

P.

puntos de referencia

CENTRO
DE ESTUDIOS
PÚBLICOS

EDICIÓN DIGITAL
N° 618, AGOSTO 2022

POLÍTICA Y DERECHO

Los derechos y su tutela judicial: riesgos y oportunidades

MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA Y JORGE CORREA



RESUMEN

- En esta segunda sesión del ciclo “La última milla” abordamos una materia que está en el centro de cualquier Constitución: los derechos y su tutela judicial.
- Para conversar sobre esta materia invitamos a María Beatriz Arriagada, abogada y profesora de la Universidad Diego Portales, y a Jorge Correa, abogado y ex ministro del Tribunal Constitucional.
- La pregunta que guió la presentación de ambos expositores fue la siguiente: ¿Hay una adecuada correspondencia entre el listado de derechos que contiene la propuesta de nueva Constitución (PNC) y el mecanismo de tutela que para ellos se propone?
- Para Beatriz Arriagada el listado de derechos fundamentales responde al constitucionalismo de los derechos y a la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos. En ese sentido, no presentaría grandes novedades si se mira el derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos. Su conclusión es que hay una adecuada correspondencia entre los derechos y su tutela en la PNC.
- Jorge Correa, en cambio, ve tres cuestiones novedosas respecto de la acción de tutela: (i) el fin de la exigencia que impone la Constitución vigente en el sentido de que el acto o la omisión reclamable sea ilegal o arbitrario, (ii) que la acción de tutela proceda para proteger todos los derechos y no, como hoy, de solo algunos, y (iii) que la acción de tutela propuesta sólo sea procedente cuando la persona no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar su derecho, salvo aquellos casos en que por su urgencia y gravedad pueda provocarle un daño inminente e irreparable. Es decir, y a diferencia del recurso de protección vigente, la acción de tutela que contiene la PNC es subsidiaria.
- Además, ambos expositores discuten sobre el control difuso que se propone, la gradualidad con que deberían tutelarse los derechos económicos, sociales y culturales, y sobre el papel que los jueces deberían tener respecto de estos derechos en una democracia constitucional.

MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA CÁCERES es abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Doctora en Derecho de la Universidad de Chile.

JORGE CORREA SUTIL es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Derecho, Yale University. Ex ministro del Tribunal Constitucional.

Transcripción del seminario “Los derechos y su tutela judicial: riesgos y oportunidades”, segunda sesión del Ciclo “La última milla: seis discusiones sobre la propuesta constitucional”, celebrada el 19 de julio de 2022 en el CEP. El seminario fue moderado por Macarena Granese (CEP) y su grabación está disponible en: <https://youtu.be/ir8sTazkCDw>



PRESENTACIONES

1. Presentación de María Beatriz Arriagada

Lo primero que quisiera decir es que lo que tenemos es un texto que, como todo texto, tiene que ser interpretado. Es decir, determinar cuáles serán las normas constitucionales vigentes dependerá siempre de las prácticas interpretativas de las autoridades constituidas. En primer lugar, del legislador, que es el primer encargado de concretizar el texto. Y, en último término, cuáles serán las normas de la Constitución dependerá de los órganos con autoridad final para determinar (i) la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, es decir, la Corte Constitucional, y (ii) la constitucionalidad de las acciones de agentes estatales y particulares, es decir, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema.

¿Cómo debiera ser interpretado hoy el texto constitucional todavía no interpretado? Debiera ser interpretado, creo, a la luz de las demandas que en buena parte motivaron el acuerdo con que se inició este proceso constitucional. Teniendo en cuenta, también, la votación ampliamente mayoritaria a favor de una nueva Constitución y, por supuesto, teniendo en cuenta el constitucionalismo de los derechos y la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, que es el marco en el que se desenvuelve este proceso.

El constitucionalismo de los derechos afirma, básicamente, que el respeto de los derechos fundamentales es una condición necesaria de la legitimidad de los poderes públicos, y que su conservación y protección es el fin de la asociación política.

El constitucionalismo de los derechos afirma, básicamente, que el respeto de los derechos fundamentales es una condición necesaria de la legitimidad de los poderes públicos, y que su conservación y protección es el fin de la asociación política. Actualmente, este constitucionalismo se deja caracterizar por la combinación de dos rasgos. En primer lugar, constituciones garantizadas, esto es, protegidas en su efectividad por los jueces. Y, en segundo lugar, constituciones materiales, es decir, con un denso contenido sustantivo, formado por normas que no solamente limitan el poder, sino que también dirigen el poder hacia ciertos objetivos. Y en lo que concierne a este segundo rasgo, los derechos sociales son especialmente importantes bajo la idea de que el Estado existe en función de ciertos objetivos a perseguir, valores a realizar y necesidades a satisfacer.

A su turno, vale aclarar que la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos es un proceso de transformación al final del cual un ordenamiento jurídico resulta completamente impregnado de las normas constitucionales. Y estas normas condicionan, por lo pronto, a la legislación, que ya no puede perseguir cualquier objetivo, sino que sólo puede elegir cuáles son los medios más idóneos o eficientes para alcanzar los objetivos determinados por la Constitución. Se determina la jurisprudencia, porque los jueces tienen el poder y el deber de aplicar la Constitución. Y se determinan también las relaciones entre privados porque la Constitución ya no solamente regula la relación entre el Estado y los particulares, sino también las relaciones entre particulares.

Considerando lo anterior, me parece que tenemos el deber de interpretar el texto constitucional imaginando cómo podría funcionar bien en la materia que nos convoca hoy día.

Parto diciendo que el listado de derechos fundamentales es robusto, vanguardista y, por supuesto, algo desmesurado. Pero responde precisamente al constitucionalismo de los derechos y a la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, y lo cierto es que no tiene grandes novedades si miramos el derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos.

Los derechos sociales, tal como aparecen caracterizados en el texto, orientan el diseño y la implementación de sistemas nacionales de educación, de salud, de seguridad social, de cuidados, de suelos públicos; todos articulados en torno a una serie de principios entre los cuales destacaría el de solidaridad.¹ Porque si bien se habla de “derechos”, los de carácter social conciernen, como es sabido, a intereses colectivos. Estamos frente a un “Estado social” que entrega una mayor responsabilidad al Estado en la satisfacción de los llamados derechos sociales, en contraposición con el “Estado subsidiario”, que sólo se involucra en aquello que los privados no pueden proveer.

Los derechos sociales, tal como aparecen caracterizados en el texto, orientan el diseño y la implementación de sistemas nacionales de educación, de salud, de seguridad social, de cuidados, de suelos públicos.

No parece casualidad, entonces, que el Art. 1° de la PNC declare que “*Chile es un Estado social y democrático de derecho*”, es decir, la extensión de lo social depende del legislador. En último término, los derechos sociales tendrían que materializarse a través de la actividad administrativa, es decir, de las políticas públicas. En consistencia con lo anterior, si se aprueba el PNC habrá gradualidad en la implementación de los sistemas de protección de derechos sociales, ya que las disposiciones transitorias establecen plazos para legislar.²

¹ Art. 1°.2. Propuesta Constitución Política de la República de Chile 2022 (“PNC”): “[Chile] Se constituye como una república solidaria.” Ver también Arts. 35°.4 (educación), 44°.5 (salud), 44°.1 (seguridad social) y 50°.2 (cuidados) PNC.

² Disposiciones transitorias vigesimoséptima (seguridad social, cuidados, salud, educación y suelos públicos), trigésima (laboral) y trigésima segunda (vivienda y ciudad) PNC.

A la luz de lo dicho hasta ahora, me parece que la tutela judicial, en tanto instrumento para hacer valer un interés individual en contra de los intereses colectivos, es importante, pero conviene aclarar de qué estamos hablando. Ella no está concebida como una acción indiscriminada. Se trata de una acción cautelar, disponible para cualquiera que, por causa de una acción o una omisión, sufra una amenaza, una perturbación o una privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales; quién podrá concurrir ante un tribunal de instancia, que tramitará la acción sumariamente y con preferencia a todo otro asunto, y adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para el imperio del derecho.³ Se trata de una acción subsidiaria, porque solamente procede cuando la persona afectada no disponga de otro medio procesal para reclamar de su derecho, salvo que por su urgencia pueda provocarle un daño inminente o irreparable.⁴

Para calibrar el papel y la importancia de esta acción, propongo que imaginemos un mundo en el cual los individuos no dispusieran de ninguna acción judicial frente a, por ejemplo, situaciones tan graves como apremios físicos, privaciones de libertad o despojos de bienes. Este experimento mental, me parece, nos permitiría estar de acuerdo en que los derechos que nos protegen frente estas situaciones, como son el derecho a la integridad física, el derecho a la libertad y el derecho de propiedad y sus correspondientes obligaciones de abstención cuya violación, desde luego, es ilícita, no son otra cosa que un freno a los poderes fácticos. Y, por lo mismo, creo que estaríamos de acuerdo en que la garantía judicial de derechos como estos es un seguro contra la violencia y, en cuanto tal, un mínimo sin el cual no podríamos reconocer un Estado de Derecho. Es decir, diríamos que un derecho sin garantía judicial no es un verdadero derecho, sino un derecho en el papel.

(...) me parece que no resulta difícil imaginar que en materia de derechos sociales hay obligaciones de prestación cuya violación también debe ser considerada ilícita, porque atienden necesidades materiales tan básicas e importantes, que quienes resulten afectados debieran ser judicialmente amparados.

Pues bien, teniendo en cuenta este estándar, me parece que no resulta difícil imaginar que en materia de derechos sociales hay obligaciones de prestación cuya violación también debe ser considerada ilícita.

³ Art. 119°.1 PNC: “Toda persona que, por causa de un acto o una omisión, sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera en su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esta acción se podrá deducir mientras la vulneración persista. La acción se tramitará sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal.”

⁴ Art. 119°.2 PNC: “Esta acción cautelar será procedente cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho, salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable.”

ta, porque atienden necesidades materiales tan básicas e importantes, que quienes resulten afectados debieran ser judicialmente amparados. Probablemente, la mayoría estaría de acuerdo en que la falta de garantía judicial de tales derechos también impediría reconocer a un Estado de Derecho y, nuevamente, diríamos que un derecho sin garantía judicial no es un verdadero derecho, sino un derecho en el papel.

Una pregunta importante, entonces, es la siguiente: ¿Por qué necesidades básicas en materia de salud, educación, vivienda, entre otras, habrían de parecernos menos urgentes o menos fundamentales que necesidades básicas en materia de integridad física, libertad o propiedad? Y, por lo mismo, cuando se pregunta si hay una adecuada correspondencia entre el listado de derechos que propone el borrador y el mecanismo de tutela que se propone para ellos, la respuesta es sí. Por supuesto que la hay, en la medida en que no hay derechos excluidos. No hay derechos en el papel. Es decir, la acción de tutela de derechos fundamentales es más amplia que el recurso de protección actual porque, en línea con el derecho comparado, alcanza a los derechos sociales, tanto a aquellos que en la Constitución vigente son reconocidos, pero en el papel, como a otros nuevos derechos.

Para esto hay, en consecuencia, razones históricas, razones de derecho comparado, y hay también razones en la práctica jurisprudencial chilena. Es sabido que desde hace tiempo los derechos sociales están siendo judicializados en nuestro país mediante una tutela indirecta o disfrazada. Fundamentalmente se utiliza el derecho de propiedad, la igualdad ante la ley y el derecho a la vida. Y conocemos de sobra los casos en materia de educación, los casos de Isapres, los casos de medicamentos de alto costo cuando está en riesgo la vida, o el caso de acceso al agua que también es bien notable.

Es sabido que desde hace tiempo los derechos sociales están siendo judicializados en nuestro país mediante una tutela indirecta o disfrazada.

Por lo tanto, cuando preguntamos si este mecanismo de tutela es compatible con el principio de responsabilidad fiscal que consagra el borrador⁵, habría que responder, en primer lugar, que el principio de responsabilidad fiscal existe hoy a través de la Ley de Presupuesto, a través de las atribuciones del Banco Central y una serie de otras instituciones. Y es un hecho que el presupuesto fiscal está hoy siendo afectado por los fallos de la Tercera Sala de la Corte Suprema en acciones de protección, acción constitucional que no está prevista para amparar derechos sociales. Este es un problema que tenemos

⁵ Art. 183° PNC: “1. Las finanzas públicas se conducirán conforme a los principios de sostenibilidad y responsabilidad fiscal, los que guiarán el actuar del Estado en todas sus instituciones y en todos sus niveles. 2. El Estado usará sus recursos de forma razonable, óptima, eficaz y eficiente, en beneficio de las personas y en función de los objetivos que la Constitución y las leyes les impongan. 3. Sin perjuicio de los distintos tipos de responsabilidad a que pueda dar lugar el incumplimiento de las obligaciones en materia financiera, la ley deberá establecer mecanismos para un resarcimiento efectivo del patrimonio público.”

hoy y que no se produce entonces por el reconocimiento constitucional de una acción de tutela de derechos sociales, ni porque la propuesta de Constitución incorpore expresamente el principio de responsabilidad fiscal que, como indico, siempre ha existido.

La solución del problema que tenemos depende, en mi opinión, al menos de lo siguiente. Primero, de que entendamos el muy importante, pero específico papel que juega una acción judicial de tutela en el marco de un modelo que encomienda al legislador el diseño y la implementación de sistemas de protección de derechos sociales. Es decir, depende de cómo se diseñe e implemente este modelo y de que, en consistencia con lo anterior, la acción de tutela de derechos fundamentales sea entendida efectivamente como una acción de carácter cautelar y subsidiario.

En segundo lugar, depende de cómo el legislador regule lo que los jueces pueden hacer al acoger una acción de tutela y cuáles van a ser los efectos de la sentencia que se dicte. Aquí las posibilidades en derecho comparado son muy amplias. Se puede ordenar que ciertos organismos del Estado se coordinen, se puede ordenar directamente la entrega de bienes o servicios, se puede ordenar que el legislador dicte una ley, se podría ordenar que el Presidente dictará un decreto supremo, etcétera.

En tercer lugar, el éxito o la solución de este problema depende de la cultura judicial, es decir, de cómo los jueces entienden su trabajo. Esto me permite pasar a la siguiente pregunta: ¿Es conveniente que la tutela de los derechos fundamentales se radique en la judicatura ordinaria?

¿Por qué entregar la competencia a los tribunales de instancia? La primera razón obvia es de acceso a la justicia. Es lo que se ha denominado la “proximidad del tribunal”.

¿Por qué entregar la competencia a los tribunales de instancia? La primera razón obvia es de acceso a la justicia. Es lo que se ha denominado la “proximidad del tribunal”. Se trata de que exista un mecanismo a disposición de cualquiera que sufra la afectación de sus derechos fundamentales, es decir, que la persona afectada pueda acceder de manera sencilla y rápida al tribunal más cercano posible. Esto es lo habitual en el derecho comparado.

En segundo lugar, me parece que la PNC intenta normalizar la tutela de los derechos fundamentales. Es decir, no es necesario que esto sea visto por la Corte de Apelaciones y dejando claro, además, que se trata de una acción cautelar cuya respuesta es provisional, al punto que obliga al juez a señalar el procedimiento judicial que permita resolver el fondo del asunto.⁶ Como consecuencia, en el borrador de Constitución queda claro que no se trata de una acción en la que se resuelvan cuestiones de fondo sin debido proceso, como ocurre actualmente con el recurso de protección. Por lo tanto, las cuestio-

⁶ Art. 119°.3 PNC: “Al acoger o rechazar la acción, se deberá señalar el procedimiento judicial que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto.”

nes de fondo deberán ser resueltas por los tribunales que tienen conocimiento de la materia en juicios declarativos y de lato conocimiento.

Contra esta propuesta se ha argumentado, por ejemplo, que la conocida sobrecarga de los tribunales amenazaría la solución rápida y oportuna de la eventual vulneración de derechos fundamentales; además de que otras materias entregadas al conocimiento de estos tribunales de instancia quedarían postergadas, excediendo los plazos de estos procesos que ya son largos.

El argumento me parece deficiente. En primer lugar, porque el funcionamiento de la acción cautelar es algo que el texto constitucional deja abierto, por lo que, como dije antes, depende del legislador. Este tendrá que regular el procedimiento para que la tramitación de esta acción cautelar y subsidiaria sea ágil y expedita. La propuesta, desde luego, también contempla una serie de cosas, entre ellas, la creación de los tribunales administrativos⁷, y podemos pensar, buenamente, que se van a fortalecer los tribunales de instancia.⁸ Desde luego, lo que ocurre en el tiempo intermedio entre la entrada en vigencia de la Constitución y la promulgación de la ley de procedimiento para esta acción de tutela está previsto en las disposiciones transitorias.⁹ Si hay interés, luego lo podemos ver.

El argumento me parece deficiente, en segundo lugar, por la simple razón de que las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, actualmente competentes para conocer y fallar los recursos de protección, están extremadamente sobrecargadas, al punto que la Corte Suprema —que actualmente conoce de los recursos de protección en segunda instancia— tuvo que modificar el auto acordado sobre su tramitación y fallo, eliminando los alegatos de los abogados en segunda instancia. Es decir, tuvo que afectar el debido proceso por razones de sobrecarga. Por otra parte, si vamos a considerar la sobrecarga, también habría que considerar cómo la sobrecarga de los tribunales superiores de justicia afecta o hace demorar los procesos y asuntos de extrema importancia sobre los cuales ellos tienen competencia.

Lo que, en cambio, propone la PNC, que creo debe ser destacado, es que las Cortes de Apelaciones conozcan de las acciones de tutela, pero en segunda instancia. Como consecuencia de lo cual la Corte de Apelaciones no solamente recibirá algo más filtrado, algo más nítido (...)

Lo que, en cambio, propone la PNC, que creo debe ser destacado, es que las Cortes de Apelaciones conozcan de las acciones de tutela, pero en segunda instancia. Como consecuencia de lo cual la Corte de Apelaciones no solamente recibirá algo más filtrado, algo más nítido, (ojo que reciben cosas insó-

⁷ Art. 332° y Disposición transitoria cuadragésima cuarta PNC.

⁸ Art. 331° PNC.

⁹ Disposiciones transitorias cuadragésima segunda y cuadragésima tercera PNC.

litas), sino que también tendrán más tiempo para pensarlo y, entonces, para fijar doctrina. Teniendo siempre en consideración que esa doctrina puede ser revisada por la Corte Suprema, dado que la PNC contempla la posibilidad de que el afectado apele de la sentencia del tribunal de primera instancia directamente a la Corte Suprema, si respecto de la materia de derecho objeto de la acción, existen interpretaciones contradictorias sostenidas por dos o más sentencias firmes de Cortes de Apelaciones.¹⁰ Tenemos entonces un “baile de a tres”, un sistema que me parece bien pensado y que yo vería como una oportunidad.

Otra cosa que se ha argumentado en contra de la regulación o la propuesta de regulación de la acción de tutela es que sustraer el conocimiento de la acción cautelar de la competencia de las Cortes de Apelaciones provocaría una mayor dispersión jurisprudencial, teniendo en consideración que las Cortes de Apelaciones —encargadas por mucho tiempo de conocer de esta clase de materias, a través del recurso protección— habrían acumulado una importante experiencia que se habría traducido en una auténtica dogmática de derechos fundamentales, y que habría sido favorecida por el carácter colegiado de las Cortes de Apelaciones.

Esto también es algo que podemos debatir, pero, en mi opinión, que exista esta dogmática de alta calidad es más que discutible. Y el argumento de la dispersión también me lo parece porque todo es disperso. Los jueces de instancia y los diferentes jueces del país fallan dispersamente y, por lo mismo, es que es particularmente importante quitarles presión a los tribunales superiores de justicia para que tengan más tiempo. Es decir, que las Cortes de Apelaciones conozcan de estas acciones en segunda instancia teniendo más tiempo para afinar su doctrina y la Tercera Sala de la Corte Suprema se ocuparía de la unificación de criterios.

Lo que se observa, entonces, en este tipo de crítica es una desconfianza hacia los jueces de primera instancia, y la verdad es que a mí me cuesta entender por qué. Como decía antes, la tutela de derechos fundamentales radicada en jueces de primera instancia es normal en el derecho comparado.

Lo que se observa, entonces, en este tipo de crítica es una desconfianza hacia los jueces de primera instancia, y la verdad es que a mí me cuesta entender por qué. Como decía antes, la tutela de derechos fundamentales radicada en jueces de primera instancia es normal en el derecho comparado.

¹⁰ Art. 119°.6 PNC: “La apelación en contra de la sentencia definitiva será conocida por la corte de apelaciones respectiva. Excepcionalmente, este recurso será conocido por la Corte Suprema si respecto a la materia de derecho objeto de la acción existen interpretaciones contradictorias sostenidas en dos o más sentencias firmes emanadas de cortes de apelaciones. De estimarse en el examen de admisibilidad que no existe tal contradicción, se ordenará que sea remitido junto con sus antecedentes a la corte de apelaciones correspondiente para que, si lo estima admisible, lo conozca y resuelva.”

Tenemos también buenas razones para creer que nuestros jueces estarán a la altura del desafío que significa proteger los derechos fundamentales a través de esta acción. Desde el año 1995 en adelante es un requisito para acceder al cargo de juez de letras haber aprobado el programa de formación que los prepara, entre otras materias desde luego, en asignaturas de derechos fundamentales.¹¹ Y, además, tenemos experiencias exitosas de tribunales de instancia resolviendo cuestiones de derechos fundamentales, como es el caso de la tutela de derechos fundamentales en materia laboral y las acciones de no discriminación en la ley Zamudio.

Como la dogmática de derechos fundamentales no es buena, se necesita justamente que los jueces jóvenes propongan soluciones creativas y que los tribunales superiores de justicia tengan tiempo para analizarlas.

¹¹ Art. 12° Ley N° 19.346 crea Academia Judicial (publicada en el Diario Oficial el 18 de noviembre 1994).

2. Presentación de Jorge Correa

La conversación y el debate público se han centrado, fundamentalmente, en el cambio de sede entre el recurso de protección y el de tutela de los derechos fundamentales. Y esto ha suscitado tres reacciones: dos críticas y una alabanza.

La primera crítica es que se va a perder la jurisprudencia. Por las razones que expondré, me parece que la jurisprudencia del recurso de protección se va a perder de todas maneras, cualquiera sea la sede. A diferencia de Beatriz, creo que hay jurisprudencia y que es bastante valiosa. Se va a perder porque cambiaron las reglas muy significativamente y, por tanto, la jurisprudencia que se acumuló sobre la procedencia del recurso de protección, sobre cuándo se debía acoger y cuando no, no sirve para la acción de tutela, porque es otro mecanismo judicial, con otras reglas de procedencia. Es como haber dicho que se iba a perder la jurisprudencia del Código de Procedimiento Penal si se hacía la reforma procesal penal en la década de los noventa. Necesariamente se va a perder porque las reglas cambian muy significativamente.

La conversación y el debate público se han centrado, fundamentalmente, en el cambio de sede entre el recurso de protección y el de tutela de los derechos fundamentales.

Segunda crítica: se va a hacer más lento, dicen algunos. Yo no lo sé. No tengo estadísticas conmigo ni nadie puede saber cuánto se va a demorar la acción en los tribunales de instancia. Yo llevo recursos de protección y los últimos se han demorado entre ocho y nueve meses en fallarse en primera instancia. ¿Se van a demorar más o menos en tribunales de primera instancia? No lo sé.

Ahora la alabanza. Ya la señalaba Beatriz: ahora va a haber mayor acceso a la justicia al haberse trasladado la sede desde las Cortes a los tribunales. Yo creo que esto es falso. Se accede a la justicia hoy día por internet. Todos los abogados lo saben y, por tanto, no tienen que trasladarse a la capital de la región donde está la sede de la Corte de Apelaciones para llevar el asunto. Pienso que no va a variar el acceso a la justicia porque usted radique el recurso en primera instancia. Tampoco se va a deteriorar. Simplemente no va a variar.

Para resumir, estos cambios traen una incerteza respecto de cómo van a fallar los jueces de primera instancia, pero ninguna de las tres cosas que acabo de señalar me parecen cambios relevantes.

En cambio, sí pienso que se van a producir otros tres cambios, distintos a los indicados, que van a ser muy significativos.

Primero, el fin de la exigencia de que el acto o la omisión sea ilegal o arbitrario. Hasta aquí el recurso de protección procede sí y solo sí el acto que priva, perturba o amenaza el ejercicio del derecho fundamental está precedido o causado, más bien, por un acto u omisión ilegal o arbitraria.¹² Esto ha significado que el recurso de protección se ha transformado en un equivalente funcional de un control de legalidad. Usted va a encontrar muy poca jurisprudencia constitucional propiamente tal en los recursos de protección. Lo que hay típicamente es una revisión de si el acto se somete o no a la legalidad. Si el acto lo ha cometido la administración pública, estamos en un contencioso administrativo, muy rápido y desformalizado. ¿Es esto bueno o malo? No sé, pero esa es la función que ha cumplido hasta ahora el recurso de protección. Y, típicamente también, se entabla en contra de personas que tienen autoridad o de ciertas empresas que ejercen alguna forma de poder sobre sus clientes, como, por ejemplo, las Isapres. En estos casos se alega que han tenido para con el requirente un trato ilegal o arbitrario que vulnera este derecho o ese otro.

Lo anterior ahora se acaba. De aquí en más, a la acción le basta para proceder que exista un acto u omisión que prive, perturbe o amenaza el ejercicio de un derecho. Pienso que el cambio nos hará perder un riquísimo instrumento de control de legalidad de los actos de la administración y de los actos de los privados que ejercen poder. Esa cuestión se termina. Podría disminuir esta pérdida si se crean los tribunales contenciosos administrativos, pero estamos desde el año 1925 a la espera de la creación de dichos tribunales y ahora la PNC dice, una vez más, que deben crearse. ¿Ocurrirá luego de 100 años de mandato constitucional incumplido? Cada uno se hará las ilusiones del caso respecto a si se van a crear o no, pero aquí hay un cambio muy, muy importante, creo yo, en cuanto a la función que ha cumplido hasta aquí el recurso de protección. Eso no lo vamos a ver más.

Los tribunales corrieron el cerco durante la dictadura. Lo corrieron, básicamente, con el derecho a la educación.

Segundo cambio fundamental: la acción de tutela procede para proteger todos los derechos. Lo subrayaba Beatriz y a mí me parece un cambio central. Hasta aquí ha procedido básicamente para las libertades y para los derechos económicos-sociales, cuando se priva la libertad de elegir y cosas así, pero no para satisfacer la necesidad del derecho económico-social. Los tribunales corrieron el cerco durante la dictadura. Lo corrieron, básicamente, con el derecho a la educación. Los estudiantes eran expulsados de las universidades por motivos políticos y la Corte acogía los recursos estimando que el expulsado tenía una especie de propiedad sobre su derecho a la educación o sobre el título, o sobre el “casi título” porque le quedaba muy poco para terminar de estudiar. Así acogían los recursos de protección.

¹² Art. 20° inciso primero de la Constitución: “El que por causa de *actos u omisiones arbitrarios o ilegales* sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números (...)”.

La idea que exista una especie de propiedad sobre todos los derechos tuvo un frenazo muy fuerte, yo diría, por ahí por mediados de los años 1990. Lo que queda, fundamentalmente, es esto que Beatriz llamaba el activismo judicial, en que la Tercera Sala concede derecho a ciertas prestaciones médicas, remedios o ciertos tratamientos, sosteniendo que no se trata del derecho a la salud, sino del derecho a la vida. Pero el fenómeno es bien constreñido, ha creado mucha crítica y el Observatorio Judicial se escandaliza con estas cosas.¹³ Pero es bien limitado, pues para que la Corte acoja tiene que estar en riesgo la vida del sujeto. Hasta aquí tenemos muy poca jurisprudencia que ha pasado los límites de los derechos individuales a los derechos sociales.

¿Qué va a pasar ahora? Ahora se aplica a todos los derechos. Yo quiero tomar uno en particular: el derecho a la vivienda. El Art. 51° establece: “Toda persona tiene derecho a una vivienda digna y adecuada que permita el libre desarrollo de una vida personal, familiar y comunitaria.” ¿Quién tiene acción para reclamar esto? Cualquier persona, basta un acto u omisión, no se requiere que sea arbitrario o ilegal, o sea, no es que al sujeto lo dejaron fuera de la lista de la próxima asignación de viviendas, sino que basta que el Estado haya omitido entregarle una vivienda digna y adecuada.

Hasta aquí tenemos muy poca jurisprudencia que ha pasado los límites de los derechos individuales a los derechos sociales.

Algunos podrían decir que hay otra disposición que establece que el Estado tiene que cumplir con los derechos sociales y que estos son progresivos.¹⁴ Si esa fuera una razón válida para rechazar el recurso, querría decir que éste es un derecho de papel, una aspiración, pero no propiamente un derecho. Si es un derecho con tutela lo único que el tribunal podría hacer es asignarle la vivienda. Y si se la asigna estamos en problemas bien serios. Primero, porque las asignaciones de vivienda ya no van a preferir por razones universales y discutidas en el Congreso. Van a preferir por orden de llegada a los tribunales de justicia o porque le tocó la suerte de un juzgado o una sala de Corte de Apelaciones rápidos, mientras otro quedará empantanado por habersele sorteado tribunales lentos. La entrega de viviendas pasaría a ser aleatoria y, ciertamente, se va a crear, como se creó en los casos de las Isapre, una industria de abogados para ir a reclamar este derecho, a cambio de alguna forma de compensación una vez que se obtenga la vivienda.

¹³ N. del E.: Observatorio Judicial (2020) “Corte Suprema versus Ricarte Soto 2.0— Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo año 2019, Informe N° 26, disponible en <https://observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2020/06/Informe-N%C2%B026-Corte-Suprema-vs-Ricarte-Soto-2.pdf>

¹⁴ Art. 20° PNC: “1. El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para lograr de manera progresiva la plena satisfacción de los derechos fundamentales. Ninguna de ellas podrá tener un carácter regresivo que disminuya, menoscabe o impida injustificadamente su ejercicio. 2. El financiamiento de las prestaciones estatales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales propenderá a la progresividad.”

El segundo problema es fiscal, de manejo fiscal, pero, sobre todo, y esto es lo que yo quiero subrayar, tendríamos un problema democrático. Yo aquí quiero discrepar de Beatriz. Si a alguien lo detienen y la persona recurre de amparo, y logra evitar la detención ilegal porque recurrió de amparo, la democracia se refuerza. Si una persona obtiene su casa reclamando ante los tribunales, la democracia se debilita. Me parece que la asignación de los recursos escasos en un país (y siempre van a ser escasos) corresponde a los poderes elegidos. Y corresponde que lo hagan conforme a algunos criterios universales, de los cuales responden políticamente ante la ciudadanía. Los jueces no están en condiciones institucionales de producir nada de eso. Resuelven los casos de a uno, por tanto, no pueden hacer una política nacional. Y claro, podrían decir “cámbienme la política nacional”, pero entonces los poderes elegidos ya no podrían formular la política, en este caso de vivienda, conforme a un programa que sometieron al voto popular y por el cual fueron elegidos.

En conclusión, si el derecho no es de papel, no es una pura aspiración, debemos hacer una pérdida no menor para la democracia. Y si el derecho es de papel, yo me pregunto ¿para qué pusieron el derecho?

En conclusión, si el derecho no es de papel, no es una pura aspiración, debemos hacer una pérdida no menor para la democracia. Y si el derecho es de papel, yo me pregunto ¿para qué pusieron el derecho? Bueno, para que la PNC quedara más atractiva, para que más gente votara apruebo, no tengo idea, no quiero suponer intenciones. Pero me parece que no cumple ninguna función jurídica si no tiene la protección. Y si tiene la protección, estamos debilitando la democracia. Esa es mi percepción.

Tercer cambio y con esto termino: la acción de tutela sólo será procedente, también lo señalaba Beatriz, cuando la persona no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar su derecho, salvo aquellos casos en que por su urgencia y gravedad pueda provocarle un daño inminente e irreparable. Hasta aquí, el recurso de protección procede sin perjuicio de otras acciones.¹⁵ De aquí en más, la acción de tutela procederá sólo si la persona no tiene otra acción, recurso o medio procesal para reclamar su derecho, salvo en aquellos casos en que, por su urgencia o gravedad, pueda provocarle un daño inminente e irreparable. No depende de la seriedad de la presentación, depende de la inminencia e irreparabilidad del daño.

¹⁵ Art. 20° inciso primero de la Constitución: “(...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, *sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes*”.

Me cuesta pensar en una privación de un derecho fundamental que no tenga otra acción. Me cuesta mucho. Salvo en un caso: los derechos económicos y sociales. ¿Por qué? Porque no tienen una regulación legal robusta. ¿La va a tener? Probablemente la van a tener, pero no hay acciones para reclamar viviendas. En cambio, sí hay muchas acciones para reclamar perturbaciones a la propiedad y otros derechos. Entonces deberían quedar sin tutela todos los derechos, salvo los económicos-sociales. Pura pérdida para la vigencia de los derechos fundamentales, pura pérdida para la democracia.

Me cuesta pensar en una privación de un derecho fundamental que no tenga otra acción. Me cuesta mucho. Salvo en un caso: los derechos económicos y sociales.

La clave para que se contraiga o expanda esta acción estará en la forma en que los jueces interpreten las expresiones “salvo aquellos casos en que por su urgencia y gravedad pueda provocar un daño inminente e irreparable”. Ojo que se requieren ambos requisitos: inminente e irreparable. Hay muchos daños inminentes, pero hay pocos daños irreparables. Si los jueces se toman muy en serio el concepto de irreparable, yo creo que debieran rechazar casi todas las acciones de tutela, salvo que el sujeto esté a punto de morir. Luego, si no me equivoco en mi análisis, una interpretación ajustada a derecho debería llevarnos a que esta acción será muy invocada, pero muy pocas veces acogida, salvo en el caso de los derechos económicos-sociales.

Yo creo que las noticias son malas. Todo un cambio en nuestro Estado de Derecho, todo un cambio en nuestra democracia.



DIÁLOGO

Pregunta

¿Qué piensan del hecho de que la función cautelar se haya mantenido en la judicatura ordinaria y no en el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, como se debería decir ahora?

María Beatriz Arriagada

Pensemos que en un momento estuvo dentro del ideario quitar completamente el Tribunal Constitucional, que era la institución peor evaluada. También en algún momento hubo un planteamiento en torno a que la Corte Constitucional pudiese determinar la correcta interpretación de los derechos fundamentales conociendo por vía de apelación. Esto es algo que yo recuerdo que pasó.

La verdad es que yo no veo razones para entregar la competencia para conocer de la acción de tutela a la Corte Constitucional. Me parece, como dije antes, que el sistema que se está proponiendo, que es un sistema donde conversan los tribunales de instancia con las Cortes de Apelaciones, y eventualmente con la Corte Suprema, funciona bien, va de la mano con la desconcentración, con la idea de ampliar la competencia, normalizar la tutela de los derechos fundamentales y dejar de pensar que necesitamos que haya un juez especializado en esta materia, lo que está de la mano con el derecho comparado. Además, como dije antes, el argumento de la sobrecarga no me parece nunca un buen argumento, porque todo tribunal podría estar sobrecargado. Dicho sea de paso, el Tribunal Constitucional también está sobrecargado.

Hay una cosa, sí, que creo que tiene que ver con esta pregunta y que cruza con la cuestión de la eliminación del requisito de ilegalidad que enfatizaba el profesor Correa. Yo creo que este es el punto interesante porque el que se elimine el requisito de arbitrariedad la verdad es que da lo mismo. Todos sabemos que cualquier recurso o acción procesal tiene que estar fundamentada. No puedo ir a un tribunal sin fundamento. Ahora, que se quite la ilegalidad es algo interesante, porque se evita una trampa que antes se hacía. Para interponer la acción de inaplicabilidad era necesario tener una gestión pendiente. Entonces, cuando en el contexto de un recurso de protección no había un acto propiamente ilegal, pero sí vulneratorio de los derechos fundamentales a juicio del afectado, se dirigía al Tribunal Constitucional. Esto dependía de la parte (en la PNC esto ya no depende de la parte, porque será el tribunal el que decide someter la cuestión de constitucionalidad a la Corte Constitucional).¹⁶ Luego,

¹⁶ Art. 381°.1 letra a) PNC.

entonces, la sentencia del Tribunal Constitucional que declaraba inaplicable un precepto constitucional podía tener incluso efecto retroactivo. Y el funcionario administrativo decía, “bueno, pero cuando yo apliqué esta ley, ésta era aplicable y ahora no es aplicable”. Entonces, con la eliminación del requisito de ilegalidad se elimina esta trampa y, por supuesto, se pavimenta el camino.

A mí no me parece una buena idea que la acción cautelar esté en la Corte Constitucional, salvo que tuviésemos un sistema no híbrido, porque tenemos una mezcla de control difuso y control concentrado. Si tuviéramos un sistema no híbrido como en Alemania o en España, donde el Tribunal Constitucional o la Corte Constitucional forman parte del sistema de justicia, entonces sí que podría tener sentido. De hecho, en España generalmente cuando se recurre de tutela es en contra de una resolución judicial y el derecho más invocado es el del debido proceso. Entonces, es un sistema completamente diferente. Me parece que en Chile tenemos un híbrido. De hecho, en mi opinión, aquí no se hizo suficiente. Es decir, la inaplicabilidad en la Corte Constitucional no debiera mantenerse. Creo que el único juez que puede determinar cuándo una norma produce efectos contrarios a la Constitución es el juez que está conociendo el caso. El Tribunal Constitucional decide en abstracto y, por lo tanto, no debiera seguir haciéndolo, salvo, insisto, que estuviera integrado en el sistema de justicia, dentro del Poder Judicial.

Jorge Correa

Bueno, yo creo que nunca ha estado en un Tribunal Constitucional la función cautelar. En el Tribunal Constitucional está la inaplicabilidad de los preceptos legales que son contrarios a la Constitución, pero la tutela de los derechos ha estado siempre en la justicia ordinaria. Yo creo que el Tribunal Constitucional (o la Corte Constitucional mañana) no sería capaz, por el número de sus integrantes. Tendría que sufrir cambios muy significativos para hacerse cargo de las acciones de tutela.

Pregunta

Respecto a lo que señalaba Jorge Correa en su presentación, sobre este problema democrático de que los derechos económicos y sociales fueran tutelados por los tribunales de justicia, ¿cómo lo ves tú Beatriz? ¿Ves un problema en eso o no?

María Beatriz Arriagada

Tengo varias cosas que decir sobre esto. De partida creo que el dilema, como lo está planteando el profesor Correa, es un falso dilema. Además, está jugando con lo actual y con lo nuevo. Tenemos un borrador. Tenemos un texto que todavía no sabemos cómo va a funcionar. Esta es la verdad. Yo creo que tenemos que pensar que puede funcionar bien, y creo que tenemos que pensar cómo podría funcionar bien. Mi mirada no es hacia el pasado. Pero en todo caso, si queremos mirar hacia el pasado, a mí no me parece que sea bueno que tengamos un contencioso administrativo sin debido proceso, que es lo que ha sido el recurso de protección hasta ahora.

Yo entiendo el cariño que se le tiene al recurso de protección. Entiendo que jugó un rol importante. Muchos entienden que es la herramienta mediante la cual podemos defendernos de la administración del Estado, pero esto no tiene por qué seguir siendo así. Hay otras maneras. Además de que, a medida que el control de la administración del Estado se fue asentando, fue quedando en evidencia que esta acción era inidónea para lograr este objetivo. Me parece que esto es claro. Entonces no estoy de acuerdo con que se diga que estamos perdiendo algo.

El dilema que se plantea es “o son derechos verdaderos, en cuyo caso peligra la democracia, o son derechos en el papel, en cuyo caso no estamos haciendo nada”. No estoy de acuerdo porque, como expliqué antes, hay diferentes maneras de entender los derechos y, además, hay diferentes maneras de tutelar los derechos.

La acción cautelar no es la única manera en que se protegen los derechos. Por primera vez en Chile vamos a tener un sistema de protección de derechos bastante coordinado. Entonces, la acción cautelar, como trataba de insistir, tiene una función cautelar y tiene una función subsidiaria. Me parece que así hay que interpretarla y no ver en esto el terror del presupuesto fiscal porque los jueces le van a entregar cosas a la gente y van a ser entonces los dueños de la política pública. Estamos en Chile, donde los jueces no tienen esta cultura. Y en todo caso, yo creo que el problema, como decía, lo tenemos hoy. Ahora, la tutela judicial no es la única alternativa. Tenemos también otros mecanismos de tutela de derechos. En consecuencia, yo no veo cómo podemos pensar que los jueces, a propósito de esto, van a empezar a hacer la política pública del país. Me parece realmente que esto es algo que no va a pasar. Yo no veo por dónde podrá ocurrir en Chile algo así, no lo veo posible.

Y además tenemos muchos ejemplos del derecho comparado. Aunque en esto no soy experta, entiendo que en el derecho comparado hay experiencias que demuestran que la gente solamente recurre de tutela judicial cuando el Estado es negligente. Y estamos hablando de cuestiones realmente importantes. No se trata de que yo me quiero cambiar de barrio porque en cierto barrio me desarrollaría mejor familiar y comunitariamente. No se trata de esto. Yo no creo, de ninguna manera, que esto se traduzca en entregar una propiedad a la gente y que esto signifique hablar de un verdadero derecho. La cuestión es gradual, las necesidades son graduales. No creo que cuando hablamos de un derecho fundamental tutelado judicialmente mediante una acción de esta naturaleza estemos hablando de entregar a las personas la propiedad de una casa o de una vivienda.

Es cosa de mirar el derecho comparado. En Argentina, por ejemplo, cualquier juez puede atender una cuestión de derechos fundamentales en materia de vivienda y lo que hacen los jueces en Argentina, por ejemplo, es pedirle a la municipalidad o al organismo que corresponda que exhiba cuáles son los terrenos que tiene para poder alojar a las personas que se encuentran en situación de emergencia, que no tienen donde vivir, que están en peligro, etcétera. Y, en caso de que no haya forma de localizar a estas personas, han ordenado que se les entregue una cantidad de dinero mientras no haya donde ubicarlas. No se trata de darle una propiedad a las personas. Creo que el dilema está mal planteado. Yo no lo vería de este modo.

Los derechos sociales, como dije, están orientados al legislador y a las políticas públicas. Creo que se trata de mirar los derechos en un sentido diferente, como concernientes a intereses colectivos, referidos a cosas que nos importan a todos y que queremos que Chile se transforme en un Estado Social y hacer un giro social. Esto es lo que mucha gente ha estado esperando y es en buena parte lo que motivó el Acuerdo Constitucional.

No me parece que de ello se siga entonces que, a través de la tutela judicial, que es una acción que —ha quedado muy claro— es acotada, es subsidiaria, no es funcional de un contencioso administrativo, se vaya a producir lo que se ha dicho. Y por supuesto que va a ser todo gradual, por lo que no me parece que tengamos que tener este miedo, sinceramente. Y lo digo porque a mí me ha sorprendido gratamente el borrador. Creo que está mejor pensado de lo que yo hubiera imaginado que estaba pensado, así que estoy muy contenta por eso.

Pregunta

Quería preguntarles a ambos expositores sobre el híbrido que tenemos en Chile respecto a la tutela de la supremacía constitucional. En el fondo tenemos un control difuso, no concentrado. ¿Creen que era la oportunidad para establecer una justicia constitucional concentrada? No pensando en una corte de jueces, sino que en una Corte Constitucional con varias salas, que pudiera concentrar el control constitucional y no esta cosa que vamos a tener con la Corte Constitucional, por un lado, viendo la inaplicabilidad, y, por el otro, a la Corte Suprema.

María Beatriz Arriagada

Para explicar a qué me refería con el sistema híbrido sugiero recordar que la acción de tutela también es un control de constitucionalidad, pero no es un control de normas infraconstitucionales, sino de acciones, generalmente fácticas, de los agentes del Estado y también de los particulares. Aquí tenemos, entonces, un control difuso que tiene más bien una lógica como la del sistema de EE.UU. Pero, si aplicamos esa lógica, tendríamos que hacerlo completamente, y ésta no es la lógica de la inaplicabilidad, donde la Corte Constitucional haría un control concentrado.

Además, en mi opinión, la acción de inaplicabilidad nunca ha tenido mucho sentido ni tampoco ningún impacto. Me parece más bien que es una acción que sirve fines dilatorios y lucrativos. Lo que hacían los abogados o lo que hacen bajo la Constitución vigente en representación de las partes es, básicamente, pedirle al Tribunal Constitucional que declare inaplicable un precepto legal. Eventualmente, el Tribunal Constitucional declara la inaplicabilidad de dicho precepto por considerar que produce efectos contrarios a la Constitución, pero luego el tribunal que estaba conociendo de la gestión dice “bueno, pero yo nunca había querido aplicar en realidad esta disposición”. Perdimos una gran cantidad de tiempo y cobramos una buena cantidad de dinero al representado por el alegato ante el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, la idea de que el Tribunal Constitucional se puede imaginar todos los casos posibles, es decir, todas las interpretaciones posibles de una disposición de manera tal que entonces podamos proceder a expulsarla del ordenamiento jurídico (por vía de inconstitucionalidad) me parece absurda. Creo que solamente puede conocer cuáles son los efectos que produce una disposición aplicada a un caso el tribunal que conoce dicho caso. Y en este sentido creo que la oportunidad era para que la inaplicabilidad hubiese sido eliminada como control concentrado.

De todas maneras, me parece que quedó mejor que antes. Porque está pensada más bien como una “cuestión de competencia”, aunque afecte a las partes. Es el tribunal que conoce de la gestión o juicio quien le pide a la Corte Constitucional que se pronuncie sobre la eventual inaplicabilidad de un precepto que será decisivo en el fallo que se dictará. Entonces, con esto evitamos la pérdida de tiempo.

La combinación de estas dos cosas no es lo mejor. No creo que se vaya a producir lo que se llama “choque de trenes” porque creo que en Chile jamás ha habido choque de trenes, porque la última palabra siempre la ha tenido la Corte Suprema. Pero sí podríamos pensar en un recurso de protección contra una resolución del Tribunal Constitucional o en una acción de tutela contra una resolución de la Corte Constitucional, entendiendo que no forman parte del sistema de justicia. Esta es otra razón por la que creo que hay que elegir entre un esquema de control difuso o uno de control concentrado. Yo habría pensado en esa dirección.

Jorge Correa

Yo sé que a los abogados y, particularmente, los académicos, nos pone muy nerviosos esto. Y el modelo ha sido difuso y quisiéramos que estuviera concentrado en un lugar. Yo creo que, desde una mirada más práctica, y desde la historia de lo que hemos vivido, el sistema no es malo. Además, para producir concentración, habría primero que poner todos los huevos en un solo canasto, y escoger si ese canasto es el Tribunal Constitucional. Y si llevas todas las acciones de tutela al Tribunal Constitucional, lo desbordas, deja de ser un tribunal de jerarquía, pasa a ser un tribunal ordinario. Tienes que aumentar mucho sus miembros. Y hasta aquí, por lo menos, no siento que, respecto del recurso de protección —que no era mucho lo constitucional, sino que más bien era un colchón de legalidad—, haya sido necesario concentrar. Con la tutela que se propone la jurisprudencia y el debate se va a centrar en qué es lo que es inminente e irreparable. Pienso que ahí va a estar el grueso del asunto.

Ahora bien, la otra posibilidad es llevar todo a la justicia ordinaria y decir, “usted, Corte Suprema, va a conocer el recurso de inaplicabilidad”. Bueno, así fue en la historia de Chile y no había recurso de inaplicabilidad. A la Corte Suprema no le gustaba, los dejaba hasta que la cosa llegara a través de la casación. Fue un desastre. La única jurisprudencia que yo conozco —puede haber habido un poco más, estoy exagerando— fue fundamentalmente en relación con el Decreto Ley 2.095 de 1979, ese

que permite hacerse de la propiedad al margen de la tradición.¹⁷ Había pobrísima jurisprudencia, al final nadie lo invocaba.

Yo creo que el Tribunal Constitucional, a diferencia de lo que señala Beatriz, ha hecho una labor de creación de jurisprudencia respecto de la inaplicabilidad muy rica. Es cierto que muchas veces se ocupa esta vía para dilatar los procesos de la instancia, porque se suspenden. Pero la suspensión no siempre se admite, pues debe tener fundamento plausible. Pero yo creo que en el resto tenemos un tribunal, y fundamentalmente un tribunal de inaplicabilidad, que ha realizado una labor de corrección del sistema, de la legalidad, de la constitucionalidad de las leyes, muy, muy valiosa, desde muchos puntos de vista. No tengo tiempo de explicarlos ahora, pero a mí me parece muy valiosa.

Y si no fuera esa la solución, trasladado el mecanismo a la judicatura ordinaria tendría que conocerlo necesariamente la Corte Suprema. No se puede llevar a los tribunales de instancia, creo yo, porque es una decisión muy delicada, es una decisión antidemócrata, es una decisión que le dice al legislador democrático: mire, lo que usted dictó va a producir efectos contrarios a la Constitución. Esto es muy grave democráticamente. Entonces, me parece que habría que radicar este control en la Corte Suprema. Y esta Corte está muy recargada. Ya tenemos un Tribunal Constitucional que ha desarrollado una práctica y que, más allá de algunos periodos terribles, lo ha hecho bien fallando estos recursos de inaplicabilidad.

Pregunta

Yo quería preguntarles a ambos la opinión que tienen sobre la creación de la Defensoría del Pueblo y la de la Naturaleza, y cómo se va a conjugar esto con la judicialización de los derechos. Si es que acaso estas Defensorías van a ayudar a encausar un poco estas acciones de tutela, o bien, por el contrario, si es que van a congestionar en mayor medida a los tribunales.

María Beatriz Arriagada

Estoy de acuerdo en que el asunto está abierto y que depende de cómo sea regulada la institución. Hay varias preguntas sin respuesta en el borrador. Comparto también que tienen un trabajo importante que hacer en materias que no tienen que ver directamente con la tutela judicial, pero no veo con malos ojos que cumplan esta función cuando lo pienso en términos de “acción popular” versus “acción institucionalizada”.

¹⁷ N. del E.: El Art. 670° inciso primero Código Civil define a la tradición de la siguiente forma: “La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo.” Por su parte, el Decreto Ley 2.095, que fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella, publicado en el Diario Oficial el 21 de julio 1979, autoriza a los poseedores de bienes raíces rurales o urbanos cuyo avalúo fiscal es inferior a 800 UTM o 300 UTM, respectivamente, y que carecen de título inscrito a solicitar que se les reconozca la calidad de poseedores regulares de dichos bienes para posteriormente adquirir su dominio por prescripción. Para estos efectos el o la solicitante debe estar en posesión del inmueble sin violencia ni clandestinidad, entre otros requisitos, por al menos cinco años y acreditar que no existe juicio pendiente en su contra sobre el dominio o posesión del inmueble.

Si ya estamos hablando de que las Cortes de Apelaciones no se van a enfrentar directamente con algunas aberraciones con las que hoy día se enfrentan, sino que van a llegar a sus manos asuntos más nítidos porque conocerán de las tutelas judiciales en segunda instancia, podemos pensar que los tribunales de instancia también podrán recibir asuntos mejor pensados, mejor clasificados, como consecuencia de acciones institucionalizadas de estas Defensorías. No veo por qué no podría funcionar bien, pero comparto que el asunto está abierto. Creo que hay que pensarlo en términos de acciones de intereses difusos y también en términos de que una persona podría preferir, en lugar de accionar por su cuenta, hacerlo con la asesoría de una institución experta. Lo que me parece bueno es la ampliación de la titularidad de las acciones, porque no vamos a seguir perdiendo tiempo discutiendo quién es titular o con legitimación activa. En esto sí que se perdía tiempo, por ejemplo, en materias de derecho ambiental.

Esta pregunta me permite también agregar algo sobre la competencia de los tribunales de instancia para conocer de las acciones de tutela de derechos fundamentales. Como es algo que está por verse, hay varias alternativas. Yo decía lo de la proximidad del tribunal, porque me consta que fue una de las razones que se tuvieron en cuenta para radicar la competencia para conocer de las acciones de tutela en estos tribunales, pero, por supuesto, esto puede tener un sentido metafórico porque bien podría haber un buzón en internet donde las personas hicieran clic y su acción de tutela fuera distribuida. Por eso, no creo que la decisión tenga que ver solamente con una cuestión de cercanía en el sentido del “vecindario”, sino más bien con una cuestión de normalización, es decir, con que cualquier juez puede atender una cuestión de derechos fundamentales. Pero hay otra alternativa que no se ha mencionado y que a mí me parece interesante. Si creemos realmente en la “justicia por internet”, en el sentido de que es posible interponer una tutela apretando un botón y que luego hay un buzón que distribuye, sería interesante pensar que las tutelas fueran conocidas por tribunales de instancia especializados, es decir, por el potencial juez que puede conocer del asunto de fondo, cuando hay asuntos de fondo que conocer.

¿Por qué lo digo? Porque quién mejor que el que conoce la materia va a poder calibrar qué es urgente, qué es irreparable, qué es inminente, etcétera. Me parece que, en tanto acción cautelar, esta alternativa no estaría mal. Y esto depende, por supuesto, de lo que determine el legislador, de la creación los tribunales contenciosos administrativos, etcétera, pero no estaría mal pensar en un mayor conocimiento técnico de ciertos asuntos que tendrían estos jueces de instancia y que han demostrado tener los jueces laborales, por ejemplo. Me parece, de nuevo, que aquí hay una oportunidad más que algo que temer.

Jorge Correa

¿Cómo se van a configurar estas defensorías? Creo que pueden resultar muy bien o pueden resultar muy mal, y que entre más se expandan en su competencia, más dificultad tendremos. Pienso que la Defensoría del Pueblo no va a funcionar muy bien. Pienso en el Instituto de Derechos Humano y en el

desastre que ha ocurrido ahí.¹⁸ O sea, si se diseña legalmente mal vas a tener un desastre. Si se diseña legalmente bien, puedes tener una institución que funcione. Ahora, no vas a excluir las acciones de los privados. Entonces, en este sentido la Defensoría se suma a las acciones de los privados. Todos van a poder invocar el derecho a la vivienda, por ejemplo.

Si se diseña bien, la tarea del Defensor del Pueblo debería orientarse, más bien, a recopilar antecedentes, a realizar acciones de liderazgo en determinadas materias, a plantear denuncias políticas en el sentido de que hay que cambiar alguna cosa. En fin, creo que pueden ser voces de autoridades muy valiosas, si es que funciona bien. Si se dedican, en cambio, a las acciones judiciales en masa, creo que va a ser malo, no van a añadir nada a las cosas que hagan los privados y no van a contribuir.

Yo no tengo ningún interés en polemizar con Beatriz. No es ese mi propósito, de verdad lo digo. Pero me parece importante tratar de poner luz sobre esta cuestión de los derechos económicos, sociales y culturales. Yo ponía de ejemplo la vivienda y decía que hay dos alternativas: o le das la vivienda, caso en el cual tenemos un problema para la democracia, o no le das la vivienda, caso en el cual tenemos un derecho de papel. Y Beatriz dice que está mal planteada la cuestión porque hay muchas alternativas para eso. Por ejemplo, dice ella, en Argentina, en algunos casos, le ofician al municipio para ver si hay lugares donde construir la casa o le entregan algo de dinero.

Aquí hay que partir por la siguiente pregunta: ¿Estamos de acuerdo en que, si los tribunales pueden repartir casas, tenemos un problema democrático importante? Si estamos de acuerdo, bueno, quizás los tribunales puedan hacer otras cosas. Por ejemplo, pueden oficiar a la municipalidad. ¿Por qué, entonces, no creamos una acción para oficiar a la municipalidad en vez del derecho a la vivienda? ¿Por qué no decimos “mire, usted tendrá derecho a exigir de los organismos públicos que le otorguen una razón por la cual no le han dado una casa y podría el tribunal ordenar que le den mejores razones”? La propuesta agrega que se otorga el derecho a una vivienda adecuada y de calidad, en un entorno seguro, libre de violencia. Por lo tanto, la persona que vive en la población X dice que vive en un entorno en el que hay violencia, por lo que prefiere cambiarse de barrio.

Segunda alternativa: que los jueces distribuyan dinero. Bueno, éste es un problema más chiquitito para la democracia, pero igual es un problema para ella. Los recursos humanos no van a salir del bolsillo de los jueces, sino que de los recursos públicos. Por tanto, vamos a tener igual un problema para la democracia. Y el señor va a decir no, yo no tengo derecho a plata, yo tengo derecho a una casa. Bueno, yo reclamo mi derecho y usted me dijo que era un derecho accionable. Entonces no engañemos a la gente. Si no va a ser un derecho, no le digamos que es un derecho si no queremos que lo sea. Y si queremos que lo sea, comámonos las consecuencias. Creo, entonces, que el problema está bien planteado.

Otra cosa es pensar que las políticas públicas, como las políticas de vivienda, van a poder ser revisadas en su razonabilidad por los tribunales. Pero éste es otro derecho: el derecho a la razonabilidad de las

¹⁸ N. del Editor: Conforme a la Disposición transitoria quincuagésima tercera PNC “se entenderá que la Defensoría del Pueblo creada por esta Constitución es la continuadora legal y sucesora en todos los bienes, los derechos y las obligaciones del Instituto Nacional de Derechos Humanos.”

decisiones públicas. Pero aquí no se garantizó eso, se garantizó el derecho a una vivienda digna y de calidad. Y se le dijo a cada persona del país que podría reclamar ante un tribunal.

Pregunta

Me gustaría hacerles una última pregunta a ambos. Los dos mencionaron el tema de la responsabilidad fiscal. ¿Cómo compatibilizan el principio de la responsabilidad fiscal con la tutela de los derechos económicos y sociales en cuanto estos requieren una prestación por parte del Estado?

María Beatriz Arriagada

Creo que algo dije en mi exposición y lo puedo reiterar. Primero, lo que está mal es plantear esto como algo nuevo. El problema lo tenemos hoy y lo nuevo que tiene la PNC es que consagra expresamente el principio de responsabilidad fiscal, responsabilidad que siempre ha existido. Tenemos el problema hoy día, en dimensiones que podemos discutir, pero no me parece que el problema aumente porque tengamos una declaración de derechos que incluye más derechos sociales, ni porque tengamos una acción de tutela que ahora sí incluye a los derechos sociales. Creo que la cuestión tiene que ver con que no todo es tutelable por la vía de una acción judicial. Esta es la cuestión.

Me llama la atención que se haga una interpretación tan literal. En el artículo que reconoce el derecho a la vivienda, hay aspiraciones, hay una orientación hacia el legislador y hacia las políticas públicas, por supuesto. Nos gustaría que las personas tuvieran viviendas dignas, decentes, donde se pudieran desarrollar, por supuesto. ¿Significa esto que todo ello es tutelable por la vía de una acción cautelar? Insisto, esto es un texto que hay que interpretar, y quien lo tiene que interpretar en primer lugar es el legislador. Entonces, creer que, a partir de este texto, las personas van a ir a reclamar cosas de esa índole, no me parece plausible. Y aunque lo hicieran —lo veo muy poco probable— tampoco me parece plausible que nuestros jueces accedan a eso.

Cuando yo dije que un derecho sin garantía es un derecho en el papel lo dije específicamente refiriéndome a aquellas situaciones que sí son tutelables por la acción de tutela y, por eso, comparé las necesidades en materia de derecho sociales con casos de apremios físicos o casos de despojos de bienes. Es como si en materia de libertad expresión, por ejemplo, alguien me tapase la boca y no me dejase hablar. Esto es comparable al grado de necesidad en la cual un juez tendrá que reaccionar y hacer algo. Y ese algo es variopinto. En los derechos fundamentales las obligaciones son primarias, secundarias y terciarias. No todo es directamente prestación. Pensemos, por ejemplo, el caso del agua. Lo que dictaminó la Corte Suprema fue “pónganse de acuerdo”, “coordínese la Municipalidad con el Gobierno regional para los camiones aljibe porque estas personas tienen que tener 100 litros de agua al día”. La cuestión no necesariamente pasa por entregar un bien, menos una casa. Entonces creo que aquí tenemos que ir avanzando a nivel de legislación, a nivel de políticas públicas, y debemos tener jueces que sean capaces de advertir cuándo estamos frente a algo urgente, frente a algo grave. Y me parece que podemos confiar en ese sentido en el funcionamiento de nuestro sistema, en nuestros jueces y en nuestra democracia.

Jorge Correa

Bueno, yo discrepo. El problema lo tenemos hoy. Lo tenemos en muy pequeña magnitud, porque los derechos económicos, sociales y culturales no tienen acción. Lo tenemos fundamentalmente cuando la persona está a punto de morirse, para que reciba prestaciones médicas. Pero Beatriz dice que no va a aumentar porque no todo es tutelable. Bueno, yo creo que es una afirmación audaz, digamos. ¿Por qué no va a ser tutelado? Si la PNC dice que usted puede ir a un tribunal a reclamar su casa digna y de calidad, y puede ir a reclamar vivir en un barrio seguro. Estas dos cosas son tutelables. Ahora bien, los jueces no lo van a acoger. Bueno, entonces no hay derecho. ¿Para qué lo pusimos? Si de lo que se trata es de otra cosa, pongamos la otra cosa. Pongamos la racionalidad de las decisiones públicas, pongamos la transparencia, pongamos la no corrupción, pongamos la necesidad de justificar, pongamos el principio de no arbitrariedad. Todas cosas que me parecen razonables.

Y si lo que queremos es una aspiración, de obligar al poder al recordarle cada cierto tiempo que se trata de una aspiración legítima, bueno, las constituciones de los países civilizados lo ponen así. Es el caso de España y Suiza, por ejemplo. Establecen un catálogo de derechos, y abajo ponen que son principios de la política estatal y establecen que la política estatal debe satisfacer dicho catálogo. En Suiza, por ejemplo, se agrega que ninguna de estas cuestiones puede ser reclamada sino sólo ante las autoridades políticas. No da acción judicial. Y yo creo que ese es un modo razonable de hacerlo.¹⁹ Pero claro, suena menos bonito que ponerlo como un derecho y darle la tutela, pero el problema nos lo vamos a comprar.

Beatriz dice que no va a ser así y que los jueces van a decir que no. Yo no sé lo que van a hacer los jueces. Pero si dicen que no, ¿para qué los consagramos como derechos? Estamos engañando con el texto constitucional. ¿Cuál es la razón? No la sé.

¹⁹ Correa, J. (2016) “Propuesta inicial sobre derechos constitucionales”, en Sierra, L. (ed.) Propuestas Constitucionales. La academia y el cambio constitucional en Chile (Santiago: CEP), pp. 17-32



CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión del CEP.

Director: Leonidas Montes L.

Editor: Lucas Sierra I.

Diagramación: Pedro Sepúlveda V.

VER EDICIONES ANTERIORES

