constitución es de las piezas claves que estuvieron en el centro de las demandas de la revuelta del 19 de octubre de 2019 en Chile. Solamente quisiera recordar a Gargarella (2015) y la cuestión del poder y su centralidad. Porque el nuevo constitucionalismo latinoamericano se ha centrado en lo primero, manteniendo estructuras de poder desde el siglo XIX. Para el caso chileno, en este proceso constituyente aún no está claro dónde se producirán los énfasis. La cuestión del poder es hoy, en su centralidad, abordar y atenuar el régimen presidencial; otorgar mayor poder a los territorios, aunque no está claro si eso implica algún grado de autonomía mayor; mejorar el diseño del Congreso, quizá uno unicameral; rediseñar o eliminar el Tribunal Constitucional; un poder judicial con un órgano de gestión y administración para favorecer la desconcentración. En fin, son muchos los asuntos presentes en esta preocupación.

Los derechos están en el centro de las demandas, vivienda, salud, seguridad social, educación, medioambiente sano, sexuales y reproductivos, protesta. Clásicos y nuevos derechos acorde con el momento histórico, político y social que experimenta no solo el país, sino también el mundo global.

En un momento donde concurren tantos fenómenos globales y regionales, descontento social, pandemia, salud mental, cambio climático, crisis política, malestar, en este desafiante escenario se escribirá la nueva Constitución de Chile, paritaria, con participación de los pueblos indígenas.

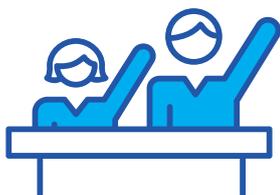
En la metodología propuesta, nos pidieron referirnos a dos temas que analizaré enseguida.

1. Estado de aplicación real de los derechos fundamentales en Chile, sus principales desafíos actuales, los "nuevos derechos" que se han reconocido en las últimas décadas, las áreas de conflicto más sobresalientes, las tendencias... y, a partir de ello, el contexto que ha de tener en cuenta la Convención Constituyente en este campo.

Antes de referirme a algunos derechos, como el derecho humano al agua, me voy a centrar en cuestiones más sistémicas y estratégicas en la protección y reconocimiento de los derechos fundamentales.

La relación derecho internacional y derecho interno es clave para el catálogo de los derechos. Hoy el artículo 5 de la Constitución señala:

La soberanía reside esencialmente en la nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.



El catálogo de los derechos fundamentales de la futura Constitución es de las piezas claves que estuvieron en el centro de las demandas de la revuelta del 19 de octubre de 2019 en Chile.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Esta cláusula ha sido importante para el derecho en Chile. Después de un largo e infructuoso debate doctrinario sobre la jerarquía de los tratados y criterios pendulares de los jueces, hoy la cláusula se aplica en la forma de una apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos. A través del artículo 5, es frecuente que se citen distintas fuentes del DIDH, tratados y también normas del *soft law*. A través de su invocación y el artículo 1 que se refiere a que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", se han identificado nuevos derechos como parte de los derechos que la Constitución reconoce, como el derecho humano al agua, el derecho a la identidad y a una tutela judicial efectiva. También ha permitido fundamentar los límites a la amnistía en casos de graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura. Ha fundamentado también la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, pese a que Chile no ha ratificado la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, pero se le cita como norma del *ius cogens* internacional. Ha introducido el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, en fin, ha traído transformaciones y avances fundamentales durante los años de su vigencia, siguiendo a Von Bogdandy (2015).

Pero el artículo 5 plantea problemas. Una mayor claridad en cuanto a la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos refuerza y hace vinculantes los tratados para el juez, para el legislador y para el ejecutivo. Este impulso hace falta al derecho chileno, porque no siempre se citan tratados sobre derechos humanos, o no se citan los pertinentes, como cuando el Tribunal Constitucional chileno no cita, conociendo la nueva ley de migraciones, la Convención Internacional sobre Protección de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, tratado vigente y ratificado por el país.

Junto con la cuestión de la jerarquía, sería importante definir la supraconstitucionalidad para las normas del *ius cogens* internacional y otras normas de interés global y humanizador.

Otra cosa importante es definir si los mecanismos de garantía y tutela de los derechos se extienden a la protección de los derechos contenidos en tratados ratificados y vigentes. Si formarían

parte de la Constitución, no se ve cómo ni de qué manera no podrían protegerse a través de garantías jurisdiccionales.

Asimismo, y sumando fuerza a esta fuente del derecho, podría incluirse una cláusula equivalente al art. 10.2 de la Constitución española de 1978. Esto reforzaría la interpretación conforme al DIDH y también lleva a pensar en el control de convencionalidad y en su eventual constitucionalización. Otras reglas del DIDH, de interpretación, también se podrían considerar, como el principio favor persona, siguiendo el modelo de México en 2011.

Otras cuestiones importantes son resolver y concretar el cumplimiento de sentencias internacionales y opiniones y recomendaciones de órganos de tratado. Delegarlos en una entidad que se encargue de las acciones necesarias para su cumplimiento a través de una ley.

Además, ayudaría introducir la idea de solidaridad, bienestar, Estado social y democrático de derechos.

Estas son algunas ideas de una propuesta que debe ser estructurada y sistémica, con gran centralidad en los deberes de los poderes frente a los derechos fundamentales y sus mecanismos de garantía jurisdiccional.

2. A la vista de cuanto antecede, las características principales que debería tener, a su juicio, el nuevo catálogo constitucional chileno de los derechos fundamentales son: orden, contenido, apertura al derecho internacional aplicable, papel del legislador en la concreción de su régimen, etc.

Algunas primeras ideas serían, siguiendo lo que se señaló en el apartado anterior, que **la Constitución incluya cláusulas generales que definan el papel del Estado, la importancia de los derechos sociales y los principios rectores para su interpretación. Incluir la constitucionalización de tratados, cláusulas de interpretación y mecanismos de garantía.**

Reforzar, siguiendo la Constitución alemana, la forma en que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes del Estado. La protección de su contenido esencial, el principio favor persona y crear una institucionalidad como el Defensor del Pueblo que asuma una función en su promoción y protección.

Incorporar una mirada sistémica implica igualmente impulsar con fuerza la protección del derecho/principio de igualdad y no discriminación, incluyendo nociones como las categorías sospechosas y medidas de acción afirmativa. La protección de este derecho y su centralidad es fundamental para concretar las aspiraciones que dieron lugar a la movilización social y a este momento constituyente.

En cuanto al catálogo de los derechos, me parece que es hora de abordar el problema del agua. **Es esencial incluir el derecho fundamental al agua con todo lo que ello implica: accesibilidad, calidad y suficiencia.** Pero este no es el problema central del agua, lo central se encuentra en su privatización y en el reconocimiento de los derechos de aprovechamiento de aguas contenidos en el inciso final del artículo 19 n.º 24 de la actual Constitución. **Es importante reflexionar sobre este asunto, sobre la sostenibilidad de un reconocimiento de esta naturaleza en un contexto de cambio global climático y escasez hídrica. Es hora de que la Constitución pueda dejar el camino abierto para que el legislador, con gobernanza, pueda resolver este grave problema para presentes y futuras generaciones recuperando material y jurídicamente su condición de bien común inapropiable.**

Finalmente, entre los derechos imprescindibles se encuentra el derecho a un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado, que la Red de Constitucionalismo Ecológico, de la que formo parte, propone en los siguientes términos:

Derecho a un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado. La Constitución debe garantizar a todas las personas el derecho a un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado, que favorezca el bienestar, la conservación y la regeneración de los ecosistemas. Este derecho tiene una dimensión individual y colectiva y comprende a las presentes y futuras generaciones. Este derecho es fundacional para el goce de otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la salud, al alimento y al agua.

Agradezco a los y las organizadoras del Foro Chile-Unión Europea, la Delegación de la Unión Europea en Chile, la Cámara de Diputadas y Diputados de Chile, la Agencia Chilena de Cooperación Internacional-AGCID y la Biblioteca del Congreso Nacional, con el apoyo del programa EUROsociAL+, por esta invitación a pensar en nuestra futura Constitución y por haberme permitido compartir este espacio con colegas tan distinguidas.



Lidia Casas Becerra

Directora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Chile

Los derechos fundamentales en Chile y el debate para la nueva Constitución

Uno de los retos que se proyectan en relación con los derechos fundamentales es el desacople existente entre el actual texto y los tratados internacionales de derechos humanos que Chile ha suscrito. Si bien los derechos sociales y económicos están enunciados en la Constitución, como salud y educación, su formulación está lejos de cumplir con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos y cómo los derechos fundamentales se modelan a la luz de los estándares desarrollados por los órganos de tratados. Es una cuestión ya conocida que el derecho en materia de salud está circunscrito a una elección de sistema de salud, sea este público o privado, que las exigencias constitucionales son de mínimos, como la promoción de salud, pero que no logran asegurar la exigencia del mismo a través de vías procesales. Así el derecho a la salud es de aquellos que no pueden ser exigidos judicialmente a través de la acción constitucional —recurso de protección— y en numerosas ocasiones, la reclamación judicial requiere que este sea demandado a través del derecho a la vida y la integridad, con resultados inciertos.

Lo mismo sucede en el ámbito del derecho a la educación en que, por un lado, se niega la protección del derecho a la educación en los términos de los estándares de derechos humanos, y solo se protege constitucionalmente el derecho de los padres a elegir el establecimiento educacional para sus hijos e hijas. Esta tensión existente requiere una recalibración, si es la obligación del Estado de asegurar y proteger o es simplemente un derecho a elegir, en una visión en que el Estado tiene menos obligaciones, un Estado subsidiario y donde la voluntad se encuadra en enunciados en clave más de mercado que de un Estado social. La libertad de enseñanza nos retraerá, seguramente, a las disputas de hace más de un siglo, sobre el papel del Estado en materia educacional y las obligaciones de los privados cuando ejercen una función pública.

La justiciabilidad de los derechos económicos y sociales se encuentra en tensión entre diversos sectores políticos, y cómo esta se articula de una manera en que dialogue con las obligaciones contraídas a

partir de ciertos verbos rectores como promover y proteger conforme a esquemas de política pública que vayan en una clara progresividad.

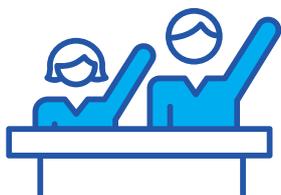
Otro ámbito de fuerte tensión estará alrededor de los recursos naturales y la propiedad. Esta última tiene una fuerte protección en el ámbito constitucional, que actualmente se protege desde una perspectiva de desarrollo de la actividad económica y privada sin considerar la protección de derechos ambientales bajo un esquema de una economía extractivista. **Así el derecho al agua, como un derecho humano, será arduamente debatido, pues implica tocar los derechos de aguas que están en manos privadas y que distintas comunidades sufren de forma sistemática por su explotación.** Habrá ciertamente una discusión que no se agota con los derechos de agua no explotados.

Respecto de los nuevos derechos que han irrumpido entre las demandas sociales y que no se encuentran establecidos en el actual texto, pensemos en dos: el reconocimiento de los pueblos originarios y los derechos sexuales y reproductivos. Dos colectivos que sufren dos formas de sometimiento: el cultural y el redistributivo.

El Estado de Chile está en deuda históricamente con los pueblos originarios y durante décadas, ya sea por falta de voluntad política, por una parte, y rechazo por la otra, se ha privado de un reconocimiento constitucional. No se logró en la reforma del año 2005, pero hoy ello se puede superar. Lo que suceda no puede ser solo reconocimiento formal, sino que debe estar acompañado de medidas específicas, tal como el respeto a sus tierras y los recursos naturales. Además, proponemos como Centro de Derechos Humanos una cláusula que hace obligatoria la educación básica en las lenguas propias de los pueblos, pues solo es posible promover las culturas ancestrales a partir de medidas concretas por parte del Estado.

Uno de los retos que se proyectan en relación con los derechos fundamentales es el desacople existente entre el actual texto y los tratados internacionales de derechos humanos que Chile ha suscrito.

El Estado de Chile está en deuda históricamente con los pueblos originarios y durante décadas, ya sea por falta de voluntad política, por una parte, y rechazo por la otra, se ha privado de un reconocimiento constitucional.



La justicia reproductiva asociada a los derechos sexuales y reproductivos es otra área de la mayor resistencia política y cultural por varios sectores. Es probable que también lo suscite el reconocimiento de "las familias", es decir, mudar de una concepción hegemónica de familia heterosexual fundada en el matrimonio. Aunque el texto constitucional actual no lo dice, la legislación y las prácticas han llevado a la invisibilización de otras conformaciones familiares, impactando negativamente en los niños y niñas, en los derechos hereditarios y ciertamente en la posibilidad de contraer matrimonio o de adoptar para las parejas del mismo sexo.

Respecto de la autonomía reproductiva, el derecho a decidir es central para reconocer a las mujeres una ciudadanía completa y no coartada. Nuestra propuesta gira, precisamente, en el desarrollo conceptual y normativo de estos derechos que ya se encuentran desarrollados ampliamente a nivel de instrumentos internacionales y en los estándares de órganos de tratados, en este sentido, como Centro de Derechos Humanos tenemos una propuesta concreta¹⁹.

El nuevo catálogo constitucional chileno de los derechos fundamentales

La idea de que exista un orden de prelación o de priorización de los derechos no me convence. Muchas veces, los derechos pueden estar en tensión unos con otros y serán los tribunales, el legislador o los decisores de políticas públicas quienes deberán hacer un balance entre ellos para responder a los conflictos que se puedan suscitar.

La Constitución debe contener una cláusula que establezca la forma de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, así como su jerarquía dentro del marco constitucional. Debe resolverse la posición que ocupan los tratados de derechos humanos en el ordenamiento interno de los tratados; su autoejecutabilidad, es decir, la posibilidad de invocarlos directamente ante un tribunal

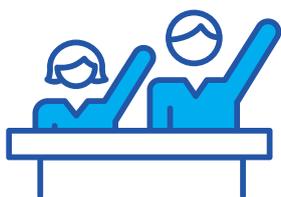
19. Nuestra propuesta es "La Constitución reconoce la obligación del Estado en promover y asegurar el derecho de las personas al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos sin discriminación ni violencia, a tomar decisiones autónomas e informadas en el ámbito de la reproducción y la sexualidad sin interferencia de terceros o agentes del Estado. Estos derechos implican la facultad de decidir libre y responsablemente si tener o no relaciones sexuales, de tenerlas en forma segura, de protegerse de embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual, así como también decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo de los nacimientos, con acceso a información, educación y medios para ello. Se asegurará contar con las condiciones para respetar que los procesos reproductivos, incluyendo el parto, sean conformes a las cosmovisiones y a las convicciones de las personas gestantes.

El Estado debe asegurar información y educación sexual y/o reproductiva integral desde la infancia, no discriminatoria, adecuada en función de la edad, y basada en la evidencia. El Estado asegurará las condiciones para una maternidad deseada".

chileno; la facultad y obligación de todos los órganos del Estado de aplicar, en el marco de sus competencias, el control de convencionalidad, definido como obligación estatal por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la incorporación de la jurisprudencia internacional y de las decisiones de los órganos de supervisión de tratados en la definición del alcance y contenido de los derechos humanos no están claramente definidos de parte del derecho constitucional (si bien lo están en el derecho internacional) y la posición que ocupan las normas de *ius cogens* en el derecho constitucional interno. La propuesta como Centro de Derechos Humanos es que respecto de las normas de *ius cogens*, estas son claramente normas supraconstitucionales y otras son de rango constitucional para evitar problemas interpretativos entre las disposiciones domésticas y las del derecho internacional.

Creemos que debe existir una clara enunciación de la igualdad y no discriminación. Esta última no está recogida, por lo cual podemos decir que el actual enunciado está incompleto. Esta cláusula debe ser el pilar sobre el cual descansa cualquier ley o cláusula antidiscriminación, y debe guiar toda política pública y la relación entre privados. Debe establecer con claridad una prohibición de discriminación tanto directa como indirecta, tal como lo hacen los tratados internacionales de derechos humanos. Es posible también enunciar las categorías sospechosas, es decir, los criterios prohibidos de discriminación, permitiendo que su enunciación no sea taxativa.

Aunque no sea parte del catálogo de derechos como tal, la paridad de género es una cuestión de ciudadanía de las mujeres y debe cruzar la conformación de los distintos poderes públicos. Sobre el derecho a la vida habrá que integrar el derecho a vivir una vida libre de violencia, lo cual reconoce que la violencia de género y en contra de otros colectivos como NNA, la población LGTB y ancianidad es una violación a los derechos humanos. Con distintos colegas en el Centro de Derechos Humanos, hemos articulado propuestas alrededor de derechos sociales bajo el marco del derecho internacional de los derechos humanos. En materia de educación, hemos considerado, entre otras cosas, la educación cívica y derechos humanos como obligatoria, incluyendo las fuerzas armadas y de orden y seguridad. El Estado



La Constitución debe contener una cláusula que establezca la forma de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, así como su jerarquía dentro del marco constitucional. Debe resolverse la posición que ocupan los tratados de derechos humanos en el ordenamiento interno.

debe asegurar que los niños y niñas puedan acceder a la educación básica en sus lenguas ancestrales²⁰. Tenemos que pensar en los verbos rectores que utilizamos y deben estar en concordancia con las obligaciones que Chile ha suscrito.

El derecho internacional no impone cuál es el modelo que se deba seguir en ciertas áreas, sino que plantea los mínimos que se deben cubrir. Así, en materia de salud, educación, seguridad social e incluso en recursos naturales y propiedad será el legislador y posteriormente los Gobiernos los que articulen una política pública coherente con un marco de derechos fundamentales. **La materialización de los derechos, a partir de claros enunciados, se realizará en leyes, reglamentos y ciertamente la política pública.**

CONCLUSIONES DE LA SESIÓN



Pablo Saavedra Alessandri

Secretario ejecutivo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹

Primero quiero compartir una reflexión general que es importante tener presente. Recordemos cómo se gestó esta Constitución de 1980 que en poco tiempo va a dejar de existir, solo cabe recordar que fue entre cuatro paredes y en dictadura. Se trataba de legitimar a través de los derechos lo que era una dictadura.

Una de las cuestiones principales que hay que tener en cuenta en la construcción de la nueva Constitución es que esta tiene que ir de la mano de los tratados de derechos humanos. A mi modo de ver, siempre debe tener como límite los tratados de derechos humanos, en el sentido de que no pueden

20. Nuestra propuesta: “[...] La educación cívica será obligatoria en la enseñanza media y debe promover la democracia, los derechos humanos, la participación y la tolerancia, como todo otro valor propio de una sociedad democrática y que resulte fundamental para la profundización de una ciudadanía diversa, robusta e inclusiva. La educación en derechos humanos será obligatoria en todo establecimiento educacional. Las fuerzas armadas y las de orden y seguridad deberán mantener estructuras orgánicas permanentes de formación y perfeccionamiento en este ámbito, asegurándose anualmente su financiamiento por ley. Los pueblos indígenas tienen el derecho a acceder a la educación básica en sus propias lenguas ancestrales”.

21. Transcripción de la intervención durante la sesión relativa al nuevo catálogo de derechos fundamentales de la Constitución (8 de junio de 2021). Vídeo de la sesión: https://youtu.be/UFXUEPrKk_c

hacerse construcciones restrictivas de los derechos ahí indicados. Quiero hacer dos reflexiones sobre el particular que ya señalaron Lidia Casas Becerra y Liliana Andrea Galdámez Zelada.

Hoy en día, desde mi perspectiva, el artículo 5.º de la Constitución, tal como está redactado, no es suficiente, es insatisfactorio, es errático y puede llevar a interpretaciones diversas en cuanto al papel y jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos; si bien se ha mejorado en su redacción e interpretaciones, especialmente después de la reforma del año 2005, todavía no es claro y suficiente. En ese sentido veo que hay una coincidencia entre Lidia Casas Becerra y Liliana Andrea Galdámez Zelada en cuanto a que los tratados de derechos humanos deberían tener claramente un rango constitucional. Pero además las ponentes coinciden en que no solo se trata de una coincidencia normativa, sino que también se debe incorporar la interpretación conforme la van dando los órganos de tratado en el caso de la ONU y la Corte Interamericana como tribunal de cierre y de interpretación convencional.

Algo que me parece interesante y que exponían ambas ponentes es ¿qué carácter vamos a dar a las normas de ius cogens?, ¿son normas supraconstitucionales?, ¿van a ser normas relativas al entendimiento mínimo sobre las que se va a constituir el andamiaje de nuestra Constitución y sociedad? Desde mi perspectiva las normas de ius cogens son supraconstitucionales.

Un punto en común de las panelistas europeas es la interpretación dinámica que han tenido que hacer, por un lado, el Tribunal de Justicia de la UE y, por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Christel Mercadé Piqueras nos hablaba de la última experiencia europea, que es el Tratado de Derechos Fundamentales de la UE. Ella nos indica que este instrumento recoge lo viejo, pero también tiene la virtud de recoger las nuevas evoluciones del derecho internacional de los derechos humanos y ahí nos invitaba a abordar con una nueva visión algunos temas como la libertad de expresión y el concepto de

© DPP/Aliosha Márquez Alvear

Una de las cuestiones principales que hay que tener en cuenta en la construcción de la nueva Constitución es que esta tiene que ir de la mano de los tratados de derechos humanos. A mi modo de ver, siempre debe tener como límite los tratados de derechos humanos, en el sentido de que no pueden hacerse construcciones restrictivas de los derechos ahí indicados.

familia (salir del concepto clásico), por poner solo algunos ejemplos. Por otra parte, Carmen Morte-Gómez nos hablaba del Tribunal Europeo y del Convenio Europeo del año 1950. Ella nos llama la atención sobre cómo se ha ido ampliando el catálogo de protección de derechos en relación con cómo estos se consideraban en los años cincuenta. Se puede observar que ambas ponentes coinciden y ponen de relieve la importancia de la interpretación evolutiva del derecho. Por eso es tan importante esta herramienta de la jerarquía que va a tener el derecho internacional de los derechos humanos en la nueva Constitución. Tenemos una oportunidad única de tener un catálogo actualizado de derechos.

Quiero aprovechar para hacer una reflexión desde el punto de vista de la Corte Interamericana, ya que para nosotros la interpretación evolutiva también es clave. En este sentido, el derecho tiene que dar respuestas a las problemáticas sociales actuales y no permanecer anclados a lo que se pensó o a cómo se veía América en 1969 (cuando se adoptó la Convención Americana); la realidad social y sus problemáticas van cambiando, tenemos que ser capaces de hacer una interpretación evolutiva y que la nueva Constitución sea un reflejo del Chile de hoy y también del mañana. Así pues, quiero tomar un par de ideas que han expuesto todas las panelistas sobre este tema y que son el reflejo de una evolución del cual la jurisprudencia de la Corte IDH no ha estado ajena, por ejemplo, en lo que guarda relación con el concepto de familia, el concepto de libertad de expresión y el acceso a la información, entre otros. Estas interpretaciones evolutivas deben quedar plasmadas en la nueva Constitución.

Después tanto Carmen como Christel y el diputado Matías Walker nos invitaban a pensar en nuevos derechos que se podrían incorporar a la nueva Constitución. Y ahí quiero tomar varios ejemplos que coinciden desde el punto de vista de nuestra evolución jurisprudencial del sistema interamericano, y también lo que ha tenido Europa a través de la Corte de Luxemburgo y Estrasburgo, así como lo que se está viendo en los tribunales nacionales (y que lo trató Liliana). El tema del derecho al medioambiente, a mi modo de ver, debería ser una normal transversal de toda la Constitución. Se han de



El derecho tiene que dar respuestas a las problemáticas sociales actuales y no permanecer anclados a lo que se pensó o a cómo se veía América en 1969 (cuando se adoptó la Convención Americana); la realidad social y sus problemáticas van cambiando, tenemos que ser capaces de hacer una interpretación evolutiva y que la nueva Constitución sea un reflejo del Chile de hoy y también del mañana.

incorporar nuevos conceptos, como la sostenibilidad ambiental. El derecho al agua, por ser un bien de uso público, ha de estar claramente plasmado en la nueva Constitución, además destaca su importancia para el individuo, las personas y los ecosistemas, y por eso debería quedar reflejado en esta visión medioambiental de la Constitución.

Lidia habló también de los derechos sexuales y reproductivos, los cuales creo que deben ser incorporados a la Constitución, así como el derecho a la no violencia en un ámbito tanto privado (ahí metemos todos los temas relacionados con la violencia de género) como en el ámbito público; es decir, el derecho a vivir en un espacio de no violencia. Son dos ideas muy importantes abordadas por las panelistas chilenas.

Otro tema fundamental es el concepto de igualdad y no discriminación y lo pondría más bien al revés: no discriminación e igualdad ante la ley, y deben estar dentro de los principios rectores. Porque **a partir de la no discriminación e igualdad ante la ley se debería empezar a edificar el resto del andamiaje jurídico para la nueva Constitución.**

Las dos expertas chilenas coincidían en el tema de derechos económicos sociales y culturales. Esto tiene diferentes ángulos de análisis y la nueva Constitución debe recogerlos.

Hay otro importante tema y en el cual todos coincidían, es el tema relacionado con las comunidades indígenas, que tiene varias dimensiones o aristas de análisis; por ejemplo, lo que se refiere al reconocimiento de sus territorios, a su identidad cultural, a sus usos, costumbres y lengua. En definitiva, el reconocimiento de que somos un país plurinacional.

Los últimos temas que quiero tocar y que las cuatro panelistas trataron son:

1. El concepto sobre la democracia que debería quedar plasmado en la nueva Constitución: una de las grandes flaquezas de hoy en día es la erosión de la democracia a través del debilitamiento de la división de poderes, especialmente la erosión a los poderes judiciales en el papel esencial que cumplen para la protección de los derechos humanos. Esto es algo que hay que pensar bien en la próxima Constitución y evitar que puedan crearse espacios que permitan la erosión democrática a través de diferentes mecanismos que puedan afectar la independencia judicial.
2. Sería interesante reflexionar sobre la paridad de género como una cuestión de ciudadanía: si Chile fue capaz de tener una paridad de género en su constituyente, ¿por qué no pensar en

paridad de género en la futura institucionalidad chilena? Eso es ciudadanía, eso es igualdad ante la ley, eso es no discriminación y creo que eso es algo que tenemos que pensar aprovechando esta nueva faceta y espíritu que existe. Que esto no sea solo una paridad para la constituyente, sino que de una vez por todas trascienda a las diferentes esferas del poder público en Chile.

Para terminar, **quisiera recalcar la importancia de algo que indiqué al inicio, que en la nueva Constitución se otorgue de manera clara al menos una jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, y sería interesante plantearse el carácter supraconstitucional de las normas *ius cogens*.**

2.2. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES²²



Marta Hirsch-Ziemińska

Asesora principal en cuestiones de respeto de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Defensoría del Pueblo de la Unión Europea

¿Qué garantías de derechos fundamentales son más efectivas en los modelos europeos de protección de los derechos?

Introducción

La protección de los derechos fundamentales en la UE está garantizada por un conjunto de normas nacionales, europeas e internacionales, que operan en diferentes niveles de jurisdicción. Los derechos fundamentales pueden estar amparados por tribunales y órganos nacionales, europeos e internacionales, incluidos los Defensores del Pueblo.

Nivel nacional

Solo unas pocas palabras sobre el nivel nacional. En primer lugar, los tribunales nacionales garantizan la protección de los derechos fundamentales. Se aseguran de que se cumplan las leyes nacionales,

22. Vídeo de la sesión: <https://youtu.be/dGzSFMTDyE>

como las leyes contra la discriminación. En segundo lugar, los Estados miembros y sus tribunales nacionales actuarán como “agentes” de la UE y garantizarán que se respete la legislación europea en materia de derechos fundamentales, que es directamente aplicable en los Estados miembros de la UE. En la práctica, esto significa que **los tribunales nacionales deben interpretar las normas nacionales de conformidad con la legislación de la UE y podrán solicitar orientación en virtud del procedimiento de referencia preliminar del Tribunal de Justicia de la UE. Los Defensores del Pueblo y otras instituciones nacionales de derechos humanos también desempeñan un papel clave para garantizar que las autoridades públicas nacionales no infrinjan las normas europeas y nacionales sobre derechos fundamentales en su relación con los ciudadanos europeos.**

No obstante, me concentraré en el marco institucional de la Unión Europea y, en particular, en el Defensor del Pueblo Europeo, a quien tengo el honor de representar.

Nivel de la UE

Desde el Tratado de Maastricht, la Unión Europea se ha definido sistemáticamente como una estructura política basada en el Estado de derecho. Se ha convertido en un actor internacional importante en lo que respecta a la defensa de los derechos fundamentales y ha desarrollado su propio marco de derechos humanos. En 2009 entró en vigor la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Carta) y se convirtió en vinculante para todas las instituciones de la UE. El Tratado de Lisboa también preveía la obligación legal de la Unión de adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos y, por tanto, ser responsable ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los trabajos de adhesión prosiguen a pesar del dictamen negativo del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014.

La Carta

La Carta representa una codificación de los derechos y principios generales establecidos por el TJUE. No hay tiempo para describir la Carta con más detalles. Solo quiero mencionar que establece por primera vez los derechos y libertades de los 450 millones de personas que viven en la

Unión Europea. Las acciones de todos los órganos e instituciones de la UE, como la Comisión Europea y el Consejo Europeo, deben adecuarse a lo previsto en la Carta. Las autoridades nacionales también están obligadas a cumplir con la Carta. Si se violan los derechos establecidos en la Carta, se pueden

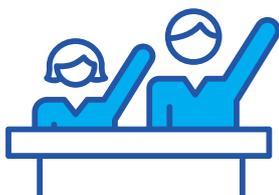
emprender acciones legales para exigir su cumplimiento. Ello supone un gran fortalecimiento de los derechos fundamentales en la UE.

La Carta se divide en seis secciones: "Dignidad", "Libertades", "Igualdad", "Solidaridad", "Derechos de los ciudadanos" y "Justicia". Muchos de estos derechos también están recogidos en las Constituciones de los distintos Estados miembros de la UE. Sin embargo, **la Carta de los Derechos Fundamentales tiene mayor alcance que la mayoría de las Constituciones nacionales de la UE.** Por ejemplo, garantiza expresamente los derechos del niño y los derechos de las personas mayores, el derecho a la protección de los datos personales y el derecho a la buena administración. **Por tanto, ofrece una protección jurídica adicional para todas las personas que viven en la UE. La Carta de los Derechos Fundamentales también representa los valores fundamentales de la Unión Europea.**

El artículo 51 de la Carta dice que sus disposiciones están dirigidas a las instituciones y órganos de la UE y a los Estados miembros "solo cuando apliquen la legislación de la UE". De hecho, es importante subrayar que las normas de derechos humanos de la UE no pueden ampliar el ámbito de aplicación de la legislación de la UE. Esto ha originado una jurisprudencia interesante, en la que el TJCE decide qué entra dentro del ámbito de la legislación de la UE y puede disfrutar de la protección de los derechos fundamentales y qué no.

El TJUE como primer garante de la protección de los derechos fundamentales en la UE

Los derechos fundamentales están protegidos por el TJUE a nivel de la UE principalmente a través de impugnaciones a la legislación de la UE en virtud del art. 263 del Tratado de Funcionamiento de la UE, y también mediante la interpretación de la legislación de la UE de conformidad con los derechos fundamentales cuando los demandantes ante el Tribunal no soliciten la anulación del acto.



Desde el Tratado de Maastricht, la Unión Europea se ha definido sistemáticamente como una estructura política basada en el Estado de derecho. Se ha convertido en un actor internacional importante en lo que respecta a la defensa de los derechos fundamentales y ha desarrollado su propio marco de derechos humanos.

Se ha impugnado una amplia gama de actos legislativos de la UE por vulnerar derechos fundamentales. Los ejemplos incluyen la directiva sobre biotecnología, la directiva sobre reunificación familiar, la decisión marco relativa a la orden de detención europea, el Convenio de Aplicación de Schengen, etc. Sin embargo, en todos los casos anteriores, el Tribunal se mostró reacio a anular los actos de la UE y mantuvo la legislación de la UE. Este enfoque cambió cuando el Tribunal derogó las medidas antiterroristas de la UE por violar desproporcionadamente los derechos individuales. Quizás, las sentencias más importantes en esta área son las pronunciadas en los casos Kadi I²³ y Kadi II²⁴. En este caso, el Tribunal derogó una serie de leyes de la UE que imponían sanciones financieras a los denunciantes, algunas de las cuales transponían sanciones impuestas por la ONU. El Tribunal dictaminó que el derecho a la defensa, en particular el derecho a ser oído, y el derecho a la tutela judicial efectiva de esos derechos evidentemente no fueron respetados en el momento en que la UE adoptó las medidas.

Los diferentes sistemas de justicia constitucional en Europa

Diversidad y valores comunes de la UE

La riqueza de la UE es su diversidad. Esto se refleja en el hecho de que en la UE tenemos diferentes tipos de Constituciones: monárquicas (Bélgica, Países Bajos, Noruega); republicana y semipresidencial (Francia, Rumanía); presidencial y parlamentaria (Italia); federal y unitaria (Alemania), etc.

Sin embargo, al mismo tiempo, en la UE compartimos una serie de valores importantes, como el respeto al Estado de derecho, la libertad, la democracia y los derechos humanos. En definitiva, estos valores nos unen, nos permiten convivir y avanzar juntos.

El artículo 2 del TUE consagra estos valores y especifica además que "son comunes a los Estados miembros en una sociedad en la que prevalecen el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres".

Nuestros valores y respeto por los derechos fundamentales son comunes y se encuentran en cada una de las Constituciones de los Estados miembros.

23. Casos C-402 y 415/05 Kadi I, disponibles en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-402/05>

24. C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P Kadi II. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139745&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst & dir = & occ = first & part = 1 & cid = 10136823>

De hecho, según el art. 49 del TUE, la primera condición que debe cumplir un país candidato para poder adherirse a la UE es que “respete los valores” de la Unión Europea y “se comprometa a promoverlos”.

Además, en virtud del art. 7 del TUE, un Estado miembro puede ser sancionado y sus derechos en la UE suspendidos si se aparta del respeto de los derechos y valores fundamentales comunes de la UE.

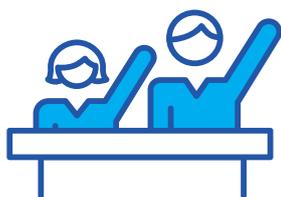
¿Cuál es la relación entre los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones nacionales y sus relaciones con la legislación de la UE?

En este sentido, me refiero a algunas de las decisiones históricas del TJUE en este ámbito. Desde el caso *Costa vs. Enel* (1964), donde el TJUE defendió el principio de supremacía del derecho de la UE, lo que significa que cualquier reglamento de la UE anulará cualquier reglamento nacional, incluidos los preceptos constitucionales.

Esto llevó a algunos Estados miembros a expresar sus preocupaciones, en particular debido al hecho de que las entonces Comunidades Europeas carecían inicialmente de salvaguardias en materia de derechos fundamentales. Los Estados miembros temían que los derechos humanos protegidos por sus Constituciones pudieran verse socavados por esta doctrina de supremacía.

Esta situación se refleja mejor en los dos casos entre el Tribunal Constitucional alemán y el TJCE en los casos *Solange I* y *Solange II*.

En el caso *Solange I* (1970), el Tribunal Constitucional alemán mantuvo la primacía de la Constitución alemana mientras las Comunidades Europeas carecieran de “un catálogo codificado de derechos fundamentales”.



La riqueza de la UE es su diversidad. Esto se refleja en el hecho de que en la UE tenemos diferentes tipos de Constituciones: monárquicas (Bélgica, Países Bajos, Noruega); republicana y semipresidencial (Francia, Rumanía); presidencial y parlamentaria (Italia); federal y unitaria (Alemania), etc.

En el caso Solange II (1986), el Tribunal Constitucional alemán tomó nota de los avances realizados por las Comunidades Europeas en el campo de la protección de los derechos humanos. Estos desarrollos fueron: 1) la jurisprudencia del TJCE, que amplía la protección de los derechos fundamentales; 2) la adopción de declaraciones sobre derechos y democracia por parte de las instituciones comunitarias; y 3) el hecho de que todos los Estados miembros se habían adherido para entonces al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional alemán dictaminó entonces que mientras se mantuviera el nivel efectivo de protección de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional alemán se abstendría de examinar la constitucionalidad de la legislación de la UE, de conformidad con el principio de supremacía del derecho de la UE.

Carta y Constituciones de los Estados miembros

La relación entre las disposiciones constitucionales nacionales y la Carta se aborda en el art. 53 de la Carta, que contiene una cláusula de no regresión.

El artículo establece que la Carta no puede interpretarse de manera que restrinja o afecte negativamente a los derechos humanos tal como los reconocen las Constituciones de los Estados miembros. Esta disposición plantea la pregunta de qué sucedería si un mayor nivel de protección otorgado por la Constitución de un Estado miembro entrara en conflicto con una ley de la UE. ¿Se aplicarían las salvaguardias de la Constitución o seguiría prevaleciendo la supremacía del derecho de la UE?

Esta cuestión fue resuelta por el TJUE en el caso Meloni. En este caso, el Tribunal Constitucional español preguntó al TJUE si el artículo 53 de la Carta permite a un Estado miembro que entregue a una persona condenada en rebeldía, en virtud de la orden de detención de la UE, someter la entrega a una condición adicional, con el fin de evitar el menoscabo del derecho a las garantías judiciales y derechos de defensa consagrados en la Constitución española.



Sin embargo, al mismo tiempo, en la UE compartimos una serie de valores importantes, como el respeto al Estado de derecho, la libertad, la democracia y los derechos humanos. En definitiva, estos valores nos unen, nos permiten convivir y avanzar juntos.

El TJUE rechazó tal interpretación del artículo 53 y reafirmó la primacía del derecho de la UE. Declaró que añadir más requisitos a la orden de detención de la UE "socavaría el principio de la primacía de la legislación de la UE". Dijo que el art. 53 de la Carta solo puede ser utilizado por los Estados miembros cuando la primacía, la unidad y la eficacia del derecho de la UE no se vean afectadas.

Otra cuestión interesante fue si la Carta podría tener una aplicación horizontal, es decir, si la Carta podría imponer obligaciones legales a las personas además de a las instituciones de la UE y a los Estados miembros. Sin entrar en demasiados detalles, el Tribunal encontró en un par de casos recientes, específicamente en Bauer y Egenberger, que algunas de las disposiciones de la Carta del MCR (art. 21, no discriminación; art. 47, derecho a un recurso efectivo y a un juicio justo; y art. 31 (2), condiciones de trabajo justas y equitativas), cuando sean suficientemente claras, precisas e incondicionales, tendrán efectos horizontales directos.



Juan María Bilbao Ubillos

Catedrático de Derecho Constitucional,
Universidad de Valladolid, España

Las garantías de los derechos fundamentales: la experiencia española y europea

Para empezar, no está de más recordar una obviedad: **la experiencia histórica nos enseña que la proclamación solemne de los derechos en sede constitucional es condición necesaria, pero no suficiente, para su vigencia efectiva. Con razón se dice que un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías, los mecanismos de protección que tratan de preservar su integridad frente a cualquier forma de agresión.** Esa fue, sin duda, una de las grandes preocupaciones del constituyente español de 1978: potenciar las garantías para no incurrir así en los errores del pasado, una historia repleta de declaraciones de derechos sin ninguna operatividad práctica y marcada por la suspensión sistemática de las garantías constitucionales.

Un rasgo característico del ordenamiento español es que esas garantías específicas no son idénticas para todos los derechos constitucionales. No disfrutan todos del mismo grado de

protección. En nuestra sistemática constitucional, los auténticos derechos fundamentales son los enunciados en el capítulo II del *título I*. Los catalogamos como fundamentales porque son derechos consagrados en el propio texto constitucional que reúnen dos condiciones: 1) son derechos subjetivos exigibles inmediatamente ante los tribunales ordinarios, sin necesidad de un previo desarrollo mediante ley (vinculan directamente a todos los poderes públicos); y 2) están dotados de una especial resistencia frente al legislador, resistencia que se concreta en la garantía del respeto al “contenido esencial” del derecho (el legislador deja de ser el dueño de los derechos; ha hecho fortuna la expresión, acuñada en la doctrina alemana, de que si antes los derechos fundamentales solo valían en el ámbito de la ley, hoy en día sucede exactamente lo contrario: las leyes únicamente valen en el ámbito de los derechos fundamentales).

Pues bien, este capítulo II se desdobra en dos secciones precedidas del reconocimiento del principio de igualdad (art. 14). En la sección 1.^a (arts. 15-29) se ubican los derechos y libertades que gozan de una protección privilegiada (el amparo ordinario y constitucional). En la sección 2.^a (arts. 30-38) encuentran acomodo otros derechos fundamentales que carecen de ese plus de protección: no son susceptibles de amparo, pero este remedio procesal no es un dato decisivo a la hora de determinar si estamos o no en presencia de un derecho fundamental. **En la mayoría de los ordenamientos (el italiano, el francés o el portugués, por ejemplo) se ha considerado suficiente la tutela común u ordinaria y no se ha previsto ningún procedimiento especial como garantía exclusiva de los derechos constitucionales.**



La experiencia histórica nos enseña que la proclamación solemne de los derechos en sede constitucional es condición necesaria, pero no suficiente, para su vigencia efectiva. Con razón se dice que un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías, los mecanismos de protección que tratan de preservar su integridad frente a cualquier forma de agresión.

Es verdad que el constituyente quiso rodear de especiales garantías una serie de derechos, pero no lo es menos que las diferencias de régimen jurídico entre estos derechos encuadrados en la sección 1.^a y los reconocidos en la sección 2.^a (grado de rigidez, reserva de ley orgánica, amparo ordinario y constitucional) serían accidentales. Unos y otros son derechos fundamentales. Conviene recordar que entre los derechos ubicados en la sección 2.^a se encuentran derechos tan relevantes como el de contraer matrimonio, propiedad privada o libertad de empresa.

En el capítulo III (arts. 39-52) se agrupan los "principios rectores de la política social y económica". Estas normas fijan una serie de directrices de actuación para los poderes públicos, pero no generan derechos subjetivos ni (correlativamente) obligaciones de los poderes públicos exigibles de forma inmediata ante los tribunales a partir de su reconocimiento constitucional. No tienen eficacia directa. En los términos del artículo 53.3 CE, informarán "la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos", pero "solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

No cabe duda de que los derechos sociales reconocidos en este capítulo (solo el derecho a la educación consagrado en el artículo 27 se ubica en el capítulo II, porque es un derecho de prestación, pero también de libertad) son una pieza insustituible para garantizar una sociedad cohesionada e incluyente, donde todos tengan oportunidades y sean ciudadanos de pleno derecho. El problema que plantean estos derechos es su distinta naturaleza o estructura, porque son derechos que no requieren para su satisfacción la mera abstención del Estado, sino una actuación positiva. Y se reconoce un amplio margen de maniobra al legislador de turno para aplicar esas directrices, en función de las prioridades políticas, las disponibilidades presupuestarias y la coyuntura económica. Estas normas no permiten por sí solas reclamar una concreta prestación individualizada ni una decisión judicial que ordene la puesta en práctica de las previsiones constitucionales. Son normas que habilitan, que permiten avanzar hasta donde se quiera, pero no imponen al legislador un ritmo determinado ni la aplicación de fórmulas concretas. Son derechos debilitados, con una fuerza normativa devaluada. No disfrutaban en nuestra Constitución (y en otras muchas) de la misma eficacia que los derechos clásicos de libertad. Pero tampoco son pura retórica: una ley que privatizara, por ejemplo, el sistema de Seguridad Social sería inconstitucional. Y esa eficacia limitada no ha impedido la construcción de un estado del bienestar en España (y en Europa) a golpe de leyes sucesivas (impulso político) y no de sentencias (activismo judicial).

Por eso, deben incluirse, a mi juicio, en la declaración de derechos de la nueva Constitución chilena. Y se pueden reconocer con las mismas garantías (como en Portugal, donde reciben el mismo

tratamiento) o con un grado de protección o justiciabilidad menor. Es verdad que hay países, como Alemania, donde no se han reconocido en sede constitucional, ni siquiera como principios, pero creo que ese **reconocimiento al más alto nivel es un paso adelante y legitima a la justicia constitucional para intervenir ante medidas regresivas que conculquen ostensiblemente estos principios** (como ha hecho, por ejemplo, el TC portugués, menos deferente con el legislador que el español).

La CE prevé un completo sistema de garantías, una densa trama de garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales que se recogen en el capítulo IV del título I (arts. 53 y 54). No es habitual en las declaraciones de derechos incluir un capítulo dedicado a sus garantías, pero creo que es una buena idea. Estas garantías específicas se añaden a las genéricas o comunes, como el control de constitucionalidad de las leyes, que garantizan la supremacía de todas las normas constitucionales.

1. Las garantías normativas: reserva de ley y contenido esencial

En este apartado de las garantías normativas, que protegen el contenido objetivo de las normas constitucionales que consagran estos derechos frente a eventuales regulaciones restrictivas, hay que mencionar, en primer lugar, la exigencia de que cualquier modificación de los preceptos de la sección 1.^ª del capítulo II, que agrupa a los derechos hiperprotegidos, tendrá que seguir el procedimiento de reforma constitucional agravado previsto en el artículo 168 CE. Nuestra Constitución (a diferencia de la alemana) no contiene cláusulas de intangibilidad. Y no las veo necesarias ni útiles (es poner puertas al campo).

En segundo lugar, la Constitución exige (art. 53.1) que la regulación del ejercicio de todos los derechos del capítulo II se realice por ley ordinaria (reserva de ley). No puede hacerse mediante normas reglamentarias ni tampoco mediante decreto ley. Esto no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias (no es una reserva absoluta), siempre que esas remisiones no den lugar a una regulación independiente, no subordinada claramente a la ley. Tienen que ser un complemento de la regulación legal en aspectos secundarios; no pueden implicar una deslegalización de la materia reservada. Las líneas maestras y los aspectos relevantes deben regularse por ley. Por otra parte, los decretos leyes no pueden "afectar" a los derechos y libertades del título I (art. 86.1 CE), pero esta prohibición aparentemente rigurosa ha sido interpretada en el sentido de que no puede recurrirse a esta figura para regular el régimen general o integral de un derecho fundamental o sus elementos esenciales, sin excluir la posibilidad de que incida de forma tangencial en ese ámbito. No contamos en

cualquier caso con un criterio seguro, y prueba de ello fue la controvertida STC 111/1983 con motivo de la expropiación del grupo Rumasa mediante decreto ley.

A esta reserva de ley genérica hay que añadir la reserva de ley orgánica que el artículo 81 CE exige para el "desarrollo" de los derechos ubicados en la sección 1.ª del capítulo II. Se reserva a este tipo de ley, que ha de aprobarse por la mayoría absoluta de los diputados, la regulación que entrañe un desarrollo directo o sistemático de un derecho o incida en aspectos sustanciales.

En tercer lugar, se impone al legislador la obligación de respetar, en todo caso, el "contenido esencial" de los derechos que regule, un precepto inspirado en el artículo 19.2 de la Constitución alemana. ¿Qué significado tiene esta cláusula? La reserva de ley no constituye una garantía suficiente porque se tiene conciencia de que el legislador, incluso el democrático, puede recortar indebidamente el alcance de los derechos constitucionales. No hay que confiar ciegamente en el Parlamento, porque las leyes son expresión de la voluntad de la mayoría de turno, que puede caer en la tentación de limitar abusivamente los derechos de las minorías.

Esta garantía operaría como límite de los límites, como un tope a la posibilidad de restringir el contenido y alcance de los derechos, una línea roja que el legislador no puede traspasar en ningún caso, bajo ningún pretexto. El problema es encontrar los criterios que nos permitan distinguir lo que es contenido esencial, el núcleo duro de rasgos inherentes que identifican el derecho como tal, que lo hacen reconocible y operativo, y lo que es contenido accesorio, que sí es disponible por el legislador. Esa tarea corresponde al TC. Este contenido esencial tiene para una parte de la doctrina un valor absoluto: es algo más que una exigencia de proporcionalidad entre la limitación del derecho y las finalidades que justifican esa limitación; es un contenido mínimo intangible que el legislador debe respetar en todo caso (no hay justificación que valga).

Pero conviene relativizar la operatividad y alcance de esta garantía (al menos en España). En primer lugar, porque el TC estaría obligado a declarar la inconstitucionalidad de cualquier ley que limitase el ejercicio de un derecho fundamental hasta hacerlo irreconocible en virtud del principio general de supremacía normativa de la Constitución, simplemente, aunque no existiera la cláusula del 53.1. Si se mira bien, la expresa referencia al contenido esencial solo tiene valor declarativo, no añade nada, recuerda algo que es común a todos los derechos constitucionales: no se pueden desvirtuar o vaciar de contenido para satisfacer otro derecho o bien constitucional protegido. Lo que ocurre es que en relación con los derechos fundamentales la CE ha querido subrayar expresamente este límite tácito, debido a la posición

que ocupan estos derechos en el sistema constitucional. Y en segundo lugar, porque el criterio realmente operativo, el que el TC viene utilizando para resolver las dudas de inconstitucionalidad, es el principio de proporcionalidad. De hecho, apenas ha acudido a la noción de contenido esencial.

2. La garantía institucional: el Defensor del Pueblo

Esta institución, que tiene su precedente más inmediato en la figura del Ombudsman en los países nórdicos y está presente en la mayoría de los países europeos, aparece recogida en nuestra Constitución con el siguiente perfil: "alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales". Es designado para un periodo de 5 años con el apoyo de una mayoría de tres quintos en el Congreso y el Senado y desempeña sus funciones con plena autonomía.

Su función consiste en vigilar la actuación de las Administraciones públicas (de todas ellas) para detectar posibles violaciones de derechos constitucionales. No admite, en cambio, quejas contra resoluciones judiciales. Su actuación puede iniciarse de oficio o a instancia de cualquier persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo. Las quejas no deben cumplir ninguna formalidad especial ni requieren asistencia letrada. Para el desempeño de sus funciones tiene atribuidas facultades inspectoras y de investigación, que tienen como correlato la obligación legal de todos los poderes públicos de prestarle la colaboración que precise para sus indagaciones. Se trata, en todo caso, de una figura sin competencias ejecutivas. **Carece de poderes propios de decisión o sanción. Es una magistratura de opinión, de influencia (con más auctoritas que potesta), que utiliza la vía de la persuasión. La eficacia de su actuación depende del éxito de sus gestiones (de la mayor o menor receptividad de la Administración afectada) y de la publicidad que decida dar a los resultados de sus investigaciones (esa es su principal arma).**

El Defensor ha de dar cuenta anualmente a las Cortes de la labor realizada, y esos informes, lo mismo que los presentados con carácter extraordinario sobre una materia determinada, se publican. En la medida en que ponen de manifiesto las carencias o deficiencias en la regulación o aplicación de los derechos y libertades, contribuyen al perfeccionamiento y actualización del sistema de libertades. Su labor merece una valoración muy positiva.

Además, esta institución está legitimada para interponer recursos de inconstitucionalidad y recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. Ha promovido muy pocos amparos. Pero sí algunos

recursos. Es una facultad —más que discutible para algunos— que ha ejercido con prudencia, lo que le ha valido críticas desde determinados sectores (que le pidieron que interpusiera un recurso y no quedaron satisfechos con sus explicaciones).

En 2009 se le atribuyó la condición de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP) de España. Ejerce esa función mediante visitas periódicas a los lugares donde se encuentran personas privadas de libertad con el fin de prevenir la tortura y los malos tratos.

En este ámbito de las garantías institucionales, me parece interesante el papel que juega la Agencia Española de Protección de Datos, una autoridad pública independiente encargada de velar por la privacidad y la protección de datos de los ciudadanos. Su presidente es nombrado por el Gobierno con un mandato de cinco años, pero no puede ser sustituido libremente. Una agencia independiente de este tipo (que también existe en otros países, como Francia) podría tener encaje en la nueva Constitución chilena.

3. Las garantías jurisdiccionales

De nada serviría proteger los derechos de los abusos del legislador si no pudiéramos reclamar ante jueces y tribunales independientes (la independencia judicial es condición sine qua non) el inmediato restablecimiento del derecho cuando este ha sido vulnerado. En el caso de los derechos fundamentales, la protección jurisdiccional común o genérica se ve notablemente reforzada con la previsión de



De nada serviría proteger los derechos de los abusos del legislador si no pudiéramos reclamar ante jueces y tribunales independientes (la independencia judicial es condición sine qua non) el inmediato restablecimiento del derecho cuando este ha sido vulnerado. En el caso de los derechos fundamentales, la protección jurisdiccional común o genérica se ve notablemente reforzada con la previsión de remedios específicos.

remedios específicos. Se ha intentado garantizar una tutela sin fisuras y en todos los frentes, y para ello se han multiplicado los procedimientos de protección.

Esa tutela se desdobra en dos niveles. Por un lado, la dispensada en primera línea por los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria. Además de la protección básica y universal garantizada por el artículo 24 CE, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de cualquier derecho o interés legítimo, algunos derechos fundamentales van a disfrutar de un tratamiento especial. Y, por otro lado, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

3.1. El procedimiento preferente y sumario del artículo 53.2 CE (amparo judicial u ordinario)

Este procedimiento especial, que se conoce como amparo ordinario o judicial, no existe en la mayoría de los ordenamientos. Con él se trata de agilizar la capacidad de respuesta de la justicia ordinaria cuando estén en juego una serie de derechos, los de la sección 1.a más el principio de igualdad. Puede utilizarse frente a todo tipo de violaciones (también las cometidas por particulares) en todos los órdenes jurisdiccionales. Y estará basado en los principios de "preferencia y sumariedad". Su tramitación es siempre preferente (tiene prioridad en la agenda judicial) y más rápida y simple, acortándose los plazos procesales. En realidad, pese al tenor literal del precepto, no se trata de un solo procedimiento, sino de múltiples procedimientos abreviados, rápidos y sencillos de tramitar.

Son procedimientos de carácter especial: tienen por objeto el examen de las posibles violaciones de derechos fundamentales, y no la resolución de problemas de estricta legalidad, que pueden sustanciarse por las vías ordinarias. La sentencia que ponga fin al proceso declarará la existencia o no de la violación denunciada y, en el caso de que sea estimatoria, la nulidad del acto o disposición recurrida. Se trata, en todo caso, de una vía alternativa que la Constitución ofrece pero no impone.

Dentro de este apartado podemos destacar: el procedimiento especial regulado en la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa del procedimiento de habeas corpus; el previsto en la LO 2/1984, reguladora del derecho de rectificación; el previsto en la LO 9/1983, reguladora del derecho de reunión; o el de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales, regulado en la Ley de Procedimiento Laboral.

Puede afirmarse, en definitiva, que la garantía judicial, el primer peldaño del sistema de protección de los derechos fundamentales, está bien asegurada en el ordenamiento español. Aunque nuestro sistema de libertades acusa también los efectos de un grave problema, la exasperante lentitud de la justicia ordinaria, una patología crónica que afecta a todos los órdenes jurisdiccionales. Y que se ha agudizado con la pandemia.

3.2. El recurso de amparo constitucional

La CE prevé la posibilidad de un recurso de amparo ante el TC, que se configura así como el órgano jurisdiccional superior en materia de derechos y libertades constitucionales. Este recurso solo puede interponerse frente a vulneraciones de los derechos de la sección 1.a (más el principio de igualdad) imputables a los poderes públicos.

Este procedimiento se caracteriza por dos notas: se trata de un recurso extraordinario, que solo cabe en determinados supuestos tasados en la LOTC, y subsidiario (no alternativo, como en Austria). Solo puede promoverse una vez agotada (infructuosamente) la vía judicial precedente, tras haber utilizado todos los recursos disponibles y previa invocación del derecho supuestamente vulnerado en el proceso ordinario. Únicamente cabe el amparo directo contra "decisiones o actos sin valor de ley" de las Cortes o los Parlamentos autonómicos (art. 42 LOTC), porque ese tipo de decisiones no pueden impugnarse ante la justicia ordinaria.

A la hora de delimitar el ámbito objetivo del recurso, el legislador se decantó por un criterio bastante restrictivo. La LOTC de 1979, además de excluir el amparo directo frente a leyes, va a reservar esta protección privilegiada a las demandas que tengan por objeto una presunta lesión de un derecho fundamental causada por un poder público. El artículo 41.2 es inequívoco: excluye las demandas interpuestas contra particulares. Pero esa exclusión es más aparente que real. Mediante una interpretación muy forzada del art. 44 LOTC, que regula el amparo contra violaciones causadas por los órganos judiciales, el TC ha sorteado el obstáculo del artículo 41.2 y ha abierto un resquicio a través del cual van a tener acceso, de manera indirecta o solapada, no pocas controversias entre particulares. Se acude en estos casos a un expediente técnico ingenioso, que consiste en la imputación al órgano judicial de la violación cometida originariamente por un particular. El punto más vulnerable de esta solución procesal es el requisito, establecido en el artículo 44.1 LOTC, de que la violación tenga su "origen inmediato y directo" en un acto u omisión del órgano judicial. Porque en estos casos lo que se le reprocha al órgano judicial es no haber corregido la lesión causada en

primer término por un sujeto privado. Al considerar ajustada a derecho la conducta del particular, el tribunal ordinario viene a convalidar en cierto modo esa actuación. Pero es evidente que el origen de la lesión que se denuncia no está en la decisión judicial, sino en la conducta del particular. Lo que se dilucida realmente en el proceso constitucional de amparo es la licitud o ilicitud constitucional de la actuación del particular (un despido discriminatorio, por ejemplo). De ahí que podamos interpretar la concesión del amparo en estos supuestos como un reconocimiento implícito de la eficacia entre particulares de tales derechos.

¿Quiénes están legitimados para interponer este recurso? La persona directamente afectada, siempre que haya sido parte en el proceso judicial correspondiente. También pueden promover el recurso el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal (opción prescindible, apenas utilizada). La interposición del recurso de amparo no suspende los efectos de la decisión impugnada (la suspensión se concede en muy contadas ocasiones, cuando se aprecia la existencia de un perjuicio irreparable).

La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a) la declaración de nulidad del acto o resolución causante de la lesión; b) el reconocimiento del derecho; y c) el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas (no cabe la concesión de una indemnización económica, pero sí, por ejemplo, la readmisión del trabajador en los casos de despido discriminatorio).

Una pieza importante en este engranaje es la "autocuestión" o "cuestión interna de inconstitucionalidad", contemplada en el art. 55.2 LOTC: cuando a juicio del Tribunal la lesión del derecho invocado es imputable a la propia ley aplicada en el caso (y no a una incorrecta interpretación), la Sala (o Sección) elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia. Para que sea el Pleno el que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma legal en cuestión. No es una vía muy transitada, pero creo que su funcionalidad es indiscutible.

El punto más polémico de la regulación del amparo constitucional es el procedimiento de admisión a trámite del recurso. Tras la reforma introducida en 2007, es el recurrente el que debe acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su "especial trascendencia constitucional", que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación, aplicación o eficacia de la Constitución (art. 50.1.b) LOTC. Este requisito inexcusable ha sido interpretado por el TC en el sentido de que no basta para admitir el recurso la existencia de una lesión del derecho.

El carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de "especial trascendencia constitucional" como de los criterios establecidos para su apreciación, confieren al TC un amplio margen de decisión. Aunque también es verdad que en la STC 155/2009 el Tribunal quiso esclarecer este asunto y ofreció algunas pistas: cuando el recurso plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del TC; cuando el recurso dé ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina; cuando la vulneración del derecho provenga de la ley o de otra disposición general; e) cuando la doctrina del TC sobre el derecho que se alega esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, etc. Con esta reforma se refuerza la dimensión objetiva del recurso de amparo constitucional, que pasa a ocupar un primer plano. La "doctrina" contenida en los fundamentos jurídicos de la sentencia trasciende los límites del caso concreto, va a tener una especial resonancia, porque vincula a todos los órganos judiciales.

La facultad conferida al TC para no admitir un recurso por razones de fondo constituye un privilegio de la jurisdicción constitucional y desdibuja su naturaleza de garantía subjetiva. Pero si nos empeñamos en concebirlo como una última instancia, como el último cartucho para todo tipo de litigios relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales, nos veremos atrapados irremisiblemente en un callejón sin salida. Porque la avalancha de recursos acabará desbordando la capacidad del Tribunal. Insinuar, en este contexto, que el TC ha de dar respuesta a todas las demandas de amparo, cualquiera que sea su contenido, mediante una resolución motivada sobre el fondo de la pretensión es condenar a la jurisdicción constitucional a una muerte lenta por asfixia, mientras los recurrentes aguardan pacientemente una solución durante años.

Para no morir de éxito, al Tribunal no le queda más remedio que establecer algún tipo de filtro para seleccionar aquellas demandas que, por su trascendencia constitucional, justifiquen un pronunciamiento por su parte. Como suele suceder cuando se toma una determinada opción, hay que pagar un precio por ello. Y en este caso, un precio muy alto, sin duda. Cuesta admitir que el Tribunal pueda desentenderse a las primeras de cambio de un asunto por considerarlo irrelevante. Mediante una simple providencia. Pero cuando está amenazada la propia supervivencia de la jurisdicción constitucional, esas objeciones pierden gran parte de su fuerza.

4. Justicia constitucional y derechos fundamentales: la experiencia europea

La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales es una competencia que no figuraba entre las que originariamente se atribuyeron al Tribunal Constitucional en la concepción kelseniana. Pero se ha convertido en la competencia estelar allí donde se ha introducido (Alemania y España). Aunque esa

dualidad jurisdiccional plantea no pocos problemas: existe, sobre el papel, un reparto de funciones, pero es difícil acotar los campos respectivos y son frecuentes las escaramuzas, episodios de lo que los italianos llaman la "guerra de las Cortes". En España, esa dualidad ha provocado también algunos conflictos, algunas suspicacias por parte del Tribunal Supremo, en particular. Las fricciones son inevitables, porque no es fácil deslindar la jurisdicción constitucional de la ordinaria en esta tarea compartida. No puede trazarse una frontera nítida entre las cuestiones de mera legalidad y las que tiene relevancia constitucional.

Además, es la principal causa del colapso del Tribunal. No son muchas, en términos porcentuales, las controversias que recalcan en la jurisdicción constitucional por esta vía (una media de 7.000 demandas en los últimos años, con tendencia a disminuir; llegaron a ser 11.500), pero son demasiadas, sin duda, para un órgano compuesto por 12 magistrados, con una capacidad de trabajo limitada y funciones asignadas en exclusiva que no puede descuidar, como el control de constitucionalidad de las leyes.

Hay que reconocer, en estricta justicia, el gran esfuerzo desplegado por el Tribunal desde su constitución en 1980 y su indiscutible liderazgo, que se ha ganado a pulso. La teoría de los derechos fundamentales se ha construido a golpe de sentencia por el TC (y no solo en los procesos de amparo). En conjunto, su jurisprudencia —pese al giro regresivo detectado en los últimos años— ha de valorarse de forma muy positiva (son más las luces que las sombras). En términos generales, ha adoptado a la hora de revisar las decisiones judiciales impugnadas en amparo una actitud más resuelta e incisiva que en su tarea de control de las leyes, en la que se ha mostrado más prudente.

Lógicamente, una vez consolidada la jurisprudencia en materia de derechos, ese protagonismo del TC tiende a disminuir (de hecho, los tribunales ordinarios suelen limitarse a seguir la pauta marcada por el TC). Por eso, cabe preguntarse hoy si tiene sentido a estas alturas seguir manteniendo un recurso extraordinario ante el TC. Superada la profunda desconfianza en el poder judicial heredado del régimen anterior, que fue en su día el factor determinante de la decisión de introducir esta garantía adicional, lo que nos preguntamos es si este recurso sigue siendo útil como una pieza indispensable de nuestro sistema de protección. No está claro. Pero si nos inclinamos por una respuesta positiva, tiene que ser, a nuestro juicio, con una condición: que se conciba como una garantía predominantemente objetiva, cuya función no es tanto apagar todos los fuegos, resolviendo casos particulares, con nombres y apellidos, sino establecer criterios jurisprudenciales en asuntos nuevos o que requieran una clarificación o reconsideración.

Concluyo este apartado con algunos breves apuntes sobre el impacto de la justicia constitucional en la protección de los derechos. En la Europa continental se ha impuesto el modelo de jurisdicción constitucional concentrada, aunque en muchos casos se combina el control abstracto (recurso directo de inconstitucionalidad), que puede activar determinados sujetos políticos (las minorías parlamentarias, por ejemplo), con el control concreto o incidental (cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por jueces y tribunales en el curso de un proceso). Pero este modelo presenta múltiples variantes.

- ▶ En algunos ordenamientos (Alemania) se permite el amparo contra leyes; en otros, no.
- ▶ No se suele admitir la acción popular o directa de inconstitucionalidad (Austria sería la excepción). Los particulares solo pueden reaccionar y provocar un pronunciamiento del TC sobre la constitucionalidad de una ley de forma indirecta: presentando un recurso de amparo que pueda dar lugar al planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad (55.2 LOTC) o pidiendo en el curso de un proceso que el órgano judicial plantee una cuestión de inconstitucionalidad.
- ▶ Tampoco se contempla la inconstitucionalidad por omisión. El TC se configura como un legislador negativo. El objeto de la impugnación es siempre una acción, una norma, no la pasividad o el silencio del legislador. Entre otras razones, porque la Constitución no impone ningún límite temporal al legislador para que concrete los mandatos constitucionales; ni un determinado ritmo para legislar sobre una u otra materia. Solo Portugal se aparta de esa visión ortodoxa. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 283 de su Constitución, el TC verificará el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales y lo pondrá en conocimiento del órgano legislativo competente. Este proceso solo puede ser promovido por el presidente de la República o por el Provedor de Justiça. Es una regulación prudente, pero a nadie se le oculta el riesgo de intromisión en el terreno reservado a los órganos políticos.

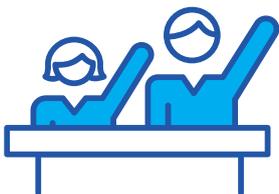
5. Nuevo escenario de tutela multinivel de los derechos: el diálogo entre tribunales

En los ordenamientos actuales coexisten normas de diferente procedencia cuya articulación no resulta fácil, porque no tienen un vértice común. La Constitución nacional ya no es la fuente ni el parámetro de validez de todas las normas. Y como consecuencia de un fenómeno de tanto calado como la internacionalización de los humanos, los tribunales supranacionales han cobrado un creciente protagonismo. **El diálogo entre tribunales nacionales e internacionales propicia un fecundo intercambio**

(cross-fertilization). En esa dinámica, los enfoques y criterios tienden a converger, aunque no faltan resistencias.

En Europa se ha ido perfilando un sistema muy potente de tutela supranacional en el marco del Consejo de Europa, una organización creada en 1949 que agrupa en la actualidad a 47 Estados (más de 800 millones de potenciales demandantes). Este sistema gira en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) y el Tribunal Europeo, un tribunal permanente con sede en Estrasburgo, que se encarga de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en el Convenio, como intérprete autorizado del mismo.

El Convenio y sus protocolos (16 hasta la fecha) solo reconocen derechos civiles y políticos, no sociales (aunque se ha abierto paso una tutela indirecta). Nadie discute a estas alturas la interdependencia e indivisibilidad de los derechos, pero observamos de nuevo, como en los ordenamientos nacionales, una asimetría en las garantías de protección. Los derechos sociales y económicos se recogen en la Carta Social Europea (Turín, 1961; revisada en 1996), que dispensa una tutela menos intensa (no jurisdiccional) a través de un comité que emite informes y recomendaciones (solo admite en determinados casos reclamaciones colectivas). Porque la principal aportación del Convenio es justamente la demanda individual que cualquier persona puede presentar directamente ante el Tribunal frente a las autoridades de cualquiera de los Estados parte. Siempre que haya agotado antes todos los recursos que ofrece el ordenamiento interno de cada país (el control que ejerce el TEDH es siempre subsidiario). Este recurso individual es el que marca la diferencia respecto de otros sistemas de protección.



En Europa se ha ido perfilando un sistema muy potente de tutela supranacional en el marco del Consejo de Europa. Este sistema gira en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) y el Tribunal Europeo, un tribunal permanente con sede en Estrasburgo, que se encarga de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en el Convenio, como intérprete autorizado del mismo.

El Convenio incide en los ordenamientos nacionales, y en el español en particular, por dos vías. En primer lugar, es un tratado internacional que no tiene rango constitucional, pero forma parte del ordenamiento interno (art. 96 CE), de modo que un juez español podría aplicar directamente una disposición del Convenio, inaplicando una norma legal que estimase incompatible con el CEDH. Y en este punto es muy significativa la rotunda declaración contenida en la reciente STC 140/2018, que zanja el debate sobre el control de convencionalidad difuso: "Cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, sino su mera inaplicación al caso concreto". Pero lo cierto es que la aplicación directa del CEDH u otros tratados en materia de derechos humanos no es habitual ni aquí ni en los Estados europeos (a diferencia de lo que sucede en muchos países de América Latina, en relación con la CIDH). Nuestros jueces, formados en una cultura positivista, de estricto sometimiento a la ley, no son muy proclives a inaplicar leyes internas (prefieren plantear una cuestión ante el TC en caso de duda), aunque asumen con naturalidad la primacía del derecho de la UE.

La otra vía a través de la cual despliega el Convenio un saludable efecto de irradiación es el impacto de la doctrina jurisprudencial emanada del TEDH. En líneas generales, nuestros tribunales, y muy particularmente nuestro TC, se han tomado muy en serio el mandato del artículo 10.2 CE (las normas relativas a los derechos constitucionalmente reconocidos se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España) y prestan la debida atención a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Y no me refiero solo al dato cuantitativo de las incontables citas de sus decisiones, sino a la recepción y asimilación de sus criterios hermenéuticos. Es una referencia obligada, inexcusable. Cada vez más, porque somos conscientes de que muchos asuntos "sensibles" van a terminar bajo la lupa del Tribunal de Estrasburgo y tenemos que extremar el cuidado para evitar reproches o reparos que otros —los que ponen en tela de juicio la calidad de nuestro Estado de derecho— puedan capitalizar como victorias políticas. No nos podemos permitir el lujo de perder batallas que se libran en términos jurídicos ante un órgano jurisdiccional, pero cuyo desenlace afecta —a nadie se le escapa— al crédito reputacional del Estado demandado.

Permítanme que enumere, ya de forma telegráfica, algunas notas características del sistema de protección construido en torno al CEDH y el Tribunal de Estrasburgo, que podrían calificarse de "buenas prácticas":

- ▶ Ya hemos aludido al salto cualitativo que representa el acceso directo mediante una demanda individual. Pero además la presentación de esa demanda está al alcance de cualquier persona. No solo porque la legitimación es muy amplia (cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una vulneración de alguno de los derechos garantizados por el Convenio), sino por la sencillez del procedimiento. La demanda se redacta cumplimentando un formulario, en cualquiera de los idiomas oficiales de los Estados signatarios; no hace falta abogado (en esta fase); y el procedimiento es gratuito.
- ▶ Se puede solicitar la adopción por el TEDH de medidas provisionales o cautelares (antes incluso de registrar la demanda). Se deniegan la mayoría, pero suelen dictarse en los casos de expulsión o extradición.
- ▶ Cuando una demanda es admitida a trámite (el 95% de las demandas no superan este primer filtro), el Tribunal insta a las partes a llegar a un arreglo amistoso para poner fin al litigio y evitar la fase contenciosa. Los secretarios y letrados del Tribunal se encargan de contactar con las partes y realizar una labor de mediación. En bastantes ocasiones se alcanza un acuerdo, que suele consistir en el pago de una cantidad de dinero. El Gobierno no está obligado a reconocer la violación. En torno a un 15% de las sentencias dictadas por el TEDH contienen arreglos amistosos.
- ▶ El Tribunal ha desarrollado un procedimiento para dar respuesta al flujo masivo de demandas sobre problemas similares, sistémicos. Selecciona una o algunas de las demandas que ponen al descubierto el problema estructural, posponiendo el examen de los demás asuntos que obedecen a la misma causa. La sentencia piloto sirve como referente para la resolución de un elevado número de casos análogos o clónicos, ya planteados o que pudieran plantearse en el futuro. Al dictar la sentencia, el TEDH invita al Gobierno condenado a adaptar su legislación o sus prácticas administrativas al Convenio indicándole las medidas a adoptar para corregir el problema o la deficiencia estructural. Puede fijar incluso un plazo para la adopción de esas medidas.
- ▶ El CEDH no marca el techo de protección, sino un estándar mínimo (común denominador); los ordenamientos nacionales pueden establecer un nivel de protección superior. El TEDH es una jurisdicción de mínimos. Ha de actuar con prudencia (no siempre en vanguardia), y cuenta para ello con una herramienta muy flexible: la apelación al "margen de apreciación nacional". La misión del Tribunal no es sustituir o suplantar a los órganos internos competentes, que son los que están en mejores condiciones para analizar sobre el terreno todas las variables relevantes y evaluar los

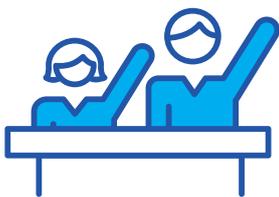
posibles riesgos, sino verificar bajo el ángulo del Convenio las decisiones que aquellos han adoptado. Esta doctrina del margen de apreciación nacional opera como una válvula de escape. Así, cuando el asunto es delicado y no hay consenso (crucifijos en las aulas o prohibición del burka), el Tribunal tiende a respetar las decisiones de los tribunales internos. Algunos no lo ven así y piensan que a veces es una excusa a la que recurre el Tribunal cuando prefiere “ponerse de perfil”.

- ▶ La ejecución de las sentencias es responsabilidad del Estado condenado, que está obligado a reparar el daño causado a los demandantes. La supervisión no corresponde al propio Tribunal, sino al Comité de Ministros del Consejo de Europa, un órgano político, pero funciona razonablemente bien.

6. Una advertencia final: siempre alerta, sin bajar la guardia

Quiero terminar con una reflexión sobre la necesidad de ser firmes en la defensa de estas garantías, de no relajarse nunca, cualesquiera que sean las circunstancias. Más en concreto:

- ▶ No podemos sucumbir a la tentación del populismo punitivo. No cabe duda de que hoy la seguridad es un valor que cotiza al alza, una prioridad que domina la agenda política. Y esa preocupación —a veces obsesiva— por la seguridad se refleja, en primer lugar, en una creciente tendencia a la “huida al derecho penal”, incluso a un derecho penal simbólico. Se apuesta por un mayor rigor punitivo para apaciguar a la opinión pública.



No podemos sucumbir a la tentación del populismo punitivo. No cabe duda de que hoy la seguridad es un valor que cotiza al alza, una prioridad que domina la agenda política. Y esa preocupación —a veces obsesiva— por la seguridad se refleja, en primer lugar, en una creciente tendencia a la “huida al derecho penal”, incluso a un derecho penal simbólico. Se apuesta por un mayor rigor punitivo para apaciguar a la opinión pública.

- ▶ No hay atajos en la lucha contra la amenaza del terrorismo, que causa un profundo impacto en nuestro sistema de libertades, porque genera una alarma, una sensación de vulnerabilidad que trastoca todos los esquemas. **Nuestras democracias tienen derecho a defenderse, pero no podemos perder los nervios y tirar por la borda conquistas a las que no deberíamos renunciar, como la tajante prohibición de la tortura o las garantías de detenidos y procesados. Se plantea de nuevo, con toda crudeza, la cuestión latente de cuánta libertad estamos dispuestos a ceder a cambio de una mayor seguridad, de cuál es el precio que estamos dispuestos a pagar.** Quiero pensar que hemos aprendido que en la lucha contra el terrorismo no vale todo, que el fin no justifica los medios y que hay líneas rojas que no se pueden traspasar.
- ▶ **Tampoco debemos librar cheques en blanco a las autoridades en tiempos de crisis sanitaria o emergencia como los que estamos viviendo. Por cierto, espero que la traumática experiencia con la pandemia que todavía sufrimos sirva al menos para dar cobertura y regular adecuadamente las limitaciones al ejercicio de los derechos en estas situaciones extremas. En Europa se han ensayado dos modelos: acudir a los estados de emergencia constitucional, como se ha hecho en España (declaración del estado de alarma, no sin polémica), o aplicar la legislación sanitaria (Ley de Infecciones en Alemania).**



Estefanía Esparza Reyes

Consejera del Instituto Nacional de DD. HH. Abogada y doctora en Derecho Constitucional.

Académica de la Universidad de La Frontera, Chile

Mecanismos constitucionales de protección de los derechos fundamentales en Chile. Reflexiones para una nueva Constitución

1. *Valore de modo crítico el marco vigente de garantías de los derechos fundamentales en Chile, para, a partir de ahí, proponer el que debiera tener, a su juicio, la nueva Constitución a fin de evitar que el reconocimiento de los derechos solo tuviera valor "político", pero no "jurídico". En otras palabras: para que los derechos fundamentales se apliquen de forma real y efectiva.*

Como sabemos, existen distintas clases de garantías de los derechos fundamentales. Aunque se trata del vocablo más extendido, me parece más explicativo y comprensivo referirse a ellas como mecanismos de protección de los derechos fundamentales. Estos mecanismos pueden ser de diversas clases (Esparza-Reyes y Díaz Revorio, 2019), así encontramos los mecanismos directos e indirectos, dependiendo de si su propósito es proteger los derechos o su finalidad es distinta, pero, en los hechos, esta protección se produce. También podemos encontrar mecanismos amplios o específicos, en el primer caso, si protegen un gran número de derechos y, en el segundo, solo algunos de ellos, mecanismos judiciales o institucionales, donde los primeros otorgan protección mediante acciones jurisdiccionales y mecanismos supraconstitucionales, constitucionales, legales e infralegales, dependiendo de la jerarquía de la disposición que los contiene.

Ahora bien, **desde hace muchos años la doctrina ha discutido sobre la efectividad de la protección de los derechos en la Constitución de 1980, la que como sabemos no ha sido eficaz.**

Ya me referiré a los aspectos negativos, pero quiero partir con uno positivo: la consagración del recurso o acción de protección. Se trata de un mecanismo directo, amplio, judicial y constitucional que se ha mostrado muy apropiado, aunque puede mejorar, para la defensa de algunos de los derechos establecidos en la Constitución. Además de este hecho, que es de la mayor relevancia, su inclusión en la Constitución de 1980 es destacable porque fue una creación doctrinaria, que se planteó por primera vez en unas jornadas de derecho público y desde ahí se incluyó en la Carta, de modo que es un gran ejemplo de aportación de la doctrina a la protección de los derechos.

Uno de los mayores aciertos de esta acción de protección es que permite su interposición cuando son los particulares quienes vulneran los derechos de otras personas, de modo que es una vía más directa que el recurso de amparo de otras latitudes, para resguardar los derechos fundamentales. Pero este recurso también tiene falencias importantes, como son la estrechez del catálogo de derechos que resguarda, donde se excluyen todos los derechos sociales y la manera en que se suelen entender algunos derechos y que se relaciona, en gran medida, con la técnica utilizada por el constituyente a la hora de consagrar los derechos y la interpretación originalista que se ha hecho de ellos.

Las demandas sociales que se agudizaron desde octubre de 2019 plasmaron la preocupación por la ausencia de estos mecanismos, lo que es relevante, entre otros aspectos, debido a que quiere

decir que personas ajenas al ámbito jurídico, que son las que tienen que convivir con las consecuencias de estas decisiones político-jurídicas, notan en su vida cotidiana la falencia existente en los mecanismos de protección de los derechos fundamentales. El caso paradigmático fue el de los derechos sociales, que no poseen mecanismos de protección directos judiciales, pero, a decir verdad, afectan a varios otros derechos considerados de primera generación, como el derecho a la igualdad y no discriminación.

Entonces creo que las respuestas son en gran medida obvias, en cuanto a lo que debiera contener una nueva Constitución. Yo me referiré a dos, que me parecen de la mayor importancia.

En primer lugar, mantener con modificaciones en su tramitación, pero que escapen de la regulación constitucional, la acción de protección, pues resulta de enorme utilidad a la hora de proteger los derechos frente a vulneraciones no solo estatales, sino también de particulares. Igualmente, **resultaría positivo extender el catálogo de derechos susceptibles de ser resguardados a través de esta acción, donde se incluyan, particularmente, derechos sociales.**

En segundo lugar, pero de la mayor trascendencia, **es necesario establecer expresamente la obligatoriedad de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales institucionales.** Estos mecanismos no consisten en acciones jurisdiccionales, sino, en este caso, en la creación de medidas de acción afirmativa para promover los derechos fundamentales, es decir, actúan a nivel de prevención de vulneraciones a los derechos fundamentales. Desde hace varios años ya, sabemos que



© DPP/Alíocha Márquez Alvear

Las demandas sociales que se agudizaron desde octubre de 2019 plasmaron la preocupación por la ausencia de estos mecanismos, lo que es relevante, entre otros aspectos, debido a que quiere decir que personas ajenas al ámbito jurídico, que son las que tienen que convivir con las consecuencias de estas decisiones político-jurídicas, notan en su vida cotidiana la falencia existente en los mecanismos de protección de los derechos fundamentales.

los derechos fundamentales poseen una dimensión objetiva, de la cual, siguiendo a Böckenförde (1993), se derivan tres efectos, pero particularmente los mandatos de acción y deberes de protección. Esto quiere decir que todos los derechos fundamentales llevan implícita la obligación estatal de emprender acciones tendientes a prevenir su vulneración y a desarrollarlos. Sin embargo, en ocasiones, y especialmente en un país como Chile, que no cuenta con mecanismos para solucionar las omisiones legislativas, es necesario que esta obligación del legislador se exprese por escrito en la Constitución. Así, a veces será la propia Constitución la que establezca estas acciones, y en otras se mandatará expresamente al legislador para que realice dicha tarea.

Creo que con estos dos mecanismos puede lograrse de mayor forma la tan anhelada protección de los derechos fundamentales.

2. *¿Qué cambios habría que introducir, en su opinión, en la justicia ordinaria y en la constitucional de Chile para asegurar una protección más extensa e intensa de los derechos fundamentales?*

Sobre los cambios que es necesario introducir en la justicia ordinaria y constitucional para proteger de mejor manera los derechos fundamentales, me parece necesario hacer algunas distinciones o aclaraciones previas.

La primera de ellas es que, según ha planteado la doctrina de manera constante, ambas instituciones requieren de modificaciones importantes para mejorar, en general, su funcionamiento. Así, es posible plantear que **una mejora en el funcionamiento de estas instituciones, la justicia ordinaria y la justicia constitucional, llevará, sin lugar a dudas, a una protección más efectiva de los derechos fundamentales, pues de manera directa o indirecta, se trata de institutos que resguardan los derechos de las personas.**



El caso paradigmático fue el de los derechos sociales, que no poseen mecanismos de protección directos judiciales, pero, a decir verdad, afectan a varios otros derechos considerados de primera generación, como el derecho a la igualdad y no discriminación.

Una segunda aclaración, y entendiendo que según el esquema actual son los tribunales del poder judicial quienes se encargan de la justicia ordinaria y el Tribunal Constitucional quien ejerce la justicia constitucional, lo que ya es discutible, se relaciona con que, dado lo anterior, es asimismo relevante diferenciar entre ambas clases de órganos puesto que su naturaleza es diversa y las modificaciones que deben efectuarse para mejorar su funcionamiento también lo son.

Por último, resulta necesario recordar que pese a que se realicen modificaciones relevantes en el funcionamiento de tales instituciones, lo cierto es que si no se hace variar la consagración de algunos derechos en la Constitución, particularmente los que obedecen a una lógica meramente individualista y en algunos casos de naturaleza económica, es muy difícil que se resguarden de mejor manera los derechos.

En el caso de los tribunales del poder judicial, los autores han señalado de manera persistente que es necesario consagrar el debido proceso como lo entiende el sistema interamericano (Bordalí, 2021), con los principios expresos de imparcialidad, independencia, plazo razonable y derecho a la defensa, principios que no se encuentran todos recogidos en la Constitución y que son necesarios para asegurar una correcta y respetuosa aplicación de la justicia. También se ha hablado de la necesidad de crear un nuevo Gobierno judicial, entendido como un órgano autónomo que se encargue de las funciones de administración y gobierno que escapan de la administración de justicia como tal. Esto permitiría que los jueces no distrajesen su atención en cuestiones que van más allá de la aplicación de la justicia. Algo similar ocurre con la regulación del nombramiento de los jueces y la carrera funcionaria, sobre la cual se ha estimado que podría mejorar la administración de justicia si se regula de manera que no exista una jerarquía tan rígida dentro del poder judicial.

También se ha hecho alusión a la necesidad de la regulación de otras clases de justicia, como la justicia militar, que según hemos visto, en muchas ocasiones no se muestra respetuosa con derechos tan afianzados como el derecho a la defensa.

En cuanto al actual Tribunal Constitucional, existe un importante consenso entre la doctrina en relación con la necesidad de modificar su integración, así como algunas de sus funciones, particularmente, las relativas al control preventivo de las leyes.

Ahora bien, de todo lo anterior y en términos más concretos, creo que hay dos aspectos relevantes a la hora de considerar la justicia en clave de derechos humanos. La primera es

perfeccionar la acción de protección como acción que, aunque se tramita en la justicia ordinaria, es, sin duda, una acción de justicia constitucional, en cuanto protege derechos constitucionales y se encuentra consagrada en el artículo 20 de la Constitución: mejorar sus plazos y hacerla más parecida a la cautela de garantías, en cuanto que esta acción, en casos calificados, requiere de una tramitación sumarísima, pues, en muchas ocasiones, de ella se pueden depender derechos que en caso de no resguardarse rápidamente ponen en peligro la vida o la integridad de las personas.

En segundo término, creo relevante cuestionarnos si es dable que el Tribunal Constitucional, o el órgano que realice el control de constitucionalidad concentrado, ejerza algún mecanismo de protección directo de los derechos fundamentales, es decir, si queremos que este Tribunal tenga funciones más específicas en esta materia, tal como ocurre en otras latitudes, donde se ha entregado el amparo, aunque de naturaleza objetiva, a esta clase de instituciones. Se trata de un interrogante que personalmente no tengo resuelto, pero creo que vale la pena cuestionárselo.

Así las cosas, lo único claro es que **en la medida en que tengamos mejores tribunales, tendremos una más eficaz protección de los derechos fundamentales.**



© DPP/Aliocha Márquez Alvear

En el caso de los tribunales del poder judicial, los autores han señalado de manera persistente que es necesario consagrar el debido proceso como lo entiende el sistema interamericano, con los principios expresos de imparcialidad, independencia, plazo razonable y derecho a la defensa, principios que no se encuentran todos recogidos en la Constitución y que son necesarios para asegurar una correcta y respetuosa aplicación de la justicia.

CONCLUSIONES DE LA SESIÓN



Blanca Bórquez

Investigadora del Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile

Lo que hemos tenido hoy ha sido una sesión extremadamente enriquecedora sobre una cuestión que, pocas veces, cuando hablamos del debate constitucional, tenemos presente. Ello porque en nuestra imaginación, al hablar de Constitución, tendemos a pensar en el modo cómo establecer, organizar y dividir el poder político, y cómo hacer un catálogo de derechos fundamentales. Sin embargo, y lo han expresado bien nuestros expositores, estos derechos fundamentales se diluirán si no somos capaces de pensar en el modo de darles garantía o prever mecanismos de protección que puedan resguardarnos frente a eventuales perturbaciones, privaciones, amenazas o riesgos de daño.

Es en este punto donde toma sentido la expresión incorporada en nota conceptual de esta sesión, según la cual las Constituciones, o el texto constitucional, debiera ser una prueba de sinceridad sobre cómo pasamos de un mero texto declarativo a un documento que efectivamente asegure la eficacia real de los derechos constitucionales que lleguen a catalogarse.

En ese sentido, ha sido interesante escuchar cada una de las exposiciones, pues de alguna manera, sin haberlo previsto, ha existido entre todas ellas un hilo conductor, donde el punto de partida lo ha dado la propia moderadora de la sesión, **Soledad García**, relatora especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al recordarnos las palabras de Antonio Augusto Cançado Trindade, expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien expresaba que "Es imposible concebir derechos sin la capacidad de blindarlos".

En esta línea, nuestra primera expositora, **Marta Hirsch-Ziembiriska**, asesora principal en cuestiones de respeto de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, de la Defensoría del Pueblo de la Unión Europea (UE), nos habló sobre la importancia que en el marco de la UE ha tenido la Defensoría del Pueblo, y cómo esta figura puede aportar a la protección de los derechos fundamentales.

Para posicionarnos en el tema, al iniciar su ponencia, la asesora nos habló del modo en que se ha organizado, en el ámbito europeo, la protección de los derechos humanos mediante la Carta Europea de Derechos Fundamentales, conforme a la cual se miden las actividades de todos los agentes europeos. No obstante, advirtió, muchos actos de la Unión Europea se han visto cuestionados a la luz de esta Carta, siendo en este espacio donde destaca el papel que puede asumir el Defensor del Pueblo, siendo una buena y original propuesta para nuestro proceso constitucional considerar su reconocimiento en el futuro texto fundamental.

El Defensor del Pueblo europeo, señaló, se caracteriza por ser el único órgano no judicial que garantiza los derechos humanos dentro de la Unión. Gran parte de las reclamaciones que recibe guardan relación con el derecho a ser oído, el derecho de acceso a la información, los derechos de las personas con discapacidad o con el acoso laboral, por mencionar algunos ejemplos, pero destaca de ello que muchas de estas reclamaciones no están necesariamente relacionadas de manera directa con perturbaciones a los derechos fundamentales, pero sí tenían incidencia en ellos.

En este punto, la expositora rescató que de alguna manera lo que el Defensor del Pueblo ha promovido es resguardar o proteger los derechos fundamentales de lo que significa una mala administración, que es un control que no se está realizando por otras instancias. Al efecto, nos recordó que donde no se respetan los derechos humanos no puede haber una buena administración y que, en definitiva, es el Defensor del Pueblo quien contribuye en términos prácticos a lograr esta buena administración.

Concluyó su intervención con una cuestión que a todas luces parece fundamental atender, y esta es que el respeto a los derechos humanos no es solo una cuestión jurídica-legal, sino también administrativa, por lo que vuelve a tener sentido la figura del Defensor del Pueblo para velar por los derechos, pero fuera de la lógica binaria tradicional entre lo legal y lo jurídico.

Cuando se le pregunta a la expositora por experiencias que destacaría del sistema de justicia constitucional europeo, se debe rescatar la interesante reflexión que hizo sobre el principio de supremacía del derecho de la Unión Europea, incluso sobre las propias Constituciones nacionales. Asunto que la moderadora, Soledad García, acertadamente vinculó con el principio propersona del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, consagrado a través del Pacto de San José.

A continuación, el catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, España, **Juan María Bilbao**, profundizó en las garantías que se han mostrado más eficaces en la experiencia española y que pueden resultar de mayor interés para el proceso constituyente chileno. Al efecto, recordó que la declaración de derechos fundamentales es un paso por sí mismo insuficiente para dar efectividad a los mismos.

Así, la Constitución española de 1978, teniendo a la vista tal cuestión, optó por incorporar tales derechos fundamentales en dos capítulos (II y III), en el primero de los cuales agrupó derechos fundamentales "ultraprotegidos" —en tanto gozan de reserva de ley orgánica constitucional para su desarrollo y de un amparo ordinario y constitucional— y también otros derechos fundamentales no menos importantes, pero menos protegidos, que igualmente tienen consagradas algunas garantías suplementarias. En su capítulo III sobre los principios rectores de la política social y económica, se contemplan los derechos sociales, que tienen una eficacia más debilitada, donde el margen de maniobra del legislador es bastante más amplio y donde su cumplimiento o satisfacción se va complementando según las prioridades políticas del momento y conforme a los recursos disponibles.

Expuesto lo anterior, el catedrático detuvo su intervención para hacer propuestas concretas al futuro texto constitucional chileno, sugiriendo en primer término incorporar, al igual que hace la Constitución española, un apartado especial para consagrar la sede constitucional y las garantías o mecanismos de protección, cuestión que no contempla nuestro actual texto constitucional. Propuso también la inclusión del principio de reserva legal para la regulación de los derechos fundamentales. Advirtió, además, sobre una cuestión muy en boga a raíz de la actual pandemia por COVID-19 que refiere a que la regulación de urgencia no puede afectar derechos constitucionales, como las libertades de desplazamiento, las libertades individuales u otras. Sugirió asimismo, y sin perjuicio de que esto se pueda subentender, consagrar de alguna forma el respeto al contenido intangible o esencial de los derechos fundamentales, que no podrá traspasar el legislador.

Recomendó también, en cuanto a las medidas de garantía judiciales, otorgar una protección básica a través del derecho de tutela judicial y el procedimiento especial de amparo judicial (de carácter preferente y sumario), a la vez que consagrar la validez e importancia de los tribunales supranacionales, cuestión que nuestro ordenamiento actual no posee, lo cual representa un desafío.

Son particularmente interesantes de destacar las reflexiones que realizó hacia el final de su presentación sobre las competencias que tiene el Tribunal Constitucional y el peligro de su desborde. Ámbito en el cual cuestionó si es posible mantener el recurso de amparo constitucional, que en su momento respondió a la desconfianza ante los tribunales franquistas. Asunto que luego surgirá durante la discusión respecto del contexto chileno, dado que el actual texto constitucional surgió en un momento no democrático, en donde de alguna forma el control constitucional lo que buscaba resguardar era sostener el *statu quo* que establece la Constitución de 1980.

Luego, **Estefanía Esparza**, destacada académica de la Universidad de La Frontera y actual consejera del Instituto Nacional de Derechos Humanos, comenzó su intervención reconociendo que existen múltiples clases de garantías de derechos fundamentales, a los que ella prefiere referir como "mecanismos de protección". Expresó que de los análisis disponibles se observa que la Constitución de 1980 no ha sido lo suficientemente eficaz para resguardar los derechos fundamentales, sin perjuicio que pueda destacarse lo positivo que es la acción de protección, en tanto se ha mostrado efectiva en términos prácticos como mecanismo de protección de algunos derechos. Recordó que se trata de una figura de creación doctrinaria, que ha resultado en una vía directa y mucho más efectiva que el recurso de amparo que se consagra en otras latitudes.

A juicio de la expositora, las grandes dificultades que debieran solventarse en el nuevo texto constitucional guardan relación con la actual exclusión de ciertos derechos sociales de este mecanismo de protección. Estima que este recurso debe ajustarse a la realidad, a las demandas sociales y a la crisis que estalló en octubre de 2019, según las cuales la ciudadanía manifiesta preocupación por la falta de mecanismos de protección en ámbitos tan paradigmáticos como ciertos derechos sociales, y otros de primera generación como la igualdad y la no discriminación.

Enseguida realizó propuestas concretas para considerar en el nuevo texto constitucional, entre las que destacan: la necesidad de incluir mecanismos supraconstitucionales de protección; mejorar la acción de protección perfeccionando el procedimiento y ampliando el catálogo de derechos fundamentales susceptibles de ser resguardados por esta acción; establecer expresamente mecanismos de protección institucionales, esto es, concebir medidas de acción afirmativa de prevención de la vulneración de derechos fundamentales y evitar las omisiones legislativas, cuestión no solventada actualmente.

Cuestionada sobre los cambios que haría en la justicia ordinaria y en la constitucional, para asegurar una protección más intensa y extensa de los derechos fundamentales, la consejera expresó que se deben hacer mejoras en términos de funcionamiento; se deben diferenciar con claridad las competencias entre tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional; variar la consagración de algunos derechos fundamentales que en las circunstancias actuales es poco probable que se encuentren resguardados por estas acciones; integrar a nuestro sistema las reglas de debido proceso contempladas en el sistema interamericano como la imparcialidad, independencia, plazo razonable o el derecho a defensa; establecer un órgano autónomo diferenciado que se encargue de todo el ámbito de gestión y administración de la justicia, de modo que los tribunales se aboquen a su aplicación; y perfeccionar aspectos de la carrera funcionaria y de otras justicias, como la militar.

Al finalizar su exposición, en lo que respecta a la justicia constitucional, la expositora sugirió modificar la integración del Tribunal Constitucional y eliminar la competencia de control previo de las leyes. Llamó a reflexionar si es plausible que el Tribunal Constitucional siga ejerciendo algún mecanismo directo de protección de derechos fundamentales y afirmó que tiene la convicción de que este debe ser un órgano más técnico que político.

Siguiendo este relato, nuestro último expositor, **Domingo Lovera**, director e investigador del Programa de Derecho Público de la Universidad Diego Portales, vuelve a la idea inicial de esta sesión señalando que nos preocupamos y ocupamos mucho por tener un catálogo de derechos fundamentales, pero descuidamos bastante la "sala de máquinas" de nuestros textos constitucionales, donde se insertan los mecanismos de protección o garantías. Advierte igualmente que hemos descuidado los mecanismos de carácter político e institucional para salvaguardar los derechos fundamentales. Destaca aquí el papel que le toca desempeñar al Congreso Nacional y a las legislaciones como un tipo de mecanismo de carácter político en la protección real de los derechos fundamentales.

Sobre este punto, el investigador recordó que la Constitución de 1980 tiene una regulación muy animada a desacoplar las demandas populares con respuestas institucionales y que, si bien en algo hemos avanzado para revertir esta situación mediante las figuras del Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Defensoría de la Niñez, estas siguen teniendo facultades bastante menguadas, jugando más bien un papel de persuasión antes que un papel más activo.

Ante esta realidad, el expositor planteó que lo que debemos hacer en estos momentos y en este nuevo proceso es “aceitar la sala de máquinas”, es decir, que la Constitución se preocupe en esta ocasión no tanto de restringir el ejercicio del poder sino en cómo va a resguardar los derechos fundamentales. Profundizó sobre los problemas que afectan hoy a la institucionalidad constitucional.

Interpelado sobre cómo cree que podemos mejorar la justicia constitucional y ordinaria para expresar de mejor manera los derechos fundamentales, señaló que, respecto de los tribunales ordinarios, en los que se incluyen las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, es preciso realizar ajustes procedimentales, lo que da cuenta, en su opinión, que de algún modo el sistema judicial chileno goza de una buena salud.

Los ajustes de gran calado debieran venir por el ámbito del mecanismo constitucional, pues el Tribunal Constitucional se encuentra fuertemente en entredicho. A su juicio no debiera este mantenerse en la nueva Constitución en los términos actuales ya que ha operado en la práctica como una tercera cámara legislativa enmendando la palabra de la ley porque en su doctrina tradicionalmente, y especialmente, en el último tiempo, ha reconocido muchos derechos a las personas jurídicas; el prestigio de sus sentencias es relativo y su valoración ciudadana es baja. Razones que justifican que este organismo no mantenga el control preventivo de constitucionalidad, el cual podría, a su entender, perfectamente alojarse en la Corte Suprema.

Al cierre de la mesa, y después de haber escuchado las intervenciones de nuestros expertos, pareciera que dos retos se nos ponen por delante. Por un lado, intentar romper la barrera o dicotomía tradicional del mundo jurídico entre derechos humanos (marco internacional) y derechos fundamentales (marco nacional). Por otro lado, imaginar cómo vamos a otorgar mayor fuerza a los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos.

En esta línea, los juristas tienen el desafío de actuar con humildad, lo que, frente al actual proceso constituyente, se traduce en tener la capacidad de mirar y pensar en nuevos modelos que nos permitan modernizar las instituciones clásicas del derecho que ya no son capaces de dar respuesta a las necesidades actuales.

2.3. DERECHOS A LA EDUCACIÓN Y A LA VIVIENDA²⁵



Clelia Bartoli

Profesora de Deontología, Sociología y Crítica del Derecho y de Políticas de Migraciones y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Italia

El derecho a la educación en las Constituciones europeas: una visión crítica y una propuesta para Chile

La Convención Constituyente chilena tiene la oportunidad de aprovechar las experiencias constitucionales anteriores, pero también de desarrollarlas. En estas páginas se pretende brindar una lectura crítica de cómo se configura el derecho a la educación en las Constituciones europeas, destacando las soluciones más eficaces y alertando sobre los aspectos controvertidos a la luz de un enfoque pedagógico democrático e inclusivo, inspirado en las teorías de J. Dewey, P. Freire, D. Dolci, L. Milani y M. Nussbaum.

1. ¿Nacemos libres e iguales o llegamos a serlo?

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en 1789 durante la Revolución francesa, comienza afirmando que todos los hombres nacen libres e iguales. Este enunciado —reiterado en repetidas ocasiones por los documentos autorizados del derecho internacional y por las Constituciones de muchos países, incluida la Carta Magna chilena de 1980— puede remontarse a una concepción jurídico-política de tipo liberal.

El pensamiento liberal —principal fuente de inspiración de la teoría y la producción jurídica en materia de derechos humanos hasta la Segunda Guerra Mundial— considera que los poderes públicos deben reconocer que los seres humanos son libres e iguales por naturaleza. De ello se desprende que su tarea se resuelve en abstenerse de interferir: prohibir, salvo excepciones circunscritas y codificadas,

25. Vídeo de la sesión: <https://youtu.be/Am13UmnoE7o>

cualquier intrusión en el ámbito del derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad de pensamiento, de expresión, de culto, etc., para proteger los derechos del individuo.

Con la derrota del nazi-fascismo, los movimientos políticos inspirados en el marxismo y el cristianismo resurgieron y se extendieron por Europa. Las Constituciones promulgadas en la segunda mitad del siglo XX integraron, por lo tanto, el sistema liberal, burgués e individualista, con instancias sociales y visiones del mundo claramente más comprensivas, que abrieron el camino a la afirmación de derechos sociales, como los de la salud, la educación, la protección de la seguridad social, etc. Detrás de su postulación hay un vigoroso impulso innovador en el plano doctrinal y político que, en muchos aspectos, entra en conflicto con los principios de valor y los supuestos teóricos que están en la base de las Constituciones liberales.

Este cambio de perspectiva produce más de un efecto. En primer lugar, **hay cada vez más conciencia de que los seres humanos no son en absoluto iguales al nacer. La distribución fortuita de bienes, oportunidades y capacidades, o “lotería natural”, según la expresión efectiva de J. Rawls, asigna de hecho a los individuos recursos físicos y mentales, pero también económicos, sociales y culturales fuertemente diferenciados, como para producir desigualdades evidentes y profundamente injustas.**

En segundo lugar, las corrientes políticas de izquierda (comunistas, socialistas o anarquistas), en lugar de concebir la libertad como un bien inmediatamente disponible desde el momento en que se viene al mundo, teorizan un proceso de liberación de la humanidad: una liberación laboriosa y progresiva de las trabas y condicionamientos que afectan a cuerpos y almas.

En tercer lugar, se pone en tela de juicio la idea de que al individuo le interesa que se le exima lo más posible de sus obligaciones públicas para que pueda dedicar la mayor parte de su tiempo y energía a los asuntos privados. Por el contrario, el valor de la participación se asume como una síntesis entre la libertad y la igualdad, y la idea de ciudadanía toma forma no como estatus, sino como compromiso y acción. En esta perspectiva, la libertad se realizaría en la interdependencia: con los demás y no a pesar de los demás, sino incluso a costa de ellos.

Este horizonte filosófico diferente, que ve la libertad y la igualdad no como datos fácticos y puntos de partida, sino como metas hacia las que luchar, asigna al Estado un papel mucho más activo y complejo. Para que los derechos no se queden en proclamaciones solemnes y abstractas sobre el papel, es

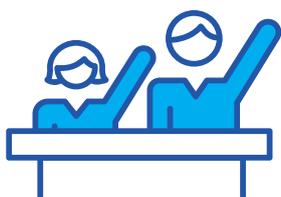
necesario que las instituciones públicas se comprometan a ofrecer servicios y prestaciones adecuadas para promover la equidad social, llegando a activar, cuando sea necesario, la “discriminación positiva” en beneficio de los grupos más desfavorecidos y a fomentar la participación de todos en las decisiones de interés colectivo.

Este enfoque se plasma en el principio de *igualdad sustantiva*, introducido en algunas Constituciones europeas para complementar el principio liberal de *igualdad formal*. Una de las formulaciones más acertadas del principio de igualdad sustantiva se encuentra en la Constitución italiana, art. 3, párr. 2:

Es tarea de la República remover los obstáculos de carácter económico y social que, limitando efectivamente la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

Donde es importante destacar algunos detalles que nos parecen significativos: a) la configuración de un vínculo preciso entre los “obstáculos de orden económico y social” y el impedimento, no solo del “pleno desarrollo de la persona humana”, sino también de la participación efectiva en la “organización política, económica y social”, decisiva para diseñar, y designar, la calidad y solidez de una democracia; b) la asignación a la República, por tanto a sus instituciones, de una “tarea” imperativa, la de “remover” efectiva y duraderamente esos obstáculos, para no degradar su naturaleza democrática en una mentira.

Para que los derechos no se queden en proclamaciones solemnes y abstractas sobre el papel, es necesario que las instituciones públicas se comprometan a ofrecer servicios y prestaciones adecuadas para promover la equidad social, llegando a activar, cuando sea necesario, la “discriminación positiva” en beneficio de los grupos más desfavorecidos y a fomentar la participación de todos en las decisiones de interés colectivo.



2. La educación como derecho a ser libres, iguales y partícipes

El derecho a la educación está relacionado con el principio de igualdad sustantiva no solo porque es uno de los principales derechos sociales, sino por razones más básicas y profundas.

Ser formalmente titular de un derecho no es suficiente para ejercerlo, es necesario que el sujeto haya desarrollado capacidades relacionadas. Para explicarlo, puede ser útil introducir el concepto de "analfabetismo funcional".

El analfabeto funcional es una persona que, aunque sabe leer o escribir, es incapaz de comprender el significado de un texto, incluso el más sencillo, tiene pocos conocimientos, un vocabulario limitado y escasas habilidades matemáticas. Todo ello se traduce en una grave limitación en el disfrute de los derechos. De hecho, ¿hasta qué punto podrá ejercer su libertad de expresión si no puede expresarse?, ¿qué hará con la libertad de prensa si no puede seguir una noticia?, ¿cómo podrá elegir sabiamente a quién votar si no puede encontrar y descifrar la información?, ¿en qué medida podrá proteger su derecho a la salud si no entiende el prospecto de un medicamento?, ¿cómo va a proteger sus derechos económicos si no sabe hacer cuentas?, ¿cómo va a acceder a una subvención a la que tiene derecho si la burocracia le confunde y se pierde en ella?

El analfabeto funcional vive así una dolorosa condición existencial: aunque vive en el país del que es ciudadano, se siente en un territorio ajeno sembrado de signos indescifrables y de obstáculos insuperables para obtener lo que le corresponde. No confía ni en los demás ni en sí mismo, está atezado por el miedo a ser engañado y por la ira hacia un mundo que no comprende y por el que no se siente comprendido.

Sin embargo, esta condición extrema está dramáticamente extendida. Según las estadísticas de los países de la OCDE, más de la mitad de los chilenos son analfabetos funcionales (53%). En Europa es un poco mejor, pero no mucho: en Italia, España y Grecia los analfabetos funcionales son uno de cada tres; en Francia y Alemania son aproximadamente uno de cada cuatro.

Tal y como sostenía Hans Kelsen, el gran teórico jurídico austriaco, quien fue a la vez constituyente y juez del Tribunal Constitucional: "El problema de la democracia, en la práctica social, se convierte en un problema de educación al más alto estilo"²⁶. Y si, en ausencia de una vía educativa, los

26. Kelsen, H. (1995). *La democracia* (p. 139). Bolonia: Il Mulino.

derechos fundamentales no son utilizables y no es posible actuar como ciudadano, se hace evidente cómo la educación es la clave para el funcionamiento y el mantenimiento de la democracia en buena salud. Podríamos entonces concluir con Paulo Freire, quien afirma que la educación es precisamente ese camino individual y colectivo para sacudirse la opresión, tratando de ser libres, iguales y partícipes.

3. Un conjunto de derechos

Algunas Constituciones europeas hablan explícitamente de un “derecho a la educación” (por ejemplo, Portugal, España y Chipre), otras no mencionan la palabra “educación”, pero hablan de un derecho/deber a la enseñanza (por ejemplo, Italia, Dinamarca, Bélgica y Grecia). Algunos nombran el “derecho a la cultura” (por ejemplo, Hungría, Rumanía y Finlandia), y otros se refieren a la libertad de enseñanza (Portugal, Italia y Estonia). Casi todas las Constituciones europeas refieren la libertad de los padres para educar a sus hijos de acuerdo con su fe y/o su moral, y el derecho a establecer escuelas privadas oficialmente reconocidas. Algunos mencionan el derecho de los estudiantes pobres que obtienen resultados excelentes en su educación para acceder a ayudas financieras y completar así sus estudios (Italia y Rumanía); otros protegen explícitamente el derecho a la enseñanza de categorías especiales como las minorías etnolingüísticas, los inmigrantes o las personas discapacitadas (por ejemplo, Suecia, Rumanía, Eslovenia y Portugal). **El derecho al aprendizaje permanente es, en cambio, un principio más reciente, explicitado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.**

Aunque este conjunto de derechos puede adscribirse al mismo campo discursivo, conviene hacer una selección para comprobar tanto las posibles analogías y sinergias como los potenciales contrastes.

3.1. Educación y enseñanza no son sinónimos

El propósito de la enseñanza es hacer que las personas sean funcionales a lo que existe, ya sea para aprender un oficio o para familiarizarse con las normas y prácticas de un determinado contexto social. La enseñanza es, por tanto, una especie de “formación” de carácter eminentemente formal, se desarrolla en entornos dedicados, como los edificios escolares, y durante un periodo de tiempo que suele coincidir con la primera parte de la vida humana. Por tanto, la enseñanza suele ser institucional y conservadora del *statu quo*.

La educación, en cambio, es un proceso más exigente y ambicioso, que conduce al florecimiento de la persona, haciéndola capaz, a través del reflejo y la confrontación dialéctica con los demás, de mirarse a sí misma desde fuera y de forjar vínculos, de leer la realidad críticamente y, si es necesario, de transformarla. La educación puede tener lugar en cualquier contexto y en cualquier momento de la historia de un individuo. Es, en cierto modo, creativo, ilimitado y revolucionario.

Por lo tanto, se plantea la cuestión de si la enseñanza gratuita y obligatoria de los niños y adolescentes es una prestación pública suficiente para garantizar el derecho a la educación o, aunque sea necesaria, no es bastante.

En Chile, donde una enseñanza de calidad y propedéutica para el éxito profesional es prerrogativa casi exclusiva de costosos internados privados que seleccionan en función de los apellidos, es fácil ver cómo el destino de los jóvenes suele estar marcado por el estatus socioeconómico de la familia a la que pertenecen. Sin embargo, incluso en los países europeos en los que existe una amplia y eficaz red de escuelas públicas, la predestinación social es a menudo inevitable. Por ejemplo, un chico que asiste a la escuela pública en el centro de París tiene una experiencia educativa completamente diferente a la de un par matriculado en una escuela igualmente pública situada en un *banlieue* pobre, quien quizás tiene más probabilidades de acabar en la cárcel que de ir a la universidad.

Preocupados por combatir las diferencias de clase, los constituyentes italianos y rumanos introdujeron en sus respectivos textos constitucionales una disposición destinada a garantizar la ayuda financiera a los estudiantes pobres, pero con méritos. Sin embargo, el hecho es que en estos países la mayoría de los hijos de titulados universitarios consiguen obtener la misma cualificación que sus padres (75%), mientras que entre los jóvenes nacidos en familias en las que los padres ni siquiera obtuvieron el título de secundaria, solo uno de cada diez llega a la enseñanza superior.

¿Cómo se explica esta inexorable disparidad de resultados? ¿Qué ha terminado por debilitar la eficacia de una norma constitucional imbuida de objetivos compatibles de reequilibrio igualitario?

Para intentar responder a estas preguntas, permítanme presentar a dos jóvenes personajes, a los que llamaremos Mauro y Carla.

Mauro crece en una familia educada, rica y serena; tiene una habitación para él solo donde puede concentrarse, con libros y un ordenador. Sus padres le ayudan con los deberes cuando es necesario, y también le han permitido hacer deporte, aprender a tocar un instrumento musical, acceder a cursos de idiomas y viajar.

Carla es la hija mayor de una familia numerosa, vive en una casa pequeña y abarrotada, situada en un suburbio marcado por la miseria, el abandono y la degradación. Sus padres están casi siempre fuera trabajando, y cuando vuelven traen consigo la angustia de una vida aplastada por las deudas. Carla tiene que hacer muchas tareas domésticas, y cuando consigue sacar tiempo para estudiar, nadie le ayuda. No solo porque sus padres rara vez están en casa, sino porque al realizar un trabajo agotador y repetitivo que no les permitía cultivar sus capacidades intelectuales acababan olvidando lo que habían aprendido en la escuela. La jerga pedagógica los designa como "analfabetos funcionales de retorno".

Es posible que Carla tenga incluso más capacidad y talento que Mauro, pero sus resultados escolares son inevitablemente peores. De hecho, Carla, a diferencia de Mauro, vive en un contexto educativo carente de estímulos y posibilidades y su aprendizaje se ve dificultado por varios obstáculos materiales y psicológicos.

Además, Carla, al igual que Mauro, aprende cosas importantes fuera de la escuela: por ejemplo, puede cuidarse a sí misma, puede cuidar de sus hermanos pequeños, puede arreglar las cosas que se rompen y mucho más, pero sus conocimientos no se reconocen en la enseñanza formal.

Según los parámetros de evaluación institucional, Carla no merece recibir apoyo financiero para continuar sus estudios. Pero es fácil ver cómo el fracaso escolar no es culpa de la adolescente, sino del sistema injusto en el que vive. Por lo tanto, el mérito puede ser un criterio engañoso y clasista si no se cruza con una visión sociológica más amplia y previsor. Como dijo Lorenzo Milani:

Una escuela que selecciona destruye la cultura, a los pobres les quita los medios para expresarse. A los ricos el conocimiento de las cosas²⁷.

27. Scuola di Barbiana (1996). *Lettera a professoressa*. Florencia: Libreria Editrice Fiorentina.

3.2. El derecho a una ciudad educativa y a un trabajo en el que crecer

Las historias paradigmáticas de Mauro y Carla y sus respectivas familias nos permiten comprender cómo el aprendizaje puede darse en cualquier lugar (¡incluso en la escuela!) y cómo el derecho a la enseñanza en un espacio/tiempo circunscrito es insuficiente para garantizar el derecho a la educación.

Hay que tener en cuenta que la ciudad y el trabajo suelen ser contextos en los que las personas se desconectan y retroceden. Por ejemplo, una ciudad que segrega a sus habitantes en favelas miserables y guetos dorados para la élite no es un entorno educador. Una dimensión de la vida alejada de la naturaleza, obligada a lidiar con la contaminación, la degradación y la violencia inhibe la propensión innata al aprendizaje. El miedo, la ansiedad, la ira y la humillación colonizan las mentes, dejando poco espacio para un movimiento emancipador. Del mismo modo, un contexto de trabajo que no ofrezca espacios de reflexión y diálogo, oportunidades de participación creativa, enriquecimiento emocional y autoexpresión acaba mermando el potencial humano del trabajador. De ahí, por ejemplo, el grave fenómeno del analfabetismo de retorno.

Sin embargo, los lugares de la vida asociada pueden ser reconsiderados y regenerados para ofrecerse como entornos educativos donde se liberan y crecen los conocimientos, las actitudes y los talentos. El derecho a la educación, para que se convierta en una oportunidad real, debe considerarse más allá del edificio escolar y a lo largo de toda la vida.

3.3. ¿La libertad de los adultos de educar según su fe o el derecho de los jóvenes a descubrir su vocación?

La mayoría de las Constituciones europeas contienen disposiciones similares a la del artículo 27, párr. 3 de la Constitución española:

Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Este principio se traduce en la autorización de la creación de escuelas y universidades privadas, el reconocimiento de la validez de los títulos que otorgan, así como en la financiación pública de las escuelas privadas, principalmente religiosas. Algunos textos constitucionales autorizan las escuelas

confesionales, pero afirman que las escuelas públicas son escuelas laicas o neutrales, tal y como establece la Constitución belga en su art. 24, párr. 1:

La comunidad organiza una enseñanza de carácter neutral. Esta neutralidad implica, en particular, el respeto de las opiniones filosóficas, ideológicas o religiosas de los padres y los alumnos.

Pero, en última instancia, todas las Constituciones europeas protegen la libertad de los padres y las organizaciones religiosas de orientar a los jóvenes, pero ninguna menciona el derecho de los niños a descubrir y seguir su propio camino.

Una mayor atención al equilibrio entre la libertad de los padres y la de los hijos parece provenir de la advertencia de Piero Calamandrei, uno de los padres constituyentes italianos más ilustrados y atentos a la educación. Sostuvo que la escuela, para ser una "garantía fundamental de liberación social", debía convertirse en una "incubadora de vocaciones"²⁸. Por lo tanto, más que una herramienta para inculcar valores, estandarizar conocimientos y reproducir jerarquías sociales, la institución educativa debería haberse propuesto como un espacio electivo para permitir que cada uno se descubra y se experimente a sí mismo, en definitiva, para llegar a ser él mismo. Según esta perspectiva, el papel de los adultos implicados en el cuidado no debe ser el de depositar nociones y doctrinas en las mentes de los alumnos, sino el de proteger y abonar el entorno en el que crecen los jóvenes, acompañándolos en lugar de guiarlos en la exploración de sí mismos y del mundo.



El derecho a la educación, para que se convierta en una oportunidad real, debe considerarse más allá del edificio escolar y a lo largo de toda la vida.

28. Calamandrei, P. (2016). *Colloqui con Franco*. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura.

3.4. Derecho a la educación de la persona vulnerable y derecho de todos a una comunidad educativa inclusiva y plural

Algunas Constituciones europeas protegen especialmente el derecho a la enseñanza de los grupos minoritarios y los sujetos frágiles. Por ejemplo, la Constitución eslovena protege a las minorías nacionales magiars e italianas, garantizando la enseñanza en su lengua de origen, al igual que el artículo 32 de la Constitución rumana: “El derecho de las personas pertenecientes a minorías nacionales a aprender su lengua materna y el derecho a ser educadas en esa lengua”.

La Constitución portuguesa —la que dedica un espacio más amplio y detallado al derecho a la educación— consagra en su artículo 74 no solo un derecho *de acceso* a la enseñanza, sino a un buen *resultado*. Por ello, explicita su compromiso con ciertos grupos más vulnerables, afirmando que es un deber del Estado: “promover y apoyar el acceso a la educación de los ciudadanos con discapacidad”, “proteger y potenciar la lengua de señas”, “garantizar la enseñanza de la lengua y la cultura portuguesas a los hijos de los emigrantes” y “garantizar que los hijos de los inmigrantes reciban el apoyo adecuado para hacer efectivo su derecho a la enseñanza”.

Esta meritoria atención a los alumnos que pueden sufrir una desventaja se configura en los textos constitucionales citados anteriormente como el “derecho de los individuos pertenecientes a una minoría a recibir una enseñanza”.

Sin embargo, me gustaría señalar que hay muchas pruebas que demuestran que las valiosas experiencias educativas interculturales, multilingües, de inclusión de la discapacidad y de privación socioeconómica —desarrolladas en Europa y en otros lugares— son oportunidades válidas no solo para el estudiante individual que es hijo de inmigrantes, o para el niño autista, o incluso para el estudiante de secundaria que es un exponente de una minoría nacional, sino para toda la clase. Dado que no existen individuos sin debilidades o peculiaridades, una pedagogía capaz de valorar las diferencias y atender las fragilidades beneficia a todos. De ello se desprende que las llamadas escuelas especiales, diferenciadas o monoculturales segregan a los alumnos que son minoría y empobrecen a los que se identifican con el grupo mayoritario.

No obstante, es menester observar que para dar cabida a la pluralidad de necesidades educativas no basta con liberalizar las matriculaciones. Una educación que pretende ser abierta, pero que luego se

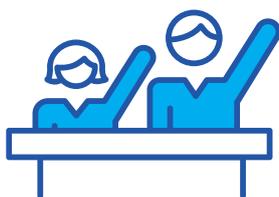
organiza para adaptarse a un determinado tipo de alumnos, tenderá de hecho a expulsar a todos los demás o, al menos, constituirá una oportunidad educativa mucho más pobre para los alumnos “no estándar”. Por lo tanto, para que la institución escolar sea realmente capaz de convertirse en una comunidad educativa inclusiva y plural, debe apoyar a quienes educan, incluir a las familias, fomentar el intercambio entre pares, introducir la enseñanza multilingüe e intercultural, abandonar los materiales didácticos etnocéntricos o con estereotipos de género, romper las barreras arquitectónicas y alistar un número suficiente de profesores de apoyo para los alumnos discapacitados, emplear métodos educativos apropiados y herramientas tecnológicas para favorecer el desarrollo cognitivo y emocional de individuos con diferentes disposiciones, habilidades y estilos de aprendizaje.

Para resumir, se podría plantear la idea del derecho de todos a una comunidad educativa acogedora y plural, como entorno fértil para el crecimiento integral de la persona y de la comunidad.

4. Borrador de artículo sobre el derecho a la educación

Decido cerrar este trabajo cediendo a la tentación de imaginar qué forma podría adoptar un artículo constitucional sobre el derecho a la educación si se sacaran conclusiones de los argumentos expuestos hasta ahora. He aquí, pues, mi modesta, precaria y fragmentaria propuesta:

Para que la institución escolar sea realmente capaz de convertirse en una comunidad educativa inclusiva y plural, debe apoyar a quienes educan, incluir a las familias, fomentar el intercambio entre pares, introducir la enseñanza multilingüe e intercultural, abandonar los materiales didácticos etnocéntricos o con estereotipos de género, romper las barreras arquitectónicas y alistar un número suficiente de profesores de apoyo para los alumnos discapacitados, emplear métodos educativos apropiados y herramientas tecnológicas para favorecer el desarrollo cognitivo y emocional de individuos con diferentes disposiciones, habilidades y estilos de aprendizaje.



Todos los seres humanos merecen ser plenamente libres, iguales y participes. Por lo tanto, tienen derecho a emprender un proceso educativo que les ayude a salir de la ignorancia, la arrogancia, la opresión y la vergüenza, para ser capaces de ser autores de ellos mismos y coautores de su comunidad.

Todo el mundo tiene derecho a aprender y prosperar a cualquier edad, sea cual sea su condición psicofísica, social, económica, cultural y de género. Y es tarea del Estado eliminar los obstáculos que de hecho limitan el pleno desarrollo de la persona humana.

La escuela se constituye como una comunidad de aprendizaje democrática, inclusiva y plural, en continuidad con la sociedad y la naturaleza. La ciudad, el trabajo y todas las esferas de la vida deben concebirse como campos de experiencia y lugares educativos. Áreas urbanas segregadas y degradadas violan el derecho al pleno desarrollo de la persona humana. Los contextos de trabajo que no ofrecen un espacio para la reflexión y el diálogo, oportunidades para el aprendizaje y la autoexpresión ofenden la dignidad de los trabajadores y pisotean su derecho a la formación permanente.

El Estado se compromete a democratizar la cultura, haciendo accesible su uso y creación, al tiempo que reconoce la dignidad y el valor de los conocimientos, las lenguas y las tradiciones nacidas de grupos marginados y minoritarios.

Cultivar y difundir las lenguas, instituciones y conocimientos tradicionales de los pueblos originarios, así como de las comunidades de inmigrantes, no solo es un derecho de los exponentes de estos grupos, sino que contribuye al enriquecimiento del pueblo chileno y es una contribución de Chile al patrimonio intangible planetario.

La inclusión educativa de los discapacitados en clases mixtas, con el apoyo de expertos y profesores de apoyo, es un derecho tanto de la persona discapacitada como de la comunidad escolar.

Los adultos son responsables del cuidado de los niños. Tienen la tarea y el privilegio de acompañar a los jóvenes en la exploración de sí mismos y el mundo, protegiendo su camino, enriqueciendo sus campos de experiencia, pero sin obstaculizar ni regimentar su ritmo. También tienen el deber de legar a las generaciones futuras un planeta en paz y saludable.



María Rosario Alonso-Ibáñez

Catedrática de Derecho Administrativo,
Universidad de Oviedo, España

El derecho a la vivienda en Europa

Este documento se ha centrado en el derecho a la vivienda en la Unión Europea, dado que las tradiciones culturales de sus Estados miembros son muy distintas, conviviendo culturas jurídicas de muy distinto signo, y ser el derecho de la UE el que intenta armonizarlas a todas. Asimismo, el enfoque de este trabajo va a recaer en aspectos jurídicos. Aun así delimitado, el objeto de estudio reviste una complejidad notable, pues debe tener en cuenta numerosas variables²⁹.

El derecho de la UE está conformado por los Tratados adoptados por los Estados miembros (Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TUE y TFUE) y por el derecho derivado, es decir, reglamentos, directivas y decisiones, adoptadas por las instituciones comunitarias en virtud de las competencias previamente establecidas en los Tratados.

Junto con este marco jurídico vinculante se encuentra el llamado *soft law* de las instituciones (comunicaciones, recomendaciones, etc.), muy abundantes en el ámbito de la vivienda. Aunque tiene un alcance jurídico limitado (el art. 288 TFUE al referirse a las recomendaciones y a los dictámenes indica su naturaleza no vinculante), reviste gran interés en una perspectiva de modificación o desarrollo del derecho de la UE, y de su interpretación.

Aparte, **existe también un amplio y diverso mundo de documentos conteniendo declaraciones políticas, iniciativas, borradores, etc., entre los que destaca la llamada Carta Europea de Vivienda, impulsada por el intergrupo Vivienda Urbana, constituido en el seno del Parlamento Europeo**, cuyo contenido contempla estos artículos:

29. En la elaboración de este documento se ha seguido el trabajo que en extenso ha desarrollado J. Ponce Sole, *El derecho de la Unión Europea y la vivienda*, editado por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), en el año 2019.

- ▶ Artículo 1: remarca la importancia de la implementación de los derechos sociales fundamentales y la importancia de la vivienda en el contexto de los objetivos de inclusión social.
- ▶ Artículo 2: afirma que corresponde a los Gobiernos combatir los problemas de exclusión y no hacerlo solo poniendo el peso de la inclusión social en los propietarios.
- ▶ Artículo 3: subraya la importancia y el papel del sector de la vivienda en el contexto de los objetivos de cohesión económica de la Unión Europea. La vivienda es un campo privilegiado de creación de empleos directos e indirectos como sector de fuerza laboral intensiva.
- ▶ Artículo 4: se opone a la segregación espacial, contra la creación de guetos y a favor de la cohesión territorial y la diversidad social.
- ▶ Artículo 5: requiere una mayor consideración de la importancia de la contaminación del aire de los edificios con el objetivo del desarrollo urbano sostenible.
- ▶ Artículo 6: recomienda que la Unión Europea desarrolle un marco de apoyo e incentivo para el fomento de políticas de vivienda en los Estados miembros como parte de la implementación de la Estrategia de Lisboa.
- ▶ Artículo 7: recuerda la posición del Parlamento Europeo en la elegibilidad del gasto de fondos estructurales para la renovación de vivienda social.
- ▶ Artículo 8: se refiere a que la ayuda de la UE puede proporcionarse a partir de la estrategia de inclusión social.
- ▶ Artículo 9: se centra en la construcción de partenariados público-privados con el objetivo de mejorar la calidad y cantidad de oferta de vivienda en el territorio de la Unión Europea.
- ▶ Artículo 10: exige el establecimiento de un Sistema de Seguimiento Europeo de vivienda que permita a la Unión establecer datos objetivos en los cuales pueda basar sus decisiones.
- ▶ Artículo 11: busca la consideración de visiones de distintos actores en la representatividad en materia de vivienda a nivel europeo mediante la redacción de un borrador o en la base de la creación de un cuerpo de consejeros/as.

El estado actual del *soft law* relativo a la vivienda permite afirmar su gran volumen y su persistencia a lo largo de los años, lo que da una muestra del interés de este ámbito en la Unión Europea.

Junto con el derecho de la UE, cabe referir el sistema de protección de derechos fundamentales establecido por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), adoptado en 1950 en el marco del Consejo de Europa. Los Estados miembros de la UE son partes en el Convenio, y para garantizar que la UE y su legislación estén sujetas a las mismas normas que los Estados miembros, el Tratado de Lisboa dispone que la Unión Europea se adhiera al Convenio, cosa que no ha sucedido hasta el momento. Dicha adhesión completaría la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE y reforzaría los valores fundamentales. Mientras llegue ese momento, debe tenerse en cuenta el art. 6.3 del TUE, según el cual los derechos fundamentales que garantiza el CEDH forman parte del derecho de la UE como principios generales.

La adhesión de la UE al CEDH sería positiva para reforzar la protección de la vivienda teniendo en cuenta la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Aunque el derecho a la vivienda no recibe ninguna regulación específica en el CEDH, el TEDH ha tratado algunos de los elementos que lo integran gracias a la interpretación de los derechos civiles y políticos contenidos en el CEDH. El TEDH ha vinculado el derecho a la vivienda con el art. 8 CEDH en aspectos muy específicos, como la habitabilidad de la vivienda, su accesibilidad y su exigibilidad. En este último punto, el TEDH puede llegar a considerar, atendiendo a las circunstancias del caso, que las autoridades deban ofrecer soluciones alternativas al desalojo de los ocupantes de las viviendas.

El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron solemnemente la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CDFUE) en Niza en el año 2000. Tras ser revisada, fue proclamada de nuevo en 2007. Sin embargo, la Carta solo tuvo efecto directo tras la adopción del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, convirtiéndose así en una fuente vinculante de derecho UE primario. El CDFUE señala que: "La Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales" (art. 34.3).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha declarado el derecho a la vivienda como un derecho fundamental. El TJUE realizó esta interpretación pese a que en el artículo 7 de la CDFUE no se establece de forma literal al derecho a la vivienda, sino que se reconoce el derecho a la vida privada y

familiar y el derecho al domicilio, pero efectuó la misma interconexión que el TEDH ya viene haciendo en interpretación del CEDH. Sin embargo, debe recordarse el alcance limitado de la CDFUE, de acuerdo con sus arts. 51 y ss. La CDFUE prevé la posibilidad de regular el derecho de propiedad para lograr intereses generales; la llamada función social de la propiedad constituye sin duda un elemento de delimitación, sin indemnización, del derecho de propiedad, ampliamente empleado, con un nombre u otro, por los derechos nacionales de los Estados miembros, también para la regulación del derecho a la vivienda y la provisión de vivienda asequible. También hay países europeos que vinculan el derecho de propiedad al cumplimiento de cometidos sociales, conectados también al derecho a la vivienda.

Desde la perspectiva de la función social de la propiedad y de la vivienda, la evolución de los sistemas occidentales hacia una economía social de mercado supone relevantes transformaciones del régimen jurídico del derecho de propiedad, de la mano de una creciente legislación administrativa que incluso incide en la formulación recogida en textos constitucionales (como el español, art. 33 de la Constitución española de 1978, con referencia a la función social que delimita el derecho de propiedad; o el alemán, con la fórmula recogida en el artículo 14 de la Constitución de 1949, el cual indica que: "La propiedad. Su uso deberá servir, al mismo tiempo, el bien común").

En el marco de la UE, el *Pilar europeo de derechos sociales (PEDS)*, proclamado con toda la solemnidad institucional por el Parlamento, el Consejo y la Comisión, incluye en el capítulo III la protección e inclusión social y establece los principios 19 "Vivienda y asistencia para las personas sin hogar" y 20 "Acceso a los servicios esenciales". Para lo cual se agrega que:

- a. **Deberá proporcionarse a las personas necesitadas acceso a viviendas sociales o ayudas a la vivienda de buena calidad.**
- b. **Las personas vulnerables tienen derecho a una asistencia y una protección adecuadas frente a un desalojo forzoso.**
- c. **Deberán facilitarse a las personas sin hogar un alojamiento y los servicios adecuados con el fin de promover su inclusión social (principio 19).**

Toda persona tiene derecho a acceder a servicios esenciales de alta calidad, como el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales. Debe prestarse a las personas necesitadas apoyo para el acceso a estos servicios (principio 20).

En el nivel de la Unión Europea, el *PEDS* no implica una ampliación de las competencias de la Unión otorgadas a las instituciones comunitarias por los Tratados. Debe aplicarse dentro de los límites de dichas competencias. El derecho de la Unión Europea no otorga a esta una competencia explícita en materia de vivienda. Sin embargo, utilizando otras competencias distintas, se ha dictado por la UE un notable número relevante de normas de derecho derivado con impacto en el derecho a la vivienda. Las competencias relevantes a los efectos de vivienda son principalmente las concernientes a la política social, el medioambiente y la protección de los consumidores, la política energética, la protección del consumidor o la cohesión social y territorial, entre otras.

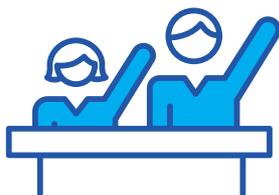
Para la protección de los sujetos del derecho a la vivienda como consumidores, son de relevancia la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Para la protección de los derechos de las personas que ya disfrutaban de una vivienda a la seguridad jurídica de la tenencia, a fin de que no se les prive de la misma de manera arbitraria, ante casos de ejecuciones hipotecarias en la UE se ha aplicado la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores. También, es relevante en este tema la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y el *Libro blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario* de la UE. En esa línea, el TJUE, a través de la vía de la cuestión prejudicial, ha intervenido en relación con la vivienda, al interpretar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores y su aplicación en los contratos hipotecarios.

En la UE un importante aspecto de la calidad de las viviendas que ha sido especialmente considerado es el de la eficiencia energética. Las disposiciones de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, permiten una financiación para garantizar la eficiencia energética; además, en el sistema de obligaciones de eficiencia energética, los Estados pueden incluir requisitos con finalidad social como, por ejemplo, la aplicación con carácter prioritario de un porcentaje de medidas de eficiencia energética a los hogares afectados por la pobreza energética o a las viviendas sociales (art. 7.7.a).

Un análisis de la situación existente muestra cómo existe una clara conexión entre el derecho a la vivienda y el desarrollo urbano sostenible. El derecho a la ciudad, cuya construcción jurídica está siendo

en Europa más lenta que lo que acontece con el derecho a la vivienda, es sin duda el contexto en el que se conectan los distintos derechos sociales en la ciudad; en lo que ahora nos interesa, conectan a la vivienda con el desarrollo urbano y territorial sostenible, en la línea integradora alcanzada en los documentos que conforman el llamado “acervo urbano europeo”, fruto de la colaboración intergubernamental de los Estados miembros y las instituciones comunitarias, así como en los distintos procesos de “Agendas Urbanas” impulsados por las instituciones comunitarias, con desigual desarrollo en cada uno de los Estados miembros. En todo caso, por esta vía se están ya introduciendo en los ordenamientos jurídicos de los Estados europeos aspectos ahora dispersos que no suelen tomarse en consideración cuando se reconoce constitucionalmente el derecho a la vivienda, pero que están indisolublemente unidos a él, dotándole de mayor contenido (igualdad, eficiencia energética, protección del consumidor, lucha contra la segregación espacial, promoción de la mezcla social mediante técnicas vinculadas con obligaciones de servicio público ligadas al servicio de interés general de vivienda social, reservas de suelo y techo para viviendas sociales, etc.).

En este orden de consideraciones, se considera relevante hacer referencia también a algunas de las resoluciones del Parlamento Europeo. En primer lugar, la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre la “Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social”, en la que para garantizar el derecho a la vivienda el Parlamento recomienda a los Estados miembros realizar una “política proactiva en materia de vivienda digna, para velar por el acceso universal a una vivienda de calidad, que garantice el acceso a los servicios esenciales desde el punto de vista de la salud y la seguridad, a un coste asequible o a un precio de compra preferente, y para evitar su pérdida”, y anima a los Estados a que lleven a cabo programas especiales de vivienda y ofrezcan oportunidades a las personas sin hogar (párr. 75). En su resolución, el Parlamento Europeo también recomienda a los Estados que establezcan una oferta de viviendas sociales y de



Un análisis de la situación existente muestra cómo existe una clara conexión entre el derecho a la vivienda y el desarrollo urbano sostenible. El derecho a la ciudad, cuya construcción jurídica está siendo en Europa más lenta que lo que acontece con el derecho a la vivienda, es sin duda el contexto en el que se conectan los distintos derechos sociales en la ciudad.

emergencia de calidad, para garantizar “el acceso de todos, y en especial de los más desfavorecidos, a una vivienda decente a un coste asequible” y, además, el Parlamento recomienda “la aplicación de políticas de prevención de las expulsiones de viviendas de alquiler, en particular mediante la asunción por las entidades públicas de las rentas de alquiler y los atrasos de las mismas de las personas amenazadas de desahucio” (párr. 76). De igual forma, la Resolución, de 11 de junio de 2013, sobre la “Vivienda social en la Unión Europea”, en la cual el Parlamento subraya la necesidad de fomentar el papel social y económico de la vivienda social y realiza una serie de observaciones, tanto al Consejo y a la Comisión como a los Parlamentos y los Gobiernos de los Estados miembros. En esta resolución, el Parlamento Europeo recuerda que el gasto en vivienda social y asequible no debe considerarse un gasto a recortar, sino una inversión a largo plazo que permite garantizar los derechos fundamentales, responder a la urgencia social y que contribuye a estabilizar la economía al prevenir las burbujas inmobiliarias y el endeudamiento excesivo de las familias (párr. 4). Asimismo, realiza consideraciones sobre la segregación residencial como un elemento negativo vinculado a la (ausencia de y ubicación de) la vivienda social. El Parlamento Europeo, en sus Resoluciones de 16 de diciembre de 2010 y 6 de septiembre de 2011, sobre la estrategia de la Unión Europea en relación con las personas sin hogar, ha insistido a los Estados para que elaboren sus propias estrategias en este ámbito. La recientísima **Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre “El acceso a una vivienda digna y asequible para todos”, entre otras importantes consideraciones sobre el significado del derecho a la vivienda en la UE, ha venido a pedir a la Comisión y a los Estados miembros “que se aseguren de que el derecho a una vivienda adecuada sea reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental mediante disposiciones legislativas europeas y nacionales aplicables; pide a la Comisión y a los Estados miembros que garanticen la igualdad de acceso para todos a una vivienda digna, incluidos el agua potable limpia y de calidad, un saneamiento e higiene adecuados y equitativos, la conexión a las redes de alcantarillado y traída de aguas, un entorno interior de alta calidad y una energía asequible, fiable y sostenible para todos, contribuyendo así a erradicar la pobreza en todas sus formas, protegiendo los derechos humanos de los hogares desfavorecidos y apoyando a los grupos más vulnerables, a fin de proteger su salud y bienestar”.**

Desde la perspectiva de la vivienda social como servicio de interés general, hay que tener en cuenta que, en el ámbito de la Unión Europea, se cuenta ya con diversas declaraciones provenientes de distintos organismos en relación con la consideración de la vivienda social como servicio de interés general. La consideración de la vivienda como servicio de interés económico general permite la

imposición de obligaciones de servicio público, así como excepcionar las reglas de la competencia, en servicio de la vivienda asequible.

Como conclusión, diríamos que existen como puede verse variadas perspectivas, transversales y sectoriales, desde las que las instituciones comunitarias están actuando en pos del derecho a la vivienda. En general, y como se ha destacado ya, el *soft law* es la opción que caracteriza a la situación existente en la actualidad.

Por lo que se refiere a lo que están haciendo los Estados, aunque no ha sido objeto de desarrollo en nuestro texto la situación de la constitucionalización y desarrollo del derecho a la vivienda en cada uno de ellos, sí puede concluirse en este momento que se avanza a ritmos desiguales. Aunque en todos ellos se encuentre constitucionalizado el derecho a la vivienda, no en todos los casos el derecho contempla contenidos más allá de la imposición de responsabilidades a las autoridades competentes para promoverlo; esto es algo que está haciendo de manera más significativa Portugal, en cuyo ordenamiento constitucional el art. 65 garantiza que:

Todo el mundo tiene derecho para sí mismo y su familia a tener una vivienda de tamaño adecuado que proporcione condiciones higiénicas y confortables y preserve la privacidad personal y familiar.

Para garantizar el derecho a la vivienda, el Estado se encarga de:

- a) Programar e implementar una política habitacional que se incorpore a los instrumentos generales de ordenamiento territorial y urbanístico y se apoye en planes de urbanización que garanticen la existencia de una adecuada red de transporte y equipamientos sociales [...].

Si se aceptara que sí puede existir competencia comunitaria europea relativa a vivienda con base en otras diversas aproximaciones jurídicas, ello implicaría que la UE podría avanzar dentro del marco vigente para integrar en una regulación unitaria los diferentes aspectos vinculados con la vivienda que ya está regulando de forma dispersa, a los que antes nos hemos referido. Con esta perspectiva, caben opciones de intervención de la UE, más allá de mantener e intensificar el *soft law* existente.



Leticia Morales

Profesora asociada del Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho. Directora del Programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile

El establecimiento de derechos prestacionales en la Constitución chilena

En esta breve presentación me referiré a las formas jurídicas mediante las cuales es posible incorporar derechos prestacionales, como el derecho a la vivienda y el derecho a la educación, en la nueva Constitución chilena, superando la crítica de la indeterminación de estos derechos.

Uno de los desafíos más importantes que se esgrimen en el momento de establecer y garantizar el conjunto de los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales (DESCA), de los cuales el derecho a la vivienda y el derecho a la educación forman parte, es el de la (falta de) determinación de su contenido. En este contexto se les dirige la crítica de la indeterminación de la pretensión, que trae aparejada la falta de precisión de las obligaciones correlativas. Si no es posible determinar el contenido de las obligaciones que se siguen de estos derechos, tampoco sería posible establecer cuándo se está frente a un incumplimiento o vulneración. Luego, se argumenta, se trata de meros objetivos sociales y no de verdaderos o auténticos derechos.

Sin embargo, hay que tener presente, por un lado, que **el problema de la falta de precisión es común a todos los derechos fundamentales, y en este sentido, no hay ningún argumento conceptual que permita sostener que los derechos sociales no son verdaderos derechos;** y, por otro lado, que entre los variados derechos que se incluyen dentro del subconjunto de derechos sociales y económicos en tanto derechos característicamente prestacionales, **los de la vivienda y educación son dos derechos que plantean menos problemas en cuanto a su concreción.**

¿Cuál es el alcance o extensión del contenido de estos derechos? Básicamente, la respuesta depende de la teoría de la justicia social compartida entre (la mayoría de) los miembros de la sociedad, la cual será consensuada en la Convención Constituyente a cargo de la redacción de la nueva Constitución para Chile. Es decir, dependerá de si en los fundamentos compartidos sobre lo que nos debemos unos a otros hay principios de justicia que protegen la dignidad, la igualdad y el bienestar de las personas.

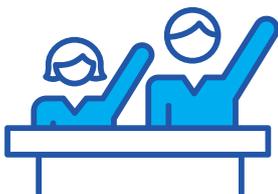
Para tomarse en serio el reconocimiento de estos derechos prestacionales es inevitable ponerlos en relación con el tipo de Estado de derecho que se adopte, esto es, tales derechos encuentran un marco de fundamentación adecuado dentro de un Estado democrático y social de derecho.

Esa fundamentación de los derechos prestacionales a la vivienda y a la educación brinda razones para su regulación jurídica y para el establecimiento de deberes. Cabe afirmar que el que las personas tengan derecho a la vivienda y a la educación significa que es moralmente necesario que ciertas prestaciones les sean aseguradas porque de lo contrario se les causaría un daño. Estos intereses tienen tal relevancia moral para las personas que justifican su inclusión en una Constitución.

En cuanto a su incorporación constitucional, hay que distinguir entre dos grandes opciones sobre la formulación jurídica de derechos fundamentales en una Constitución: una Constitución de detalle (que establezca reglas de acción y reglas de fin) o una Constitución de principios (que establezca principios en sentido estricto y directrices). Hay quienes están a favor de la primera, porque las disposiciones detalladas evitarían la excesiva discrecionalidad del órgano de control. Sin embargo, hay buenas razones para preferir una Constitución de principio, como son la posibilidad de alcanzar consensos con mayor facilidad, y la probabilidad de perdurar en el tiempo a pesar de los cambios sociales.

Cuál sea su recepción constitucional además está vinculado con la manera en que se los garantiza. Si bien conceptualmente la garantía de un derecho es un instrumento distinguible de la pretensión que contiene el derecho, lo cierto es que un derecho constitucional sin una herramienta jurídica adecuada para hacerlo efectivo podría frustrar las expectativas que esos derechos contienen.

Si se opta por la formulación de las disposiciones en una Constitución de principio, considero que es más adecuado que el reconocimiento constitucional del derecho a la vivienda y el derecho a la educación



Para tomarse en serio el reconocimiento de estos derechos prestacionales es inevitable ponerlos en relación con el tipo de Estado de derecho que se adopte, esto es, tales derechos encuentran un marco de fundamentación adecuado dentro de un Estado democrático y social de derecho.

contenga un núcleo central que precise mínimamente el contenido que queda protegido. Ello por supuesto no limita ni elimina la posibilidad de que el órgano legislativo asigne prestaciones que vayan más allá de ese contenido mínimo. A su turno, reduce la preocupación acerca de una intervención ilegítima de los órganos de control al garantizar estos derechos.

Así, los derechos a la vivienda y a la educación pueden incorporarse a la Constitución chilena como principios y como directrices. La obligación de determinar qué es contenido de estos derechos podría consistir, por un lado, en el mandato de realizar una determinada acción o proveer una cosa y, por otro lado, en el mandato de lograr un objetivo o alcanzar un cierto estado de cosas. Ambas formas son jurídicamente adecuadas y no excluyentes.

El derecho social a educación respecto de todas las personas, por ejemplo, podría adoptar la forma jurídica de principio en sentido estricto que establezca la realización de una acción en tanto impondría la obligación sobre el Estado de proveer educación primaria y secundaria gratuita, inclusiva y de calidad.

Por otra parte, como directriz, el Estado tendría la obligación de instituir un sistema educativo para que las personas reciban educación gratuita, inclusiva y de calidad. Es decir, si bien es exigible que la educación sea provista, la elección por parte de las autoridades administrativas de los medios idóneos para obtener ese estado de cosas es discrecional. En este sentido, lo que el Estado deberá hacer es diseñar y crear estructuras (construir escuelas, capacitar a las y los docentes, diseñar los programas de estudios, etc.) y dotarlas de fondos para cumplir el objetivo de suministrar educación gratuita, inclusiva y de calidad. En otras palabras, la obligación que se establece a través de la adopción de esta forma de regulación jurídica de un derecho social está dirigida al legislador en tanto mandato constitucional con un contenido concreto pero que deja abierta la manera de dar cumplimiento en la mayor medida posible ese objetivo. La amplia libertad de configuración que esta forma jurídica brinda al legislador no es óbice, sin embargo, para negar los límites que se imponen en tanto directrices de rango constitucional.

Similar ejercicio debería hacerse respecto del derecho a la vivienda digna o adecuada. El derecho a la vivienda comprende un conjunto de pretensiones relacionadas cuya inclusión dependerá de la forma de regulación constitucional adoptada. La protección del derecho a la vivienda digna en la forma de principio debería establecer un contenido genérico mínimo. Asimismo, podría concebirse una directriz que establezca una obligación de satisfacer los objetivos sociales de este derecho, dejando abierta la elección de los fines al legislador y su ejecución al Gobierno.

En conclusión, **la crítica de la indeterminación de los derechos prestacionales no es obstáculo para su inclusión en la nueva Constitución chilena, dado que esta puede ser superada mediante diversas formas de regulación jurídica. Su establecimiento y la formulación escogida dependerá del acuerdo sobre los principios de justicia que fundamenten la protección de intereses moralmente relevantes en una sociedad justa.**

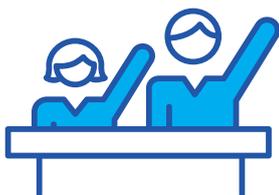


Ana Sugranyes

Arquitecta y doctora en urbanismo; presidenta de Housing and Land Rights Network (HIC-HLRN); defensora del derecho a la vivienda desde Ciudad Común y el Comité Hábitat del Colegio de Arquitectos

El derecho a la vivienda en la ciudad³⁰

El derecho a la vivienda digna no corresponde a un simple derecho individual, particular o privado, desvinculado del hábitat o del suelo en que se ejerce. El suelo habitable, con infraestructuras para llegar a ser urbanizado, es un bien escaso. De ahí que la regulación del uso del suelo debe acordarse entre todos y todas, desde el interés general, el bien común, el respeto de la naturaleza, la captación de las plusvalías y la oposición a la especulación inmobiliaria. En Chile, el 90% de la población vive en espacios urbanos. Entendamos la ciudad como un espacio donde la democracia se construye y se disputa entre el Estado y la ciudadanía.



En Chile, el 90% de la población vive en espacios urbanos. Entendamos la ciudad como un espacio donde la democracia se construye y se disputa entre el Estado y la ciudadanía.

30. Para mayor información, ver el artículo: Sugranyes, A. y Tapia, M. C. (2021). La ciudad y los DESCA. En *Perspectivas nacionales y comparadas para la incorporación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en nueva Constitución de Chile*. GI-ESCR, Universidad de Concepción (en publicación).

Los derechos humanos en su integralidad se realizan en el ámbito de la ciudad, donde habita la gran mayoría de los sujetos de estos derechos. Por eso, a menudo hablamos de los derechos al hábitat, una denominación afín a las propuestas ecologistas de la ética de cohabitar el planeta. Entre los derechos humanos más relacionados con el hábitat, está el derecho humano a una vivienda adecuada.

Entendamos que **son los entornos próximos y remotos —el barrio y la ciudad— los que permiten la satisfacción y la realización de otros derechos.** Lo señaló, de manera clara, el ex relator especial sobre este derecho, Miloon Kothari: “El derecho a la vivienda no es solo el derecho al goce de un espacio habitable, a una morada; es también el derecho a un medio urbano digno y adecuado en el que se inserta tal vivienda”³¹.

Principales problemas habitacionales, urbanos y territoriales en Chile

En el proceso de ir acordando principios y derechos, desde la especificidad de cada barrio y cada ciudad, de manera sintética, tengamos presentes los principales conflictos relacionados con el modelo de desarrollo territorial en Chile.

Ausencia de principios y derechos colectivos

El sistema legal urbanístico, desarrollado a inicios de la dictadura, no cuenta ni en sus fundamentos ni en sus contenidos con los derechos humanos ni de las comunidades. Además de este problema de base, existen numerosos vacíos legales, situaciones no reguladas y falta de fiscalización. Por ejemplo, **no se cuenta con ningún instrumento de regulación del suelo que permita provisión de suelo adecuada para el desarrollo de políticas habitacionales o políticas dirigidas a revertir la desigualdad. Carencias que han facilitado y siguen facilitando situaciones de transgresión de derechos fundamentales en procesos de especulación y corrupción.**

Estas carencias configuran también el modelo de desarrollo y se extienden a la construcción de las infraestructuras, la planificación territorial, la urbanización, el acceso a la vivienda y la distribución inequitativa de bienes y servicios. Desde la experiencia internacional, estos conflictos son comunes; en

31. Observatori DESC (2008). *Derecho a la vivienda y políticas habitacionales: informe de un desencuentro* (p. 15). <http://www.observatoridesc.org/files/derecho%20a%20la%20vivienda%20y%20políticas%20habitacionales>

Chile, el marco constitucional vigente —centrado en las condiciones de mercado— dificulta avances legislativos e impide poder recurrir a una capacidad de inspección o control público para resguardar el cumplimiento de los DESCA.

Centralismo

Las barreras a una regulación territorial sostenible y justa están marcadas por una herencia histórica fuertemente centralizada. Como lo destaca el estudio comparativo en curso, *Ciudades en procesos constituyentes de América Latina*³², las ciudades chilenas no cuentan con Gobierno propio, son gobernadas por el Poder Ejecutivo con criterios sectorialistas, basados esencialmente en la focalización de los recursos y sin perspectiva territorial; las regiones no cuentan con capacidad de decisión efectiva sobre sus territorios. Tampoco cuentan con capacidad efectiva de realizar un ordenamiento territorial; si bien existe el instrumento, este no tiene un carácter vinculante.

Especulación del suelo

La especulación del suelo es otro conflicto mayor no atendido estructuralmente por el marco legal, con el consecuente sesgo de la satisfacción de intereses privados o sectoriales, sin un abordaje integral del territorio.



La especulación del suelo es otro conflicto mayor no atendido estructuralmente por el marco legal, con el consecuente sesgo de la satisfacción de intereses privados o sectoriales, sin un abordaje integral del territorio.

32. Flasco-Ecuador, Universidad Autónoma de México, UNAM, Universidad Federal de Río de Janeiro, UFRJ, Maestría Urbana de la Universidad Nacional de Córdoba, Crítica Urbana, Ciudad Común y SUR Centro de Estudios Sociales y Educación (2021). https://www.youtube.com/channel/UCNkQ_TWkXMdbeiv5sKY-L2A/playlists

El mercado del suelo se diferencia de cualquier transacción mercantil de objetos muebles. Cada terreno es único; las personas propietarias definen si ofrecer, o no, una transacción en función de las perspectivas de ganancia por las construcciones que ahí se podrán realizar.

La especulación del suelo se ve facilitada por la falta de mecanismos de control o de recuperación de las plusvalías. Algunas de las formas de especular utilizan información privilegiada, tráfico de influencias o corrupción para lograr cambios normativos de mayor edificabilidad o cambios de uso con mayores ganancias. Es especialmente relevante el cambio de uso de suelo de rural a urbano, que multiplica exponencialmente su precio. Ejemplo de ello son los terrenos eriazos (sin construir), "en engorde", o en áreas urbanas, a través de interpretaciones intencionadamente sesgadas, o la redacción de normas urbanísticas que permiten construir buscando el máximo de rentabilidad, como en el caso de los "guetos verticales"³³ en muchas comunas de las grandes ciudades como Santiago o Valparaíso.

La especulación, por lo tanto, se traduce en una carencia de suelo bien localizado, por la fragmentación y segmentación del suelo. Está determinada por el mercado inmobiliario, con escasas herramientas y fuerte bloqueo político para avanzar en políticas o herramientas de regulación del uso de suelo, que permitan revertir la situación de segregación existente y dar una solución inclusiva territorialmente, por ejemplo, a los conjuntos de vivienda social y a las poblaciones tradicionales.

Inequidad en la distribución de bienes y servicios públicos

Chile se caracteriza por una fuerte desigualdad social³⁴, que se refleja en una estructura espacial de segregación socioeconómica, con una fuerte concentración de la minoría de la población con mayores rentas en determinados puntos de las ciudades grandes. Por otra parte, no existe hasta ahora una mirada integral y equitativa de implementación de los servicios públicos en las ciudades, acentuando la situación de segregación en las áreas de población de menores rentas con la falta de servicios públicos de calidad como educación, salud, seguridad, áreas verdes y transporte.

33. En Chile, en los últimos 5 años, se ha denominado "guetos verticales" a las construcciones de nanoviviendas (de entre 17 y 25 metros cuadrados) en torres de hasta 40 pisos, en zonas centrales, proyectando densidades de 15 a 20 mil habitantes por hectárea. En esta misma lógica de máxima rentabilidad en el uso del suelo y al borde de la (i)legalidad, el subsidio habitacional ha facilitado la construcción de vastos guetos horizontales en la periferia de las ciudades entre los años ochenta y noventa del siglo pasado.

34. El coeficiente de Gini: 0,46. Chile, el tercer país con mayor inequidad de la OCDE. En Pérez, R. y Sandoval, D. (2020). La geografía de la desigualdad y del poder. *Ciper Académico*. <https://www.ciperchile.cl/2020/02/26/la-geografia-de-la-desigualdad-y-del-poder/>

La precarización de las condiciones del hábitat

Los efectos económicos y sociales del estallido social y de la pandemia presagian mayores niveles de desigualdad a los ya evidenciados en los últimos 30 años de Gobiernos democráticos.

Distintos autores³⁵ resaltan la progresiva exclusión de los sectores de menores ingresos del mercado formal: 1) por un gran aumento “demencial” de los precios de las viviendas y del suelo en las ciudades; 2) para sectores de menores ingresos, un aumento del total de unidades ofertadas con una oferta privada de arriendo de viviendas nuevas, de 20 metros cuadrados en edificios de 30 a 40 pisos; 3) las personas y familias en situación de pobreza son más que las contabilizadas en las cifras oficiales³⁶; 4) el gran flujo migratorio a las ciudades, particularmente a Santiago, Antofagasta e Iquique³⁷; 5) el mercado informal de la vivienda se ha convertido en un negocio importante, por medio del cual muchas personas incrementan su renta de manera considerable, o también aumentan sus escuálidas pensiones de jubilación; y 6) cada vez están más extendidos los conflictos de comunidades frente a la contaminación del agua, aire y suelo, producidos por actividades económicas cercanas.

Para la nueva Constitución: El derecho a la vivienda en la ciudad

Proponemos incorporar la ciudad en la vida constitucional, como lo explica Antonio Azuela³⁸. Más que en la inserción de los derechos en el texto constitucional, interesa precisar los instrumentos necesarios para que la sociedad pueda dar seguimiento a los compromisos constitucionales. La complejidad de las distintas dimensiones de la ciudad exige entender los procesos de decisión y la movilización de las instituciones jurídicas en estas decisiones.

35. Rodríguez, A., Rodríguez, P. y Godoy, M. (2018). De insolventes e indocumentados: “No puedes darte el lujo de vivir en la ciudad”. *Barómetro de Política y Equidad* 14(IX). <http://barometro.sitiosur.cl/barometros/>

Vergara-Perucich, F. y Aguirre, C. (2019). Viviendas a precios demenciales: causas y responsables. *Ciper Académico*. <https://www.ciperchile.cl/2019/07/12/viviendas-a-precios-demenciales-causas-y-responsables/>

36. Si se consideraba el nivel de ingresos autónomos, descontando bonos y subsidios y el alquiler imputado, la línea de la pobreza se situaba por encima del 26%, cifra bastante superior al 11,7% oficial. Fundación SOL (2017): <https://fundacionsol.cl/blog/actualidad-1/post/estudio-de-fundacion-sol-revela-que-la-pobreza-en-chile-supera-el-26-mas-del-doble-de-las-cifras-oficiales-5606>

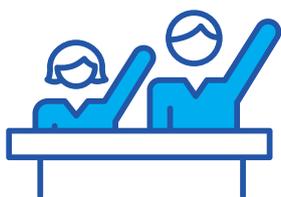
37. El Gobierno, en abril de 2018, estimaba que el total de inmigrantes superaba el millón de personas, considerando que unas 250.000 a 300.000 personas se encontraban en situación irregular.

38. Antonio Azuela, 26 de febrero de 2021 en talleres “La ciudad en los procesos constituyentes de América Latina, desde una óptica comparada”, Flacso-Ecuador, MU-UNC, UNAM, UPRJ *et al.*, en https://www.youtube.com/channel/UCNkQ_TWkXMbeiv5sKY-L2A/playlists

Considerando como temas transversales relacionados con procesos estructurales de discriminación —igualdad de género, derechos de los pueblos indígenas, inmigrantes y la conservación de la naturaleza, entre otros—, se propone una serie de contenidos que debieran ser incorporados en la nueva constitución de Chile³⁹:

- ▶ El Estado social de derecho y su papel en el respeto y garantía de los derechos humanos.
- ▶ La no discriminación y la igualdad para asegurar el uso y goce del patrimonio, bienes y servicios urbanos, recursos o espacios naturales. Revertir la segregación socioespacial y transformar la estructura urbana y territorial exige el respeto a la diversidad y la no discriminación por clase, género o etnia.
- ▶ La función social y ambiental del derecho de propiedad tiene un carácter crucial en el modelo territorial, el urbanismo y la vivienda, ya que actúa como principio regulador del suelo.
- ▶ La distribución de competencias, la geografía de la representación y la interacción entre los niveles de procedimientos deben apuntar a los llamados derechos vecinales.

Chile se caracteriza por una fuerte desigualdad social, que se refleja en una estructura espacial de segregación socioeconómica, con una fuerte concentración de la minoría de la población con mayores rentas en determinados puntos de las ciudades grandes. Por otra parte, no existe hasta ahora una mirada integral y equitativa de implementación de los servicios públicos en las ciudades, acentuando la situación de segregación en las áreas de población de menores rentas con la falta de servicios públicos de calidad como educación, salud, seguridad, áreas verdes y transporte.



39. Propuestas esbozadas por las autoras en Tapia Gómez, M. C. y Sugranyes, A. (2020). La ciudad es una cuestión política, una cuestión ciudadana. En *Ciudades posibles. Apuntes para el debate sobre la nueva Constitución en Chile*, Crítica Urbana. <https://criticaurbana.com/ciudades-possibles-apuntes-para-el-debate-sobre-la-nueva-constitucion-de-chile>

- ▶ La regulación de las actividades económicas. Toda actividad económica o científica debe respetar la naturaleza y los sistemas de vida, así como la seguridad y salud de las personas.
- ▶ La penalización de los delitos urbanísticos.
- ▶ El derecho a participar en las plusvalías, generadas por las inversiones y decisiones públicas y privadas, como mecanismo de desarrollo local, justicia social, captación de recursos para revertir la segregación socioespacial y de control de la especulación.
- ▶ El derecho a la información y la participación en la toma de decisiones que afectan al entorno en que se habita. Revisar estructuralmente los débiles mecanismos existentes, actuando la participación como instancia fiscalizadora, evitando las situaciones de infracción de derechos humanos que se realiza por usos y actividades que afectan negativamente a las personas y el medioambiente.
- ▶ El derecho al agua y al saneamiento. El agua es un elemento vital para la diversidad biológica y la existencia y salud de los seres humanos, por lo que debiera recuperar su rango constitucional de bien nacional de uso público, estableciéndose como un derecho de las personas su uso prioritario respecto a los usos productivos. En su uso se deberá asegurar un caudal ecológico, que permita la continuidad de los ciclos naturales y la subsistencia de la biodiversidad.
- ▶ Derecho al uso y goce del patrimonio natural. Se relaciona con el derecho al disfrute de los bienes y recursos naturales, su protección y asegurar su goce colectivo, por ejemplo, el disfrute colectivo de las playas, bordes de lagos, pies de montaña o parques públicos.
- ▶ Derecho al patrimonio cultural, como elemento sustancial de la memoria e identidad de los pueblos, incorporando toda su complejidad (material e inmaterial), con el fin de asegurar su protección, acrecentamiento y disfrute.
- ▶ Derecho a un medioambiente sano y seguro, cuyo goce tiene implicación en los usos de suelo y su localización, es decir, en el tipo de actividad que allí se realiza, garantizando los usos compatibles entre sí, o la localización adecuada de la vivienda en lugares libres de riesgos y de contaminación. Permitiría reformular el modelo de organización y movilidad urbana, atendiendo a la alta exposición de la población a la contaminación atmosférica.

- ▶ El derecho a una vivienda adecuada, cuyo cumplimiento guarda una relación directa con la segregación y exclusión social. Permite refundar la naturaleza del actual marco legal urbanístico y de las políticas de vivienda. Ello implica, entre otros, mecanismos para la integración social y urbana de los condominios sociales, de las poblaciones tradicionales y de los campamentos, con actuaciones de reversión de la segregación y mejora de la calidad de vida en la ciudad. Asimismo, iniciar la construcción de vivienda pública como mecanismo de regulación del mercado de la vivienda; y distintas modalidades de reconocimiento del protagonismo autogestionario de las comunidades en la producción y gestión del hábitat.

CONCLUSIONES DE LA SESIÓN



Víctor Soto

Abogado e investigador del Departamento de Estudios, Publicaciones y Extensión de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile

En la Mesa II de estos diálogos, referida a los modelos de bienestar, se pudo ver a grandes rasgos cómo opera el sistema de protección social europeo y algunos de los debates más importantes a este respecto en Chile. Como se sabe, este es un tema de particular importancia para nosotros, porque uno de los cuestionamientos reiterados al sistema político y al modelo económico, especialmente a partir de octubre de 2019, ha sido la falta de protección social. Esta demanda se traduce, en términos jurídicos, en la reivindicación de una garantía de los derechos sociales. Sin embargo, en dicha mesa temática solo se pudo profundizar en dos de estos derechos: salud y seguridad social. Nos pareció relevante, por tanto, dedicar una sesión especial a otros derechos que han adquirido gran protagonismo en el debate constituyente chileno: el derecho a la educación y el derecho a la vivienda.

El primero ha sido, en realidad, parte del debate público desde hace mucho tiempo. Las protestas estudiantiles de 2006 y 2011 y la reforma educacional implementada por el segundo Gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018) dan cuenta de ello. Será, probablemente, uno de los puntos que más

se debatirán en la Convención, ya que en la educación se han cifrado gran parte de los sueños y esperanzas de los chilenos y, por ende, es donde más nítidamente se expresan las limitaciones y aporías de nuestro actual modelo de desarrollo.

Menos evidente pareciera ser la preocupación por el derecho a la vivienda. Como señala María Rosario Alonso, no es un derecho que usualmente se encuentre consagrado a nivel constitucional en el derecho comparado. También ha sido denominado como un derecho nuevo o un derecho de tercera generación. Más allá de los cuestionamientos que podrían hacerse a la idea misma de generaciones de derechos —pues las demandas sociales manifestadas a través del lenguaje de los derechos se hicieron sentir desde el momento mismo en que se inauguraron las Constituciones modernas, como se puede apreciar en la Constitución francesa del año I (1793)—, el derecho a la vivienda es una vieja aspiración de las clases excluidas. Está relacionado directamente con ese afán de protección al que nos hemos referido al principio y con los principios generales que guían —en otras latitudes, al menos— al Estado social y democrático de derecho.

Además, se trata de una preocupación creciente y que se ha manifestado, también, en las protestas de los últimos años, no solo por parte de grupos desaventajados, sino también por parte de una clase media que ha visto limitadas sus aspiraciones de bienestar en este punto, a raíz de la especulación inmobiliaria y el desarrollo inorgánico de ciudades que parecieran tornarse cada vez menos habitables.

En este sentido, como veremos, las exposiciones de los cinco expertos chilenos y europeos fueron muy iluminadoras y reflejaron una línea compartida.

1. Leticia Morales: la lógica de los derechos prestacionales

La profesora Morales introdujo el tema, planteando una primera dificultad cuando debatimos sobre derechos sociales: involucran distintas ideologías y teorías de la justicia que chocan, lo que los hace particularmente complejos. No es un tema meramente técnico o aséptico, extraño a nuestros debates políticos más sustantivos. En este sentido, su consagración se encuentra subordinada a la definición más general que hagamos del tipo de Estado. Así, para la adecuada realización de estos derechos no será lo mismo un Estado social que un Estado subsidiario. No basta, por ende, con su reconocimiento: hay que establecer garantías. Pero estas garantías se traducen no tanto en la noción de derechos justiciables —es decir, en la posibilidad de llevar las vulneraciones de estos derechos a la justicia— como en una buena “sala de máquinas” institucional, concepto que se ha reiterado en este ciclo de

seminarios y se refiere, en conjunto, a la existencia de instituciones políticas robustas que respondan, de forma eficaz y eficiente, a las demandas ciudadanas.

Posteriormente, la profesora Morales se refirió en concreto al derecho a la educación. Existirían, a su juicio, dos vías para su consagración: 1) a través de un mandato directo al Estado de realizar una acción; o 2) a través del mandato de lograr un objetivo. Estas vías no son excluyentes, pero sí son distintas y es necesario tener clara su especificidad. Según la primera, a juicio de Leticia Morales, debería encomendarse al Estado proveer directamente un servicio educacional gratuito y de calidad en primaria y secundaria; de acuerdo con la segunda vía, el Estado debería comprometerse con crear un sistema para que todos se eduquen, pero el legislador tendría que definir el cómo.

Cabe mencionar que en nuestra Constitución actual predomina la segunda vía: se le asigna al legislador el mandato de regular un sistema educativo con ciertos principios y al Estado se le encomienda solo "financiar un sistema gratuito", mas no proveerlo⁴⁰.

2. Clelia Bartoli: visión panorámica del derecho a la educación en Europa

Luego, la profesora italiana Clelia Bartoli se refirió al desafío del analfabetismo funcional, que, si bien es más amplio en Chile y América Latina, también se da en Europa. Los datos son dramáticos: un tercio de los adultos en Europa son analfabetos funcionales, mientras que en Chile son casi la mitad. Es decir, hay un gran porcentaje de ciudadanos que viven actualmente "en un mundo que no entienden". Esto representa una dificultad no solo para la educación, sino también para la democracia misma.

¿Cómo combatimos esto? A juicio de la profesora Bartoli, estableciendo el principio de *igualdad sustancial*. Un buen ejemplo de este principio se encontraría en el artículo 3, inciso segundo, de la Constitución italiana: "Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que,

40. Lo primero se asegura no en el derecho a la educación, donde el énfasis está puesto en el derecho preferencial de padres y madres a educar a sus hijos, sino a propósito de la libertad de enseñanza (art. 19, n.º 11, de la Constitución). En cambio, lo segundo es el mandato estatal consagrado en el derecho a la educación (art. 19, n.º 10), junto con el de "promover" la educación parvularia y "fomentar" el desarrollo de la educación en todos sus niveles. Para una visión comparada del derecho a la educación, véase: Soto Martínez, V. J. (2020). La regulación del derecho a la educación en el derecho constitucional comparado. Serie Informes, n.º 04-20. Biblioteca del Congreso Nacional. https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=75710

limitando de hecho la libertad y la igualdad entre los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

A partir de esta lectura, señala que no basta con contar con derechos subjetivos, sino que el Estado debe *eliminar los obstáculos* que impiden el desarrollo de la persona. Educacionalmente, esto se traduce en dos cosas: 1) a través de una visión de la educación como un proceso que dura toda la vida (no únicamente reducida a la educación formal); y 2) a través de una escuela inclusiva (es decir, una escuela que integra a personas de diferentes orígenes, siendo para Italia muy relevante el caso de los niños migrantes).

Respecto de lo primero, indica que la escuela no es un mero ambiente educativo; la educación puede tener lugar en todos los lugares. Un buen ejemplo de esto lo encuentra en la Constitución portuguesa de 1976, donde se establece el imperativo de “democratizar la cultura” (art. 73). Cabe señalar que en Chile el principio de educación para toda la vida fue consagrado hace varios años (tanto en el art. 19, n.º 10, como en la Ley General de Educación), pero es discutible hasta qué punto dicha idea ha permeado en nuestras instituciones.

En cuanto a lo segundo, la profesora aclara que la inclusividad de la escuela “es un derecho de la comunidad, no solo de los sujetos”. Esto solo podría lograrse con una escuela abierta, que no seleccione a sus estudiantes. Por el contrario, “una escuela que selecciona destruye la cultura de un país”.

3. Cristián Bellei: la relevancia de la educación pública

La exposición de Cristián Bellei nos pasea —a vuelo de pájaro— por la historia educacional chilena⁴¹. Durante el siglo XIX, señala, se fue consolidando una posición del Estado como prestador del servicio educacional. Sin embargo, esto generó una tensión con la Iglesia católica, que quiso preservar algunas de sus atribuciones. Esta tensión se resolvió en la Constitución de 1925, mediante un acuerdo en el cual el Estado reconocía la educación privada e incluso la subvencionaba cuando la consideraba un aporte educacional, pero era la educación pública la que garantizaba este derecho.

41. Véase, también, a este respecto: Soto Martínez, V. J. (2020). El derecho a la educación en la historia constitucional chilena. *Serie Informes*, n.º 01-20. Biblioteca del Congreso Nacional. http://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=75830

En contraste, “la Constitución del 80 rompe este acuerdo educacional, haciendo competir la educación privada y la educación pública con una lógica de mercado”. Se establece entonces el principio subsidiario —la idea de que el Estado solo interviene allí donde el privado no quiere o no puede hacerlo— como principio eje del sistema, lo que nos lleva a un sistema “extraordinariamente privatizado y segregado”.

Por el contrario, nos dice, “una Constitución democrática debería reponer los principios básicos del equilibrio histórico entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza”. ¿Cómo? A través del fortalecimiento del sistema público: “La verdadera garantía del derecho a la educación es el sistema público”. Aquí plantea, además, un contraste con la profesora Morales, ya que —a su juicio— este sistema debería abarcar no solo los niveles básico y medio, sino también la educación superior.

4. Ana Sugranyes: el derecho a la vivienda y el derecho a la ciudad

Lo primero que debemos destacar de la exposición de Ana Sugranyes es cómo integra el derecho a la vivienda con el derecho a la ciudad. La premisa es sencilla: no se puede abordar la vivienda desde una perspectiva individual, como si fuera un problema simplemente propietario, sino que debe abordarse con perspectiva comunitaria. El desafío —nos dice— es incorporar la ciudad en la vida constitucional.

Luego hace un duro diagnóstico de la situación de las ciudades y las viviendas en la actualidad, donde menciona la segregación urbana, la especulación del suelo, la falta de cuidado, la desigualdad, la falta de habitabilidad, el problema del medioambiente, etc. Aquí destacamos, particularmente, su referencia a la falta de cuidado: mujeres que no reciben ayudas sociales ni tienen ayuda suficiente para el cuidado de los hijos, lo que decanta en niños que viven prácticamente encerrados, en malas condiciones. Eso nos lleva de vuelta a algo que se abordó en la Mesa IV, referida a los problemas de género, a saber, la falta de corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos y un Estado que hasta hoy no reconoce las labores de cuidado que, en un gran porcentaje, son llevadas a cabo aún por las mujeres.

Ahora bien, volviendo al problema de la vivienda y la ciudad, Sugranyes señala que el derecho a la ciudad no apela tanto al acceso como a la emancipación de los habitantes de la ciudad. Tiene que ver con cómo nos movemos hacia una ciudad distinta a la ciudad neoliberal que actualmente habitamos. Para llevarlo a la práctica, la expositora prevé dos vías: 1) por un lado, revisar la función social de la propiedad, considerando la propiedad a la luz de los derechos sociales y económicos; 2) por otro lado, incluir el derecho de participación de las comunidades en las decisiones que las afectan directamente.

En definitiva, se manifiesta de acuerdo con incorporar estos derechos —a la vivienda y la ciudad— en la nueva Constitución, pero aclara que solo con este reconocimiento no se solucionarán nuestros problemas. Se vuelve a hacer presente, entonces, el problema ya advertido por Leticia Morales: la sala de máquinas constitucional.

5. María Rosario Alonso Ibáñez: el derecho a la vivienda en el derecho europeo

Finalmente, la profesora Alonso nos brindó una perspectiva panorámica e histórica del derecho a la vivienda en Europa. En realidad, nos advierte que la evolución de este derecho ha sido lenta y que los mayores progresos en la materia no se han dado a través de reglas expresas sino a través del llamado *soft law*, es decir, a través de instrumentos que, aunque no establecen reglas, sino principios o recomendaciones, terminan permeando en la conducta de los Estados.

Así, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, a partir de las diversas cartas europeas de derechos, la que ha ido configurando la protección de la vivienda. En primer lugar, señala, estaría el Convenio Europeo de Derechos Humanos que, si bien no consagró este derecho explícitamente, estableció los principios que le han permitido a la jurisprudencia implementarlo. Lo mismo ocurrió con la Carta Europea de Derechos Fundamentales (2000), que sí consagró el derecho a la ayuda social mínima, a partir de la cual se ha desprendido este derecho.

Más importante, eso sí, ha sido últimamente el Pilar de Derechos Sociales (es decir, precisamente un instrumento de *soft law*), que sí consagró explícitamente este derecho.

El problema, sin embargo, no es el reconocimiento constitucional como tal, sino la efectividad de los derechos. Y, para ello, especialmente en el caso del derecho a la vivienda, no hay que verlo como un derecho meramente individual, sino como un problema colectivo. Podemos notar aquí un punto importante de coincidencia con Ana Sugranyes.

6. Síntesis: los derechos sociales como objetivos colectivos

Posteriormente hubo una discusión muy interesante, con preguntas del público, donde se fueron reafirmando estas posiciones. Posiciones que, como se ha podido apreciar, son —en gran parte— coincidentes.

Podríamos intentar sistematizar estas coincidencias con la idea de que los derechos subjetivos, siendo una parte importante de la consagración de los derechos fundamentales (y, en particular, de los derechos sociales), no bastan para su realización. Esto se advierte especialmente en educación y vivienda. Así —como se puede desprender de lo que dijo Bartoli—, los déficits de la educación son, a la larga, déficits de la democracia. Por eso la selección estudiantil segrega, afectando a la cultura y la cohesión social como un todo. Por eso —como indica Bellei— solo una educación pública robusta nos permitirá garantizar realmente este derecho. Esto se aprecia, también, explícitamente en la exposición de Sugranyes, para quien la perspectiva comunitaria es la única que podría llevarnos a asegurar realmente el derecho a la vivienda y recuperar la habitabilidad de nuestras ciudades. También lo vemos en la advertencia final de la profesora Alonso, sobre la necesidad de abordar este tema como un problema colectivo.

Esto me lleva a una última reflexión. Hace algunos años me tocó asistir a una conferencia del profesor español Ricardo García Manrique donde este comentó que había visto un aviso publicitario sobre una Isapre (las Isapres son las prestadoras de salud privada en Chile). El aviso decía algo así como “Te ofrecemos lo mejor”. Entonces, el profesor se preguntó (y nos preguntó a los asistentes): “¿Por qué a algunas personas se les ofrece lo mejor y otras deben conformarse con lo peor?”. Esta idea resonó a lo largo de toda su conferencia, donde contrastó las ambiciosas pretensiones de los derechos sociales en su formulación originaria —como, por ejemplo, la Constitución francesa de 1793— y la concepción liberal de que el Estado solo puede garantizar mínimos. Es decir, para algunas personas máximos; para otras, mínimos. Esta desigualdad —insoponible para la democracia— solo se podría abordar adecuadamente entendiendo que los derechos fundamentales son algo más que derechos subjetivos⁴², idea que también ha sido planteada por otros autores, como Francisco Laporta⁴³. En otras palabras, los derechos sociales son, en realidad, aspiraciones a máximos y, para su eventual realización, deben ser entendidos como objetivos colectivos que apunten a la igualdad entre todas las personas.

42. La conferencia se llama “Derechos sociales e igualdad” y se puede encontrar en el libro *Democracia y derechos fundamentales desde la filosofía política: congreso estudiantil de derecho y teoría constitucional: 2003-2005-2007: artículos seleccionados*, 1.ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

43. Laporta, F. (1987). Sobre el concepto de derechos humanos. *Doxa*, 4.



Esta publicación recoge las intervenciones realizadas en el marco de los Diálogos Chile-Unión Europea coorganizados entre la Delegación de la Unión Europea en Chile, la Cámara de Diputadas y Diputados de Chile, la Agencia Chilena de Cooperación Internacional-AGCID y la Biblioteca del Congreso Nacional, con el apoyo del programa de la Unión Europea EUROsociAL+.

Este Ciclo forma parte de la iniciativa **Foro Chile-Unión Europea** con la que se pretende intercambiar experiencias sobre el proceso constituyente y sobre contenidos esenciales como el acceso a un sistema de bienestar o la garantía de los derechos fundamentales, la estructura territorial del Estado o las formas de gobierno, mostrando los aprendizajes de las Constituciones europeas desde su propia diversidad.

EUROSOCIAL+ es un programa de cooperación regional de la Unión Europea con América Latina para la promoción de la cohesión social, mediante el apoyo a políticas públicas nacionales y el fortalecimiento de las instituciones que las llevan a cabo. EUROsociAL pretende promover un diálogo euro-latinoamericano de políticas públicas en torno a la cohesión social. Su objetivo es contribuir a procesos de reforma e implementación en diez áreas clave de políticas, en ciertas temáticas, seleccionadas por su potencial impacto sobre la cohesión social.

www.eurosocial.eu



PROGRAMA FINANCIADO
POR LA UNIÓN EUROPEA

EUROsociAL+ es un consorcio liderado por:



Secretaría de la Integración Social
Centroamericana
El Salvador Guatemala Honduras Nicaragua
Costa Rica

