

P.

puntos de referencia

CENTRO
DE ESTUDIOS
PÚBLICOS

EDICIÓN DIGITAL
N° 650, MARZO 2023

POLÍTICA Y DERECHO

SEMINARIO

Experiencia comparada sobre derechos sociales

ADAM CHILTON, ANDREA BENTANCOR Y JOSÉ FRANCISCO GARCÍA



RESUMEN

- Adam Chilton presenta su trabajo contenido en el libro *How Constitutional Rights Matter* (2020, en coautoría con Mila Versteeg) sobre las consecuencias empíricamente comprobables que pueden seguirse de la consagración de derechos sociales en las constituciones. Dicho análisis revela que, hasta ahora, no es posible observar ningún tipo de relación causal entre la consagración de derechos sociales y el rendimiento efectivo de dichos derechos. Una de las principales conclusiones del académico es que la única correlación que puede establecerse es que el crecimiento económico de un país está directamente relacionado con las condiciones de bienestar de las personas.
- Andrea Bentancor destacó el aspecto de la implementación de los derechos sociales. En particular, señaló que este proceso no debe considerar únicamente el incremento en el gasto de un país, sino también definiciones de economía política, tales como la modernización del Estado, la implementación de sistemas de información, la capacitación de aquellos funcionarios a cargo de la provisión de servicios, entre otros. A su vez, ahonda en la importancia de considerar una implementación gradual y reconocer que no es indiferente la cantidad de derechos que se quieran implementar simultáneamente.
- Finalmente, José Francisco García sostiene que una de las mayores críticas a la constitución vigente está relacionada con el reconocimiento acotado que se hace de los derechos sociales. En ella, los derechos socioeconómicos son normas programáticas y aspiracionales antes que derechos fundamentales en sentido estricto. A modo de respuesta, propone una serie de sistemas alternativos para la garantía efectiva de los derechos fundamentales, que no requieren de judicialización directa y que promueven un rendimiento eficiente de éstos.

ADAM CHILTON es Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad de Harvard y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Sus principales áreas de especialización son el derecho constitucional, el derecho internacional y el análisis empírico del derecho. Es autor de diversas monografías, incluida el reciente libro *How Constitutional Rights Matter* (2020).

ANDREA BENTANCOR es Doctora en Economía Agropecuaria y Aplicada de la Universidad de Wisconsin-Madison y profesora de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Talca.

JOSÉ FRANCISCO GARCÍA es Doctor en Derecho de la Universidad de Chicago y profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Con anterioridad se desempeñó en la Mesa Técnica a cargo de implementar el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución de noviembre del año 2019.

Transcripción del seminario Derechos sociales: Experiencia comparada, el primero del ciclo Hacia un Estado Social de Derecho, celebrado el 14 de septiembre de 2022 en el Centro de Estudios Públicos. En el realizó una presentación Adam Chilton, que fue luego comentada por Andrea Bentancor y José Francisco García. El seminario fue moderado por Eugenio García Huidobro (CEP) y su grabación está disponible en: <https://www.cepchile.cl/derechos-sociales-experiencia-comparada/>.

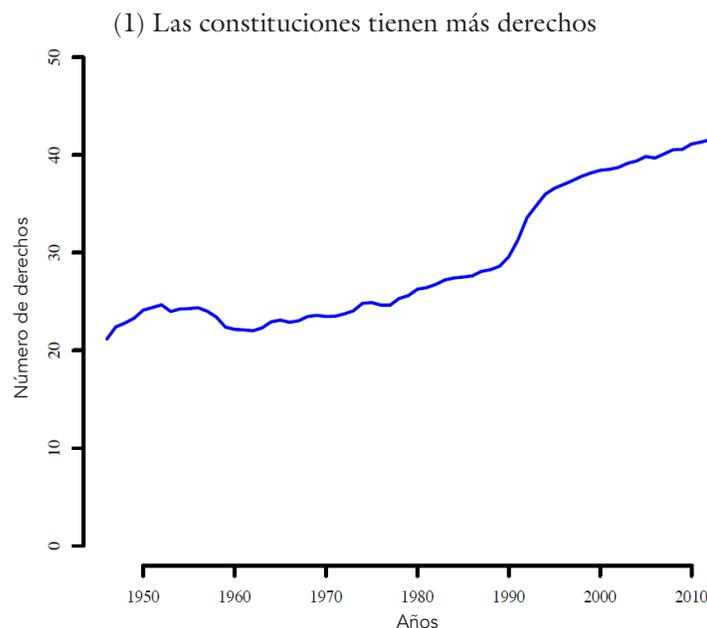
PRESENTACIÓN DE ADAM CHILTON

En esta ocasión me referiré a la investigación que he realizado junto a mi coautora Mila Versteeg, con quien he escrito un libro¹ y una serie de artículos en un periodo de ocho años². A lo largo de este tiempo nos hemos enfocado en tratar de entender cuál es el efecto concreto que conlleva consagrar derechos en una constitución. Es decir, cuando un país decide formalmente que quiere prohibir la tortura, legalizar los sindicatos, el derecho a la huelga o a la vivienda en su constitución, ¿qué ocurre, si es que algo? Trataré de abordar esto en cuatro puntos.

1. Tendencias en los derechos constitucionales

Primero, es necesario entender que la historia de los derechos constitucionales durante la posguerra, desde los años 1950 en adelante, es una historia de tres tendencias. La primera tendencia consiste en que con el transcurso del tiempo las constituciones tienen cada vez más derechos. Esto se observa al analizar la cantidad promedio de derechos que tienen las constituciones de los países en el periodo de tiempo que va desde 1945 a 2016.

FIGURA 1. Tres tendencias



NOTA. Presentación Adam Chilton.³

¹ Chilton & Versteeg (2020).

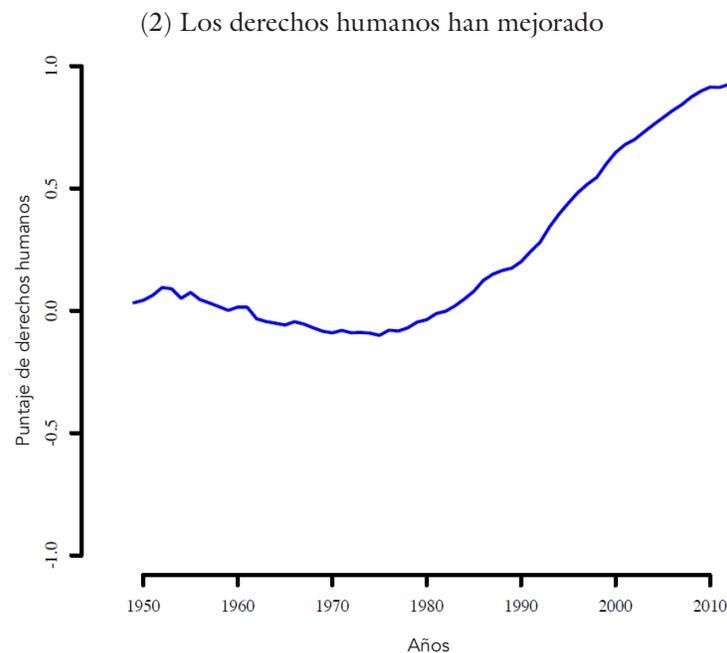
² Nota del Editor: Por ejemplo, Chilton (2014), Chilton & Versteeg (2020, 2016, 2015).

³ Las tablas y figuras que se muestran en este apartado son producción original de la presentación de Adam Chilton realizada en el Centro de Estudios Públicos que este documento transcribe. Estas, a su vez, pueden aparecer en todo o parte del libro *How Constitutional Rights Matter* (2020). Para su reproducción en este documento se cuenta con expresa autorización del autor.

Al final de la Segunda Guerra Mundial la cantidad promedio de derechos que los países tenían en sus constituciones era de aproximadamente unos 20. Con el tiempo, estos países han enmendado sus constituciones o han adoptado otras nuevas, duplicando la cantidad de derechos consagrados a unos 44 en promedio. Esto comprende también la incorporación de nuevos derechos en las constituciones, con un mayor énfasis en los derechos socioeconómicos y en los derechos de ciertos grupos particulares, como mujeres e indígenas. En el caso de Chile, la constitución actual está casi exactamente dentro del promedio, con aproximadamente 46 derechos consagrados. Esta es la primera tendencia: el número de derechos reconocidos constitucionalmente ha aumentado con el paso del tiempo.

La segunda tendencia que debemos tener presente es que los derechos humanos han mejorado.

FIGURA 2. Tres tendencias



NOTA. Presentación Adam Chilton.

Una medida que nos muestra esto es una variable llamada Puntaje de Derechos Humanos, que un científico político llamado Christopher Fariss creó⁴. Esta es una medida latente que procura tomar distintos parámetros y variables que miden derechos humanos y obtener así un número agregado del rendimiento de éstos en un país determinado, esencialmente promediando un conjunto de factores diferentes. Esta es solo una forma de mirar el rendimiento de los derechos humanos, donde los datos nos muestran que en la década de 1950, de 1960, y de 1970, la mejora en el rendimiento de los derechos fue básicamente un poco más lenta, pero luego las cosas comenzaron a progresar más rápidamente. Se

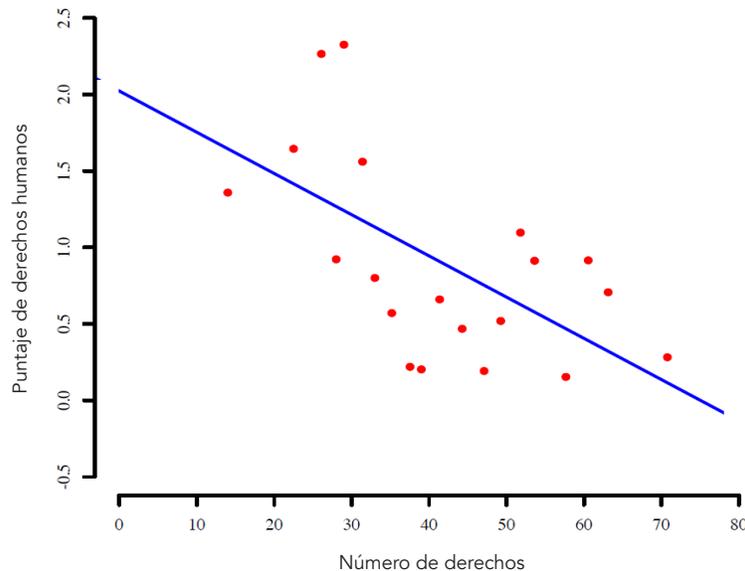
⁴ Nota del Editor: Traducción del inglés de The Human Rights Score. Véase Fariss, Kenwick, & Reuning (2020).

puede ver la misma tendencia básica si miramos, por ejemplo, la participación de las mujeres en la fuerza laboral, la cantidad de niñas en el colegio o los derechos de gay, lesbianas, bisexuales y transexuales en todo el mundo. Con cualquier medida que observemos, las cosas están mejorando. Quizás no tan rápido como quisiéramos, quizás no en todos los países. Pero los derechos humanos en promedio han mejorado alrededor del mundo.

La tercera tendencia relevante, que a veces se olvida, es que estas dos cosas están negativamente relacionadas.

FIGURA 3. Tres tendencias

(3) Ambas cosas están negativamente correlacionadas



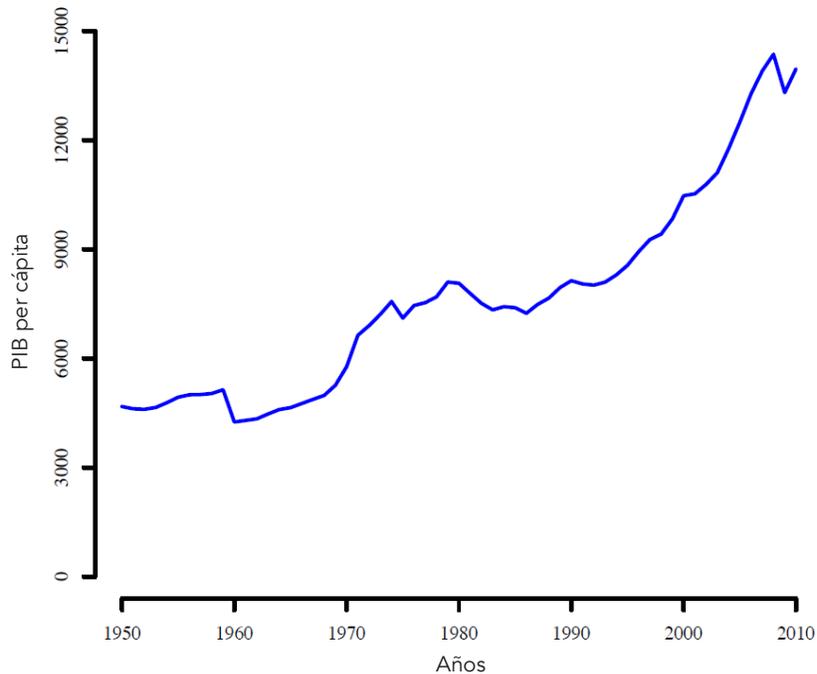
NOTA. Presentación Adam Chilton.

Al graficar la relación entre la cantidad de derechos que tiene un país en su constitución y el Puntaje de Derechos Humanos de los mismos países, vemos que aquellos que tienen más derechos en sus constituciones tienen una peor protección efectiva de los derechos humanos. Por otra parte, los países que tienen menos derechos en sus constituciones tienen una mejor protección efectiva de los derechos humanos. Comenté anteriormente que esta era una historia de tres tendencias sobre los derechos humanos. Algunos dirán que no saben qué es este Puntaje de Derechos Humanos o que ésta es una variable inventada por un politólogo y que tal vez no refleja todas las complejidades involucradas. Sin embargo, se podría mostrar el mismo patrón con prácticamente cualquier parámetro medible, como los puntajes de desarrollo de las Naciones Unidas. Digamos así, que ahora son cinco las tendencias sobre los derechos humanos.

Al revisar el Producto Interno Bruto (PIB) per cápita a lo largo del tiempo, es posible observar que, desde la Segunda Guerra Mundial en adelante, éste ciertamente ha aumentado en términos nominales.

FIGURA 4. Tres Cinco tendencias

(4) El PIB per cápita ha crecido



NOTA. Presentación Adam Chilton.

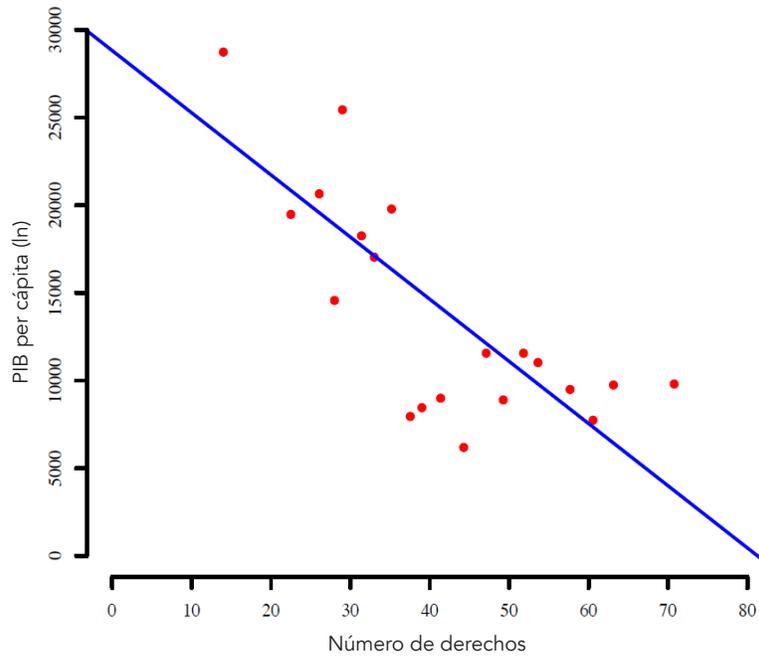
Alrededor del mundo, el PIB per cápita es en promedio de USD\$15.000. Chile hoy en día se encuentra alrededor de los USD\$25.000, por lo que se encuentra por encima del promedio en este parámetro. Respecto de esta medida también existe una relación negativa: los países que tienen un PIB per cápita alto, tienen menos derechos consagrados y, a la inversa, los países que tienen un PIB per cápita más bajo, tienen más derechos consagrados en sus constituciones.

Para ser claros, estas correlaciones por sí solas no nos dicen lo que queremos saber. De hecho, no nos dicen mucho. El patrón bruto aquí es que Estados Unidos, Europa occidental y del este, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Japón o Corea del Sur tienen menos derechos. Los países que tienen más derechos en sus constituciones se encuentran en el cuarto cuartil, como todos los países de Centroamérica y Sudamérica, con excepción de Chile y Argentina.⁵ Podría ser entonces que añadir derechos a la constitución sí pueda mejorar las cosas. Y que, en resumen, esto no necesariamente se vea reflejado en estas correlaciones porque aquellos países con más derechos tienen constituciones más nuevas o han iniciado su progreso desde un punto relativo más bajo, entre otros posibles factores.

⁵ Nota del Editor: véase Figura N° 6.

FIGURA 5. Tres Cinco tendencias

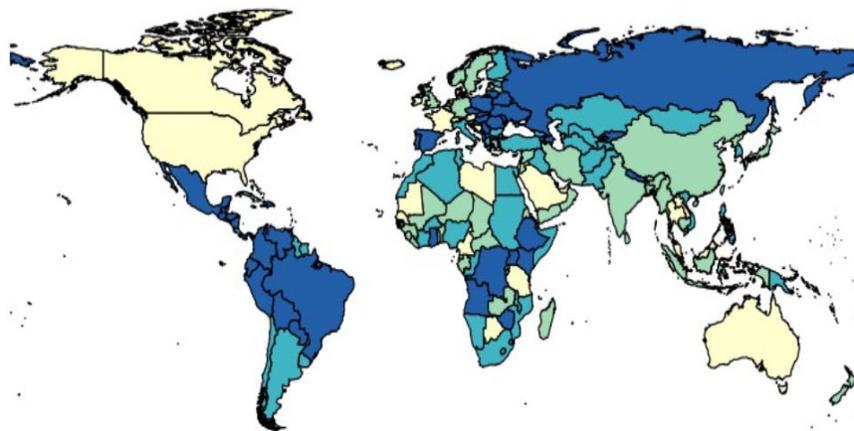
(5) La correlación se mantiene negativa



NOTA. Presentación Adam Chilton.

FIGURA 6. Derechos por país

Número de derechos constitucionales en 2016



- Primer cuartil (>31 Derechos)
- Tercer cuartil (>54 Derechos)
- Segundo cuartil (>42 Derechos)
- Cuarto cuartil (<54 Derechos)

NOTA. Presentación Adam Chilton.

Saber que efectivamente hay una relación negativa no significa entonces que las condiciones materiales necesariamente no vayan a mejorar al añadir derechos a una constitución. Sin embargo, esto quiere decir que al menos como un punto de partida sería un error pensar que la única forma de obtener un buen rendimiento efectivo de los derechos humanos es tener muchos de ellos consagrados constitucionalmente. Es absolutamente posible tener un PIB alto, una cultura de respeto por los derechos y consagrar pocos derechos en la constitución, que es justamente la experiencia del norte y occidente de Europa.

Esto nos lleva al segundo punto que quiero abordar: la posibilidad de hacer inferencias causales sobre los efectos de las constituciones.

2. Inferencias causales sobre constituciones

En momentos como este, tanto en Chile como en otros lugares del mundo, lo que realmente queremos saber es qué pasaría si reformamos o adoptamos una nueva constitución y consagramos nuevos derechos en ella. No queremos determinar la correlación entre la historia de la inclusión de ciertos derechos y el desempeño de éstos, sino más bien determinar cuál es el efecto causal de añadir derechos sociales en una constitución.

Las herramientas tradicionales que tenemos en las ciencias sociales como la economía y, más específicamente en la macroeconomía aplicada, lamentablemente no son fáciles de aplicar en este contexto. En esencia es imposible, y, ciertamente poco ético, hacer experimentos aleatorios con las constituciones de los países. No podemos tirar simplemente un dado y definir quién tendrá derecho a la salud o a la educación y volver 100 años después para comprobar quién es pobre. Sí podemos aleatoriamente determinar a quién le toca una malla mosquitera en África y analizar cómo esa intervención incide en los índices de pobreza, obteniendo buenos datos para investigaciones. Pero no se puede hacer eso con los derechos constitucionales.

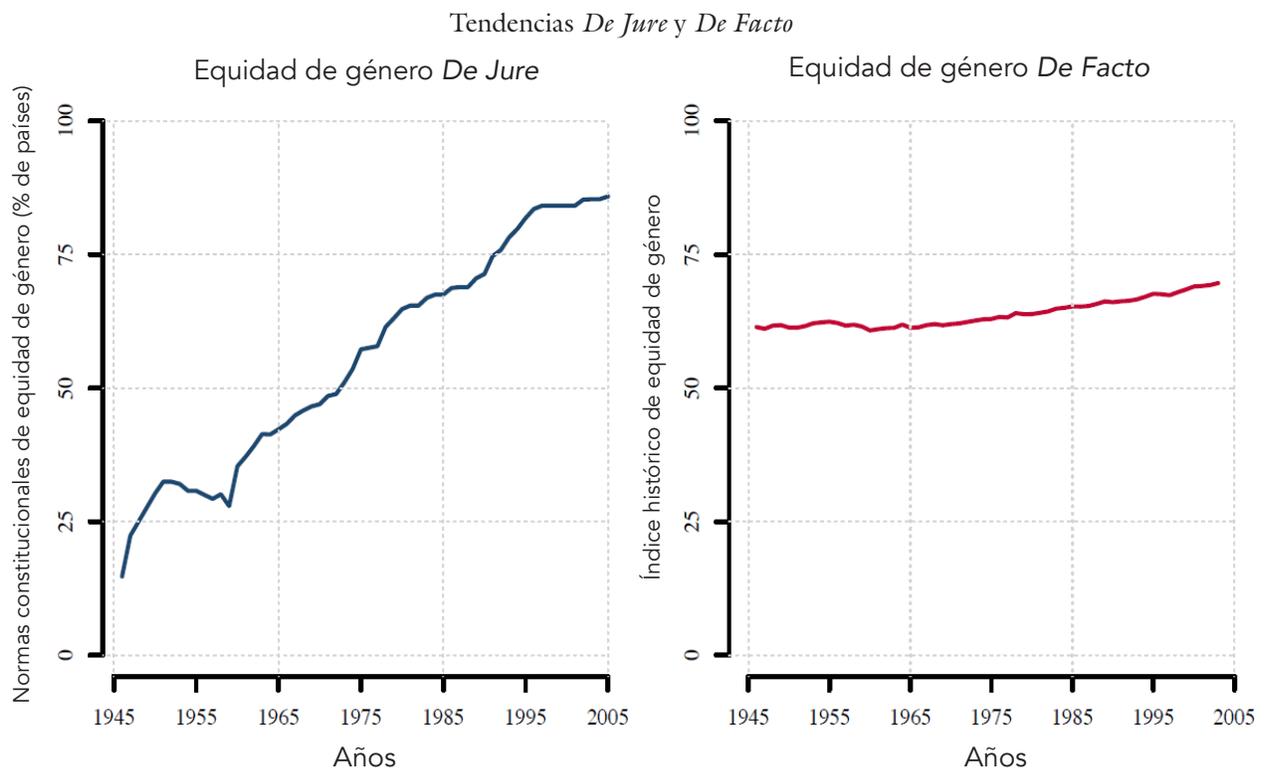
Más allá de eso, tampoco existe la variación subnacional que típicamente se aprovecha en los estudios económicos. Por ejemplo, en Estados Unidos se podrán aprovechar las diferencias entre los estados o las ciudades dentro de éstos, así como también realizar estudios a lo largo del tiempo. Pero las constituciones y los derechos que ellas consagran están concebidos para ser universales. Por otro lado, se está adoptando un cambio para todo el país, en un mismo momento y a través de un proceso intencional. No es aleatorio y raramente es accidental. En este sentido, es frecuente que muchas cosas cambien al mismo tiempo. Si imaginamos, por ejemplo, un escenario en que Chile hubiera aprobado el borrador de nueva constitución en el plebiscito del 4 de septiembre de 2022, éste no hubiera solamente añadido nuevos derechos sino también un conjunto de otras nuevas instituciones en forma simultánea. Por ejemplo, si en diez años más pudiéramos comprobar que la salud ha mejorado en este país, ¿esto se debería a que el texto constitucional incluyó el derecho a la salud, a la forma en cómo son electos los integrantes del Senado o a que haya existido un proceso de devolución de poder político hacia las regiones? Podría tratarse de estas últimas dos razones o de cualquiera otra de las miles de cosas que

podrían haber ocurrido simultáneamente. La simultaneidad con que ocurren los cambios constitucionales, el que estos tengan lugar a nivel nacional y de manera no aleatoria, hacen que la aplicación de las herramientas tradicionales de inferencias causales sea muy difícil.

¿Qué hacemos, entonces, si queremos saber la respuesta a la pregunta sobre si importan los derechos constitucionales? O bien, dicho de una manera más amplia, ¿importa acaso la constitución? Quienes hacemos investigación empírica a partir de estas preguntas hasta ahora hemos adoptado dos estrategias principales. Para explicar estas estrategias, primero ahondaré un poco sobre los derechos de equidad de género en las constituciones. No es algo que sea puramente un derecho socioeconómico, pero creo que ha sido una parte importante en el proceso constitucional en Chile.

Las primeras dos tendencias mencionadas al comienzo de esta presentación son ciertas para los derechos de equidad de género. Por ejemplo, el derecho a la equidad de género ha pasado de estar aproximadamente en un 20% de las constituciones en la época posterior al término de la Segunda Guerra Mundial hasta llegar a estar presente en el 85% de ellas. Esto se ha vuelto la norma: las constituciones por lo general incluyen derechos de equidad de género en forma explícita.

FIGURA 7. Equidad de Género



NOTA. Presentación Adam Chilton.

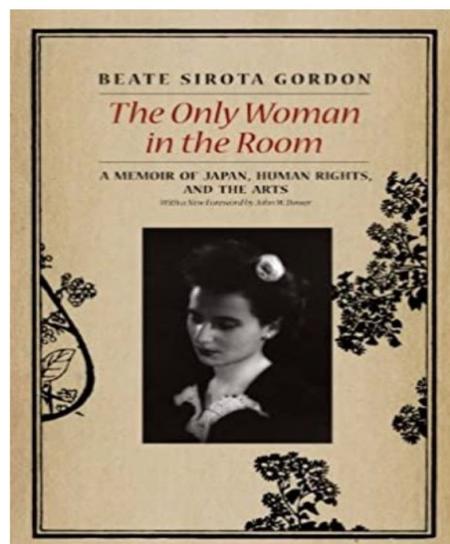
Al mismo tiempo, la equidad de género efectivamente ha mejorado. Una medida llamada Índice de Equidad de Género toma seis variables de los indicadores de desarrollo mundial que miden la relación entre hombres y mujeres, tales como la expectativa de vida, la matrícula escolar, la participación en el mundo laboral, etc. A partir de ello, se calcula el *ratio* que existe entre hombres y mujeres. En esta medida, que el *ratio* sea 100 significaría que hombres y mujeres son perfectamente iguales y 0 que son perfectamente desiguales en dichos indicadores. Este *ratio* ha ido mejorando lentamente a lo largo del tiempo, probablemente no tan rápido como nos gustaría, pero ha mejorado.

¿Cuál es entonces la relación entre estas dos variables? Como dije, hay dos formas tradicionales de estudiar esto. Una es buscar cualquier tipo de experimento natural, algo así como un impacto exógeno que nos entregue cierta capacidad de comparar y contrastar. Menciono esto a propósito del derecho a la equidad de género, porque constituye uno de los pocos ejemplos que hemos encontrado a nivel comparado en el que hay algo semejante a un experimento natural.

La historia cuenta que al final de la Segunda Guerra Mundial, la nueva constitución de Japón fue escrita por medio de un proceso que podría calificarse como influenciado —a lo menos— por Estados Unidos. En síntesis, el General Douglas MacArthur conformó un equipo, escribieron una constitución y la entregaron a Japón. En ese equipo hubo una única mujer, de ascendencia japonesa-norteamericana y que hablaba japonés. Supuestamente ella habría sido quien incluyó el derecho a la igualdad de género en el texto constitucional y, según cuenta la historia, nadie se dio cuenta, le importó o intentó detenerla. A ella se le otorga el crédito de haber sido la única mujer en el salón cuando la constitución japonesa estaba siendo escrita y por haber incluido en ella derechos para las mujeres.

FIGURA 8. Experimentos naturales

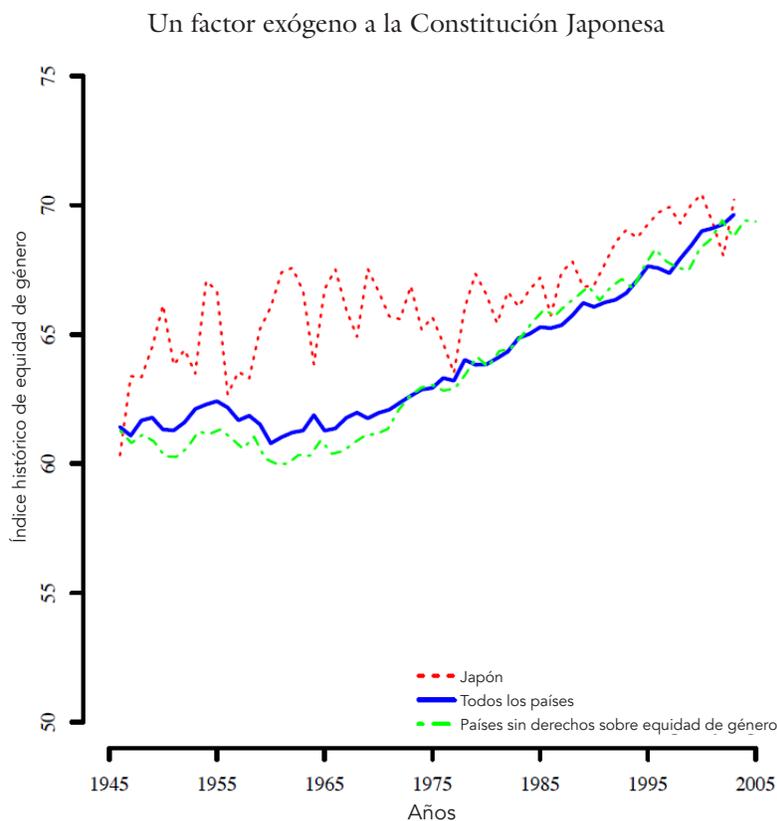
Un shock exógeno a la Constitución Japonesa



NOTA. Presentación Adam Chilton.

Este es un buen ejemplo de un experimento natural, en el sentido que se acerca un poco más a un factor exógeno por cuanto esta definición no formó parte de un proceso político deliberadamente buscado. Dicho eso, ¿cuál fue el resultado? Si revisamos en el Índice de Equidad de Género el desempeño de Japón, se ve que éste ha mejorado con el tiempo. Ahora, si se revisa el desempeño de todos los países, incluso de los países sin este derecho constitucionalmente consagrado, también se puede apreciar que estos mejoran en el tiempo.

FIGURA 9. Experimentos naturales

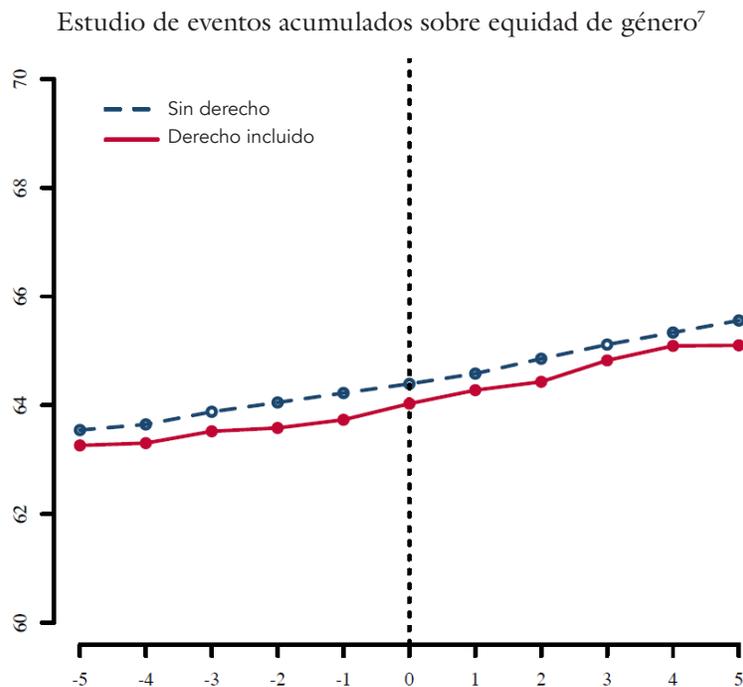


NOTA. Presentación Adam Chilton.

En otras palabras, Japón mejoró, pero también lo hicieron todos los países. Incluso aquellos que carecen de un reconocimiento constitucional de esta materia. El conjunto de países que han mejorado en materia de derechos de las mujeres simplemente no está correlacionado con que dicho derecho esté o no consagrado constitucionalmente. Podemos buscar más de estos experimentos naturales, pero no necesariamente existirán para todos los derechos que nos interesan analizar y, más aún, puede haber resultados extraños. Por ejemplo, la experiencia de las mujeres en Japón puede no ser representativa de la experiencia de las mujeres en otros países. Por eso, aun a pesar de que podamos encontrar un buen experimento natural, ello no se traduce en que éste sea generalizable, razón por lo cual debemos reconocer las limitaciones de las lecciones que pueden extraerse de estos experimentos naturales.

¿Cuál es el otro enfoque posible? Este supone un tipo de análisis comparado en que agregamos datos de una gran cantidad de países y tratamos de ver el resultado. Para los economistas, o al menos quienes tienen una formación en las ciencias sociales cuantitativas, este sería un tipo de regresiones intercaladas, algunas veces estructurado como el estudio de un evento o eventos acumulados.⁶ En concreto, revisamos el *antes* y *después* de la adopción de cambios constitucionales analizados por parte de los países objeto de la muestra y se comparan con un conjunto de países de control, en los que no se han realizado cambios durante dicho periodo. A partir de este análisis se observa una tendencia idéntica entre el conjunto de países que hacen un cambio en su constitución y aquellos que no.

FIGURA 10. Análisis comparado entre países



NOTA. Presentación Adam Chilton.

Como sea que se mire, no es posible encontrar evidencia de que la consagración constitucional del derecho a la igualdad de género produjo cambios en la tendencia observada. Es cierto que no lo sabemos perfectamente; es posible que este resultado sea producto de un error en la medición, que de alguna manera sea profundamente endógeno o que haya algo que simplemente no seamos capaces de captar. Pero, a partir de los datos en bruto, en promedio no hay resultados que indiquen una correlación entre los países que han decidido incluir en sus constituciones los derechos de las mujeres y el respeto efectivo de dichos derechos. Podemos ver esto incluso si empezamos a buscar ejemplos en países como Pakistán, que están al final en los rankings de desempeño en materia de derechos de las mujeres y que

⁶ Nota del Editor: Traducción del inglés *Stacked Events Studies on Gender Equality*.

⁷ Ibid.

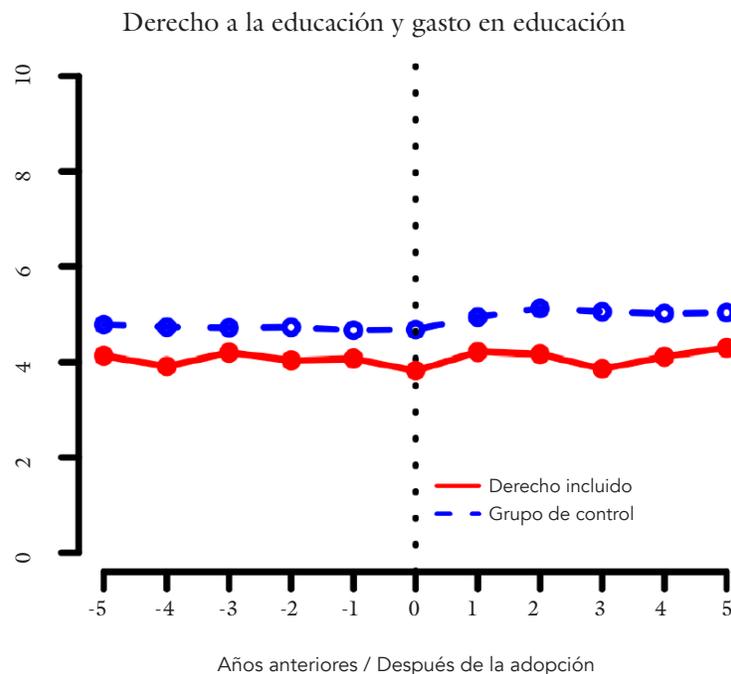
sí tienen el derecho a la igualdad de género consagrado constitucionalmente. Al contrario, otros países que tienen un muy buen desempeño en materia de igualdad de género, no lo incluyen. Por lo tanto, no se observa una correlación.

Estos son los dos enfoques que tenemos. Ahora bien, ¿qué sabemos a partir de la evidencia sobre el efecto del reconocimiento de los derechos sociales? Como mencionaba, lo principal es que en general no existe una correlación entre reconocimiento y protección efectiva de derechos y es muy difícil determinar la relación causal. Entonces, ¿qué es lo mejor que podemos hacer? Hasta donde entiendo nadie ha encontrado un experimento natural lo suficientemente determinante para estudiar los derechos sociales. En segundo lugar, ¿qué puede decirse del método de análisis comparado de países sobre los efectos del reconocimiento de los derechos económicos y sociales? Parte de lo que se presenta a continuación forma parte del libro en coautoría con Mila Versteeg (2020).

3. Evidencia sobre los efectos de los derechos sociales

Se revisaron los países que incluyen el derecho a la educación en su constitución y luego lo comparamos con el gasto en educación considerado como porcentaje del PIB, antes y después de su consagración constitucional como derecho. Como resultado, se observa que tanto los países que incluyeron el derecho como aquellos que no (que sirven como grupo de control) mantienen un gasto de cerca de un 4%, sin que exista un quiebre en la tendencia.

FIGURA 11. Efecto de los Derechos Sociales

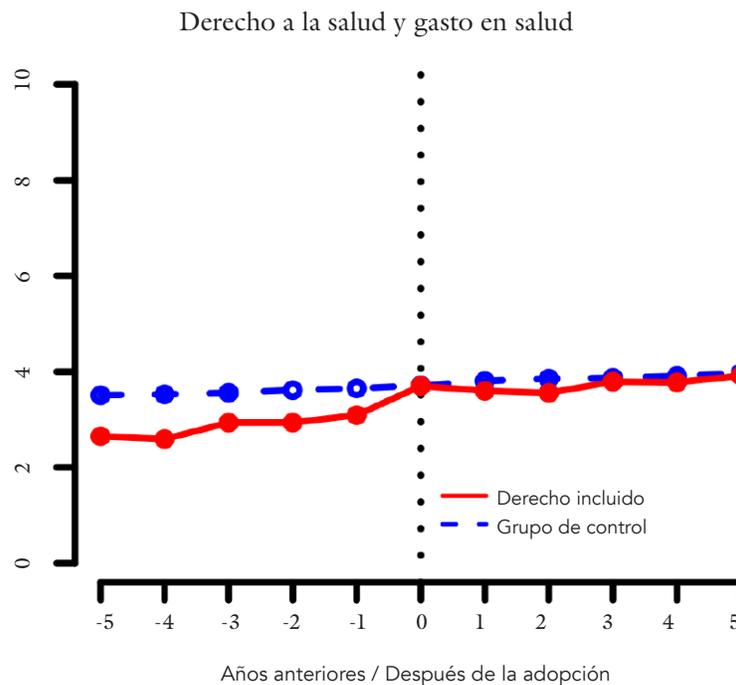


NOTA. Presentación Adam Chilton.

Nuevamente, esto podría ser el resultado de problemas endógenos. Además, sabemos que el gasto no es necesariamente el mejor indicador sobre el rendimiento efectivo de los países en materia educativa. Sin embargo, lo atractivo de este indicador es que se trata de un parámetro objetivo y está bastante bien medido por el Banco Mundial, lo que ofrece una buena muestra sobre un extenso periodo de tiempo. Como resultado, se observa que los países que tienen consagrado el derecho a la educación no necesariamente gastan más que aquellos que no. Esta revisión cubre un periodo de 5 años, sin perjuicio de que el resultado es el mismo en caso de aumentarse el periodo de tiempo.

Al revisar el derecho a la salud hay quizás algo de evidencia que sugiere un aumento realizado más o menos en el momento en que se incluye el derecho en la constitución. Se observa un pequeño cambio en la tendencia, la que ocurre en el periodo de estudio. Sin embargo, al revisar un periodo más extenso de tiempo se repiten los mismos resultados: los países con y sin derecho constitucional a la salud gastan prácticamente la misma cantidad de su PIB en esta materia.

FIGURA 12. Efecto de los Derechos Sociales

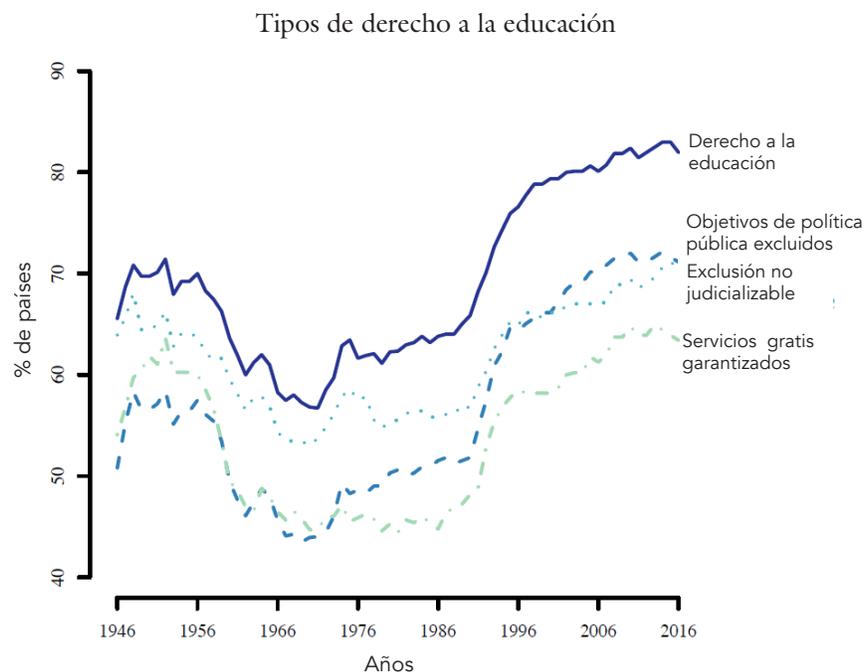


NOTA. Presentación Adam Chilton.

Hay otros dos elementos relevantes a tener en consideración. Existen distintas formas o variantes al momento de consagrar el derecho a la educación o a la salud en una constitución. La forma de consagrar los derechos no se aplica como una talla única que les sirva a todos, ya que se enuncian de manera diferente en cada país. En nuestro libro (Chilton & Versteeg 2020) se abordan las diferentes maneras

en que los países consagran su derecho a la educación. Por ejemplo, hay países que incluyen solo la noción de derecho a la educación, países que además declaran que no es una meta de política pública, países que consagran que es un derecho judicializable, otros que señalan que se garantizarán gratuitamente los servicios, etc. Hay entonces un amplio espectro en la manera en que los países formulan la consagración de estos nuevos derechos.

FIGURA 13. Variación de derechos

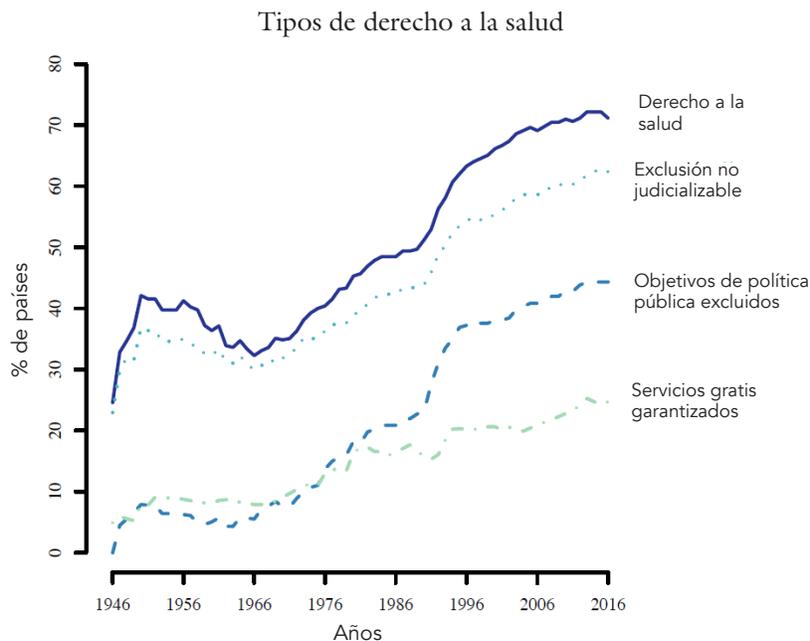


NOTA. Presentación Adam Chilton.

Hicimos el mismo ejercicio con el derecho a la salud. Se identificaron las distintas variantes y se intentó codificarlos. Con esto procuramos aproximarnos desde distintos enfoques, con diferentes tipos de regresiones y usando las diferentes formas de referirse a estos derechos sociales y, aun así, nunca encontramos una correlación (véase figura N° 14).

Todavía no hemos encontrado una forma de enunciar estos derechos, o de realizar una regresión, que demuestre una relación positiva entre la consagración de un derecho social y su rendimiento objetivo. Hasta la fecha, no creo que exista una manera de enunciar estos derechos que tenga resultados en su rendimiento y una forma de enunciarlos en la que no. Por el contrario, el único patrón que parecería existir sería precisamente la inexistencia de un efecto causal en este sentido.

FIGURA 14. Variación de derechos



NOTA. Presentación Adam Chilton.

TABLA 1. Variación de Derechos

Efectos de los diferentes tipos de derechos

	Excluding Rights as Policy Goals		Excluding Nonjusticiable Rights		Guarantees of Free Services	
	Education	Health Care	Education	Health Care	Education	Health Care
Model A: baseline specification:						
Constitutional Right	.013 (.031)	-.038 (.032)	.025 (.029)	.029 (.034)	-.022 (.030)	-.020 (.025)
N	1,222	1,408	948	1,046	1,080	1,134
Model B: Mahalanobis matching:						
Constitutional Right	.026 (.027)	-.025 (.025)	.030 (.024)	-.007 (.033)	-.012 (.026)	-.028 (.021)
N	1,892	2,506	1,832	2,716	2,030	1,258
Model C: without matching:						
Constitutional Right	.017 (.023)	-.022 (.024)	.034 (.023)	.006 (.029)	-.015 (.024)	-.039* (.019)
N	2,632	3,470	2,632	3,470	2,632	3,470
Model D: without W-NOMINATE:						
Constitutional Right	.010 (.024)	-.031 (.020)	.029 (.021)	-.028 (.022)	-.014 (.023)	-.029 (.022)
N	2,632	3,470	2,632	3,470	2,632	3,470
Model E: without multiple imputation:						
Constitutional Right	-.004 (.028)	-.042* (.024)	.001 (.024)	-.020 (.025)	-.005 (.031)	-.036* (.018)
N	1,640	1,583	1,640	1,583	1,640	1,583
Model F: with country fixed effects:						
Constitutional Right	-.002 (.285)	.419* (.181)	-.577* (.258)	.195 (.237)	.119 (.384)	-.036* (.018)
N	2,123	1,721	2,123	1,721	2,123	1,721

NOTA 1. Los errores estandarizados robustos agrupados por países se encuentran entre paréntesis. No se presentan los coeficientes de las variables de control ni de las constantes.

*p < .10

*p < .05

NOTA 2. Presentación Adam Chilton.

Hay otra cosa que podemos abordar. Hasta ahora solo hemos hablado de gasto, que es sumamente relevante. ¿Pero qué pasa si el efecto de los derechos sociales no se relaciona con un mayor gasto, pero sí con la obtención de mejores resultados? Por ejemplo, se procura gastar el mismo dinero en forma más eficiente. Esto puede significar que le damos el dinero a las escuelas públicas y gastamos lo mismo, pero bajo esta perspectiva, tal vez el mismo gasto dará mejores resultados luego de constitucionalizado el derecho. En esta línea, también revisamos otras variables que el Banco Mundial mide en relación con el derecho a la educación, tales como por ejemplo resultados educacionales, tasa de escolaridad, tasa de deserción y mantenimiento escolar, tasas de alfabetización, etc. Para el derecho a la salud revisamos la expectativa de vida de las personas, el número de médicos por país, el número de camas en hospitales y, en general, los resultados a partir de cualquier información con la que hubiéramos sido capaces de encontrar buena *data* para un análisis comparado entre países. Pero el resultado es siempre el mismo.

TABLA 2. Otros resultados

Efectos de los derechos en resultados sociales

	Education Outcomes			Health Outcomes		
	Education Intake	Education Persistence	Youth Literacy	Life Expectancy	Total Physicians	Hospital Beds
Model A: baseline specification:						
Constitutional Right	.922 (.693)	.468 (.793)		-.009 (.044)	-.011 (.020)	.117 (.096)
N	592	380		2,412	406	234
Model B: Mahalanobis matching:						
Constitutional Right	-.115 (.372)	1.240* (.699)		-.009 (.039)	-.018* (.007)	.085 (.083)
N	1,538	834		7,330	1,682	942
Model C: without matching:						
Constitutional Right	.373 (.408)	.351 (.511)	.231 (.223)	.009 (.039)	-.018* (.007)	.083 (.079)
N	3,870	2,533	172	8,429	2,209	1,414
Model D: without W-NOMINATE:						
Constitutional Right	.551* (.263)	.147 (.343)	.215 (.129)	.060* (.024)	-.003 (.007)	.048 (.031)
N	3,870	2,533	172	8,429	2,209	1,414
Model E: without multiple imputation:						
Constitutional Right	.296 (.482)	.743 (.652)		.009 (.049)	-.009 (.009)	.149 (.100)
N	2,263	1,620		5,133	1,434	952
Model F: with country fixed effects:						
Constitutional Right	8.980 (6.486)	-1.219 (2.628)	4.357 (3.539)	.728 (.612)	.020 (.078)	.156 (.420)
N	2,658	2,027	282	5,152	2,224	1,570

NOTA 1. Los errores estandarizados robustos agrupados por países se encuentran entre paréntesis. No se presentan los coeficientes de las variables de control ni de las constantes.

* $p < .10$

* $p < .05$

NOTA 2. Presentación Adam Chilton.

No hemos podido encontrar una correlación positiva entre adoptar estos derechos sociales y el rendimiento de estos. Hemos presentado los mismos resultados respecto del derecho a la vivienda y a la seguridad social en algunos artículos que hemos publicado.⁸ Esos son los cuatro derechos sociales

⁸ Nota del Editor: véase Chilton & Versteeg (2017).

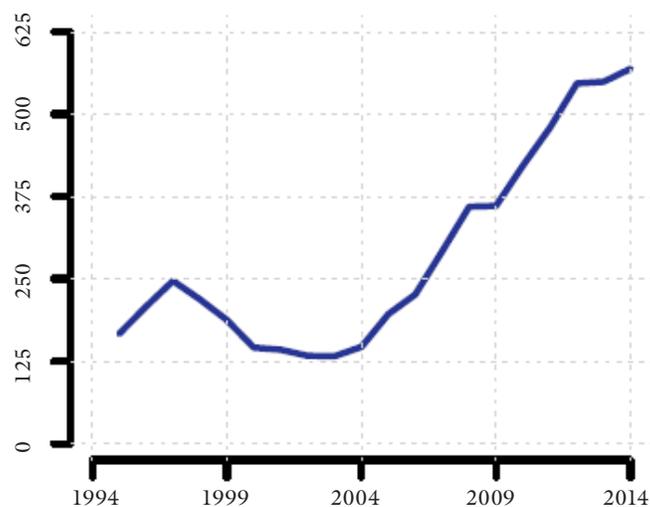
que hasta ahora hemos revisado: educación, salud, vivienda y seguridad social. En todos ellos la historia es notoriamente consistente: introducir estos derechos en la constitución no parece cambiar algo.

4. ¿Por qué los derechos sociales no cambian los resultados?

La pregunta ahora es ¿por qué no hay una relación empírica entre consagrar derechos socioeconómicos y la cantidad de gasto en materias de derechos socioeconómicos, con los resultados de rendimiento objetivo de éstos? Creo que esto se debe principalmente a dos cosas sobre las cuales vale la pena reflexionar.

La primera es la dificultad de aplicar y hacer cumplir estos derechos. Para explicar esto revisaremos brevemente el caso de la experiencia colombiana. En términos generales, lo que ocurre después de la reforma constitucional en Colombia es una historia que consta de cuatro etapas. Primero, el gasto en salud per cápita ha ido en aumento a lo largo del tiempo, así que desde 1994 hay más dinero que se gasta en salud y esto ha incrementado consistentemente.

FIGURA 15. Gasto per cápita en salud



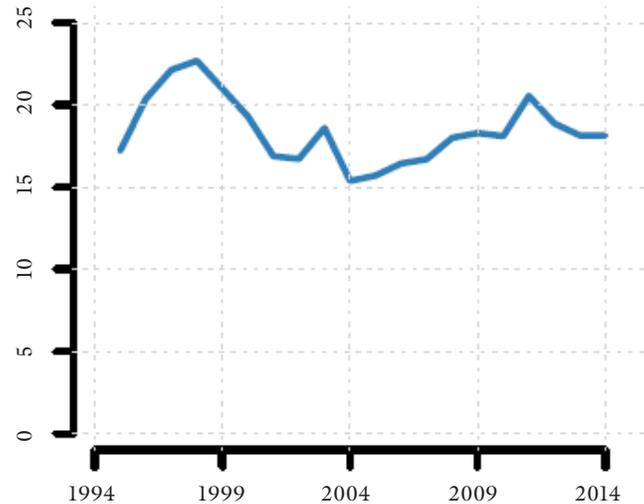
NOTA. Presentación Adam Chilton.

Segundo, a pesar de que ha aumentado el gasto en salud per cápita, éste se ha mantenido prácticamente igual si lo consideramos como porcentaje del gasto del gobierno.

Tercero, lo que ha ocurrido es que el gobierno dedica la misma cantidad de su presupuesto a la salud, pero el país se ha vuelto más rico con el tiempo. Ocurre lo mismo cuando se observa el gasto en salud

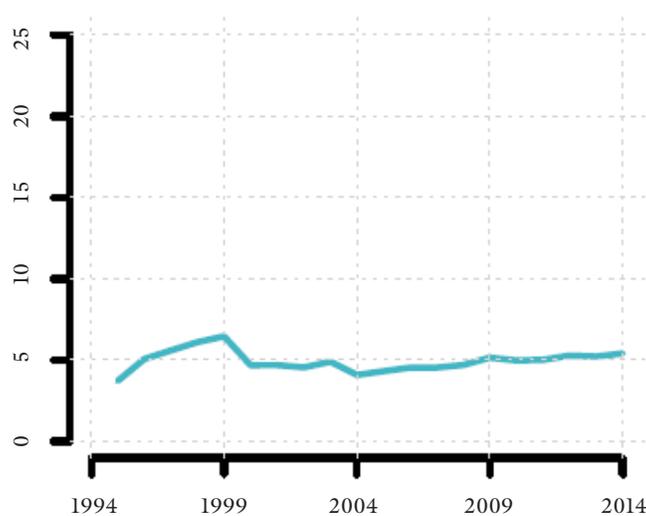
como porcentaje del PIB, el que también se ha mantenido estable en alrededor de un 4% o 5%. Consideremos entonces que el país se está haciendo más rico y gasta lo mismo en salud como porcentaje de su presupuesto o como porcentaje del PIB, aún a pesar de que el derecho a la salud fue agregado a la constitución en 1991.

FIGURA 16. Gasto en salud como porcentaje del gasto del gobierno



NOTA. Presentación Adam Chilton.

FIGURA 17. Gasto en salud como porcentaje del gasto del PIB

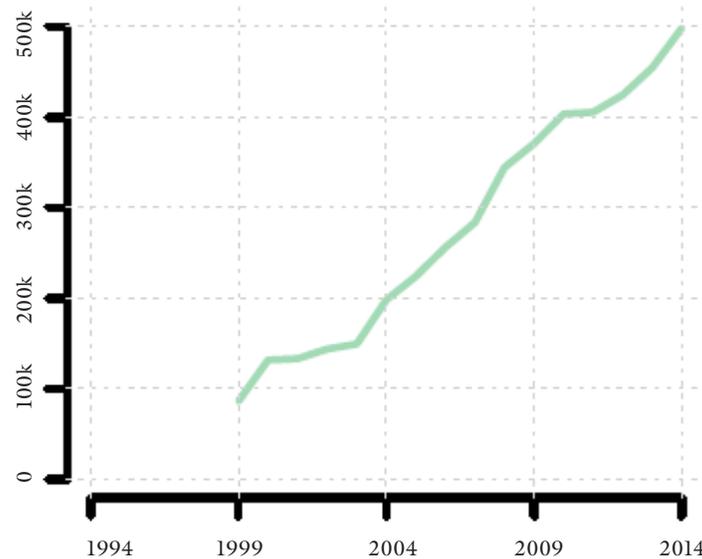


NOTA. Presentación Adam Chilton.⁹

⁹ Nota del Editor: El gráfico considera desde 1994 porque, aun cuando la constitución se promulgó en 1991, se requería de una ley para hacer efectivo el derecho a la salud. Dicha ley (Ley N°100) fue promulgada en 1993.

En cuarto lugar, aquello que sí ha cambiado es la cantidad de casos de tutelas judiciales que se han presentado alegando que el derecho a la salud individual de las personas no está siendo respetado. Estos han aumentado significativamente.

FIGURA 18. Acciones de tutelas presentadas relacionadas al sistema de salud



NOTA. Presentación Adam Chilton.

Estas son personas que dicen que se les ha negado un tratamiento que deberían poder recibir. Esto podría ser el caso de una persona que tiene cáncer y necesita una determinada quimioterapia, o también pueden ser cosas como necesitar una cirugía cosmética o medicamentos por cualquier otro motivo. David Landau escribió un importante artículo justamente sobre este sistema, donde argumenta que el resultado ha sido extremadamente regresivo, ya que la clase alta ha encontrado una forma para enfrentarse al sistema que los ha beneficiado.¹⁰ Lo que Colombia ha logrado al agregar un derecho a la salud judicializable es que los ricos pueden demandar en busca del mejor tratamiento y, dado que se sigue gastando la misma cantidad de dinero, éste simplemente se está gastando de una forma más regresiva.

Dicho esto, es difícil pensar en una solución a este problema. Si queremos que el derecho sea justiciable ante los tribunales, no va a cambiar el hecho que los ricos tienen mejores medios para aproximarse a los tribunales. Si introducimos un derecho y lo hacemos justiciable, puede esperarse que la prestación sea dispensada de manera más regresiva. Si en cambio lo dejamos fuera del alcance de los tribunales, significa que no habrá posibilidad de una revisión judicial de la acción de los legisladores. Por esto, nadie

¹⁰ Nota del Editor: véase Landau (2015).

ha logrado encontrar el balance adecuado entre la solución de querer atar las manos de los legisladores para lograr que nuestro sistema de salud sea mejor. En algún momento probablemente alguien podrá encontrarlo, pero hasta ahora no lo hemos logrado.

El segundo argumento que creo que es extremadamente importante de entender —y que a veces se olvida en estos debates— es que existe una relación casi perfectamente lineal entre la mediana anual de consumo de un país (i.e. cuánto gasta efectivamente cada año una persona en promedio en un país determinado, cuánto dinero tienen susceptible de ser gastado en bienes y servicios) y su tasa de pobreza (medición que permite saber cuántas personas están en situación de pobreza). Esto significa que aquellos países que tienen menos personas pobres tienen una mediana de la población más rica. Así, si queremos saber por qué hay tan pocas personas pobres en Dinamarca, por decir tan solo un ejemplo, es porque Dinamarca es un país rico. ¿Por qué hay tan pocas personas ricas en la República Centroafricana? Es porque la mayoría de las personas son pobres. Existe una línea recta entre cuán rico es un país y cuántas personas viven en la pobreza. Lo que esto nos sugiere es que solamente una pequeña porción de la variación total en el mundo en pobreza se puede explicar por algo diferente a la riqueza de un país.

De esta manera, todas estas discusiones sobre las constituciones, cómo la redactamos, cuáles son las prioridades o a quién elegimos, hacen solo una pequeña diferencia en términos de cuántos recursos tenemos. Además, es muy difícil simplemente redistribuir para evitar estos problemas. Entonces, si el objetivo es tener países en los que les vaya mejor a las personas que se encuentran en los tramos inferiores, hay que encontrar una forma de hacer crecer la economía. En ese sentido, muchos de estos debates respecto a los derechos socioeconómicos son fruto de la búsqueda de países que desean poder avanzar en esta línea de alguna otra forma que no sea la de hacer crecer su economía y, hasta ahora, no hemos averiguado cómo lograrlo.



COMENTARIO DE ANDREA BENTANCOR

Una cosa interesante del libro presentado es que todos los comentarios y dudas que surgen a medida que se avanza en la lectura son cubiertos en las siguientes secciones, lo que demuestra lo bien lograda que está la publicación. También es un trabajo muy completo pues se hace una utilización de los métodos mixtos: lo cuantitativo con una revisión amplia de muchos países (alrededor de 194) y muchos casos, mezclados con experimentos que abordan correlaciones, identificando alguna causalidad y luego el mecanismo a través del trabajo cualitativo.

Me sorprendió también esta tesis de que en realidad aquellos derechos que logran o encuentran alguna evidencia de buen cumplimiento, son aquellos que tienen organizaciones detrás y no tanto la institucionalidad —en el sentido de democracia o independencia del Poder Judicial—. Aquellos que tienen organizaciones fuertes de la sociedad civil o de grupos religiosos que permiten resolver los problemas de coordinación y acción colectiva. En cuanto a los derechos que aparecen estudiados o sistematizados, son los civiles; algunos como libertad religiosa, sindicalización, formación de partidos políticos, movimiento, no tortura, libertad de expresarse. Y esos civiles tienen la característica, uno diría y está en el libro, que se refieren a cómo limitar el Estado para que el individuo pueda desarrollarse. Esos son algunos y después están salud y educación, que son los derechos sociales que requieren de una provisión. Ahí hay una diferencia radical en los tipos de derechos analizados, porque algunos requieren una restricción al Estado y otros requieren un crecimiento del Estado.

En este sentido, en un trabajo realizado con Guillermo Larraín, Claudia Martínez, Rodrigo Vergara, Gabriel Ugarte y Rodrigo Valdés (2022), hicimos un ejercicio de costeo de lo que se aprobó en el Pleno de la Convención Constituyente. El trabajo que realizamos no es exactamente el mismo enfoque de Adam Chilton y Mila Versteeg (2020), sino que partimos del supuesto de que los derechos se cumplen y que, dado que se cumplen, es observable cuánto cuestan. Ese supuesto nos permitió obviar los temas de tutela judicial, ya que si uno parte del hecho de que los derechos se cumplen, no va a haber judicialización (lo que los autores sí cubren). Ahora, ¿qué cosa reflexionamos nosotros cuando llegamos a un número total de gasto, permanente y que requeriría todos los años gastar dicha cantidad y, por lo tanto, requeriría también de un crecimiento del Estado importante? Más allá de la idea de que hay que crecer para financiar un crecimiento tan importante del Estado, que es la conclusión muy importante de Adam que compartimos, ¿qué otras cosas se requieren?

Primero, es necesario resolver temas de factibilidad. Esto va desde la existencia de sistemas de información, por ejemplo, de la modernización de los procesos adentro de los servicios que se proveen, por

ejemplo, salud y educación, por decir algunos de lo que están cubiertos en el libro, pero también en seguridad social, vivienda, trabajo y otros. También es necesario resolver temas de economía política, por ejemplo, el trabajo que eventualmente se requiere con las asociaciones de funcionarios para que se sumen a los cambios. Que se capaciten y trabajen, en línea con lo que son, requiriéndose un proceso de modernización. Si esto no sucede, difícilmente estos derechos podrían proveerse.

Por otro lado, hay una página en el libro en el que se cita a otra autora la que dice “si los derechos que ingresan a las constituciones son muchos, el Estado puede elegir cuál cubrir”. Es decir, el número de derechos importa. Esto es un tema muy importante en lo que se ha estado discutiendo en Chile. Es distinto tener una gradualidad prevista y una priorización de cuáles son los derechos sociales que se van a ir incorporando, ponerse como objetivo cubrirlos en plenitud, cuando son unos 20 o cuando son 100.

Mi impresión es que algunos son especialmente difíciles de cubrir, por todo lo que he dicho. Pero también el proceso importa: cómo estos derechos quedan redactados y cuáles son los adjetivos utilizados en ello. Creo que cuando la literatura internacional estudie el borrador de la Convención Constitucional y lo traduzcan a distintos idiomas, la cantidad de adjetivos, la descripción y la formación de la política pública que queda implícita será uno de los temas relevantes. Nosotros sostuvimos un trabajo de lectura de manera conjunta para tratar de entender cómo uno podría costear lo que estaba implícito en el derecho consagrado. Había mucho detalle, lo cual creo que queda para el futuro proceso como un aprendizaje.

Otra cosa que es importante es el proceso. Había por ejemplo tres comisiones y después esas comisiones de pueblos originarios, conocimiento, ciencia, cultura, derechos fundamentales, se fusionan en una. Quedan así todas cubiertas por el artículo 119 que establece los procedimientos de tutela, con la característica de que son derechos individuales e incorporan en las distintas tendencias de los últimos años, de derechos individuales, colectivos y de la naturaleza. Ahora, aquí al igual que en Bolivia y en Ecuador, los derechos de la naturaleza aparecen desde la perspectiva de la naturaleza, pudiendo recurrir a Tribunales cualquier persona en favor de ellos, además de la Defensoría a la Naturaleza. Lo anterior, no desde una perspectiva del hombre, como aquel que tiene el derecho a un medio ambiente, que así entiendo está señalado en tratados internacionales. Entonces se tenía la duda de cómo iba a funcionar. Eso hacia el futuro también debe observarse como un aprendizaje.

En términos de la hipótesis de los autores Chilton y Versteeg (2020), es interesante pensar cuál de los derechos efectivamente van a tener organizaciones detrás para litigar o manifestarse y de esa manera solucionar los problemas de coordinación y acción colectiva que los autores señalan. Los que no tengan estas organizaciones, uno desprende del libro, no tendrían efecto. Los que sean muy caros, no factibles técnicamente o requieran resolver problemas de economía política cuando ello no sea posible, tampoco tendrían tanto efecto. Y entonces también es necesario prever cuánta frustración podría generarse.

Respecto al financiamiento, este era gasto recurrente de todos los años, para el cual hay que hacerse cargo de ajustes de stock que no están cubiertos. El gasto en un escenario bajo se estimó en un 8.9% y de un 14.2% en un escenario alto, ambos como porcentaje del PIB. Esto es gasto todos los años, es decir, un aumento de la capacidad del Estado en estos números requiere crecimiento, modernización, como decíamos, y resolver otros problemas. Para tener una idea las reformas tributarias que se han planteado en los últimos años (Reforma Tributaria Pdta. Bachelet en recaudación proyectada era de un 3%, y en recaudación efectiva fue de un 1.5%, ambos como porcentaje del PIB) no han sido no tan exitosas como lo previsto inicialmente y están bastante por debajo de lo que requeriría aumentar el gasto público.

Como señalaba anteriormente, las tres comisiones que plantearon derechos terminaron consolidando su propuesta en derechos fundamentales con un procedimiento de tutela. Casi todo el gasto proyectado va a hacia atender estos derechos sociales, lo cual yo creo que es un antecedente interesante para vincular con la literatura.

Por otro lado, uno ve que lo más caro es más difícil de cumplir, y en este sentido, bajo otra clasificación la protección social es lo realmente caro de cumplir. El derecho a la seguridad social, derecho a la vivienda, a la tierra para los pueblos originarios, fueron incluidos dentro de protección social. Todas estas son demandas que están presentes y para el futuro proceso hay que pensar cómo abordar. Y acá, como lección antes de cerrar, es que probablemente no se puede financiar todo, pero esto no significa que no se pueda financiar nada. Poniéndonos eso como objetivo, ¿cómo se va a priorizar? Esa es una pregunta importante.

La última lección que yo saco del libro, que presenta un panorama de lo que está pasando en el mundo, es que hay que hacerse cargo de este proceso. Hay que cerrarlo en los próximos años. Parece que no es tan extraño lo que está pasando en Chile y la incorporación de derechos es algo que se está dando en el mundo. Bueno, el priorizar y el graduar es importante, poniendo la agenda de crecimiento en el centro, porque si no esto será difícil de cubrir.



COMENTARIO DE JOSÉ FRANCISCO GARCÍA

A propósito del trabajo del profesor Chilton quisiera plantear una reflexión. ¿Cómo reorientamos y le damos racionalidad al debate académico y político sobre los derechos sociales, tras el proceso constituyente fallido? El trabajo del profesor Chilton nos da orientaciones importantes para pensar esto.

Yo creo que el punto de partida de la discusión sobre derechos sociales, cuál es el modelo y por qué la Convención Constitucional propone lo que propone, descansa en un diagnóstico muy antiguo acerca de cómo abordamos los derechos sociales en nuestra comunidad política. Este es un problema que nace con la Constitución de 1980 en sus orígenes. En varias declaraciones, la Comisión Ortúzar concibió a los derechos sociales como normas puramente programáticas o aspiracionales. No eran derechos fundamentales en sentido estricto y, por lo mismo, no tendrían la garantía del recurso de protección. Desde el comienzo, los críticos de la Constitución de 1980 le dieron gran importancia a esta cuestión: no son considerados derechos fundamentales en sentido estricto, no son realmente derechos constitucionales y no tienen la protección del recurso de protección —el que, de acuerdo con lo que sostenía la Comisión Ortúzar, era la ‘joya de la corona’, en términos de la experiencia colombiana—. Por lo tanto, la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales mediante el recurso de protección en sede judicial ante la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, se hizo sinónimo de exigibilidad de los derechos fundamentales. Sin recurso de protección, en realidad, no teníamos derechos fundamentales. Ese es el diagnóstico que evoluciona desde comienzos de la vigencia de la de 1980, que va a cambiar radicalmente con la práctica constitucional.

En efecto, entre los hitos que encontramos en la evolución de la práctica constitucional sobre derechos sociales, podemos destacar, por un lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en la sentencia *Isapre I*, de 2008, señaló que los derechos sociales son derechos fundamentales en sentido estricto, son interdependientes con los derechos civiles y políticos, además de reconocer un efecto horizontal respecto de los particulares (en este caso respecto de las Isapres), entre otros. Por otro lado, destaca la frondosa jurisprudencia de la tercera sala de la Corte Suprema, en fallos que los medios han denominado ‘supremazos’, en áreas como Isapres, medio ambiente, laboral, la consulta indígena del Convenio 169 de la OIT, los remedios para tratamientos de alto costo —que han sido notoriamente relevantes en esta historia—, entre otros.

En paralelo a esa práctica jurisprudencial, se generó una cierta práctica legislativa donde efectivamente se ha estado construyendo un pequeño Estado de Bienestar en ámbitos como pensiones, salud o educación. Con todo, estos avances de la política pública por vía legislativa, en la discusión de la política democrática, entraba en tensión con el desarrollo de la litigación de derechos sociales. Principalmente,

por el uso del recurso de protección ante la Corte Suprema, donde los litigantes estaban tratando de construir casos para defender derechos sociales a partir de otros derechos fundamentales que sí estaban protegidos por el recurso de protección. Ello reconfiguró la carta de derechos sociales de manera expansiva, no siempre alineada con los avances incrementales que lograba la política social en sede legislativa. Para algunos, estos ‘supremazos’, fueron el comienzo de una década de un activismo judicial de tinte progresista (en paralelo a uno conservador en el Tribunal Constitucional); para otros, el resultado inevitable de la inercia legislativa y gubernativa en materia de reformas sociales, la que luego fue conectada directamente con las causas del estallido social.

Bajo este contexto, la Convención Constitucional nos ofrece una carta de Derechos Sociales, que con razón se denominó maximalista —tanto por su extenso listado como por su exigibilidad amplia, sin ampararse en los estándares actuales de legalidad y arbitrariedad—, a través de la plena justiciabilidad realizable por medio de la acción de tutela de derechos fundamentales que se proponía. Paradójicamente, conectando con la crítica inicial que se le hace a la carta de derechos sociales que examinamos al comenzar, pero además en un contexto en que se está mirando los derechos sociales desde la lógica del constitucionalismo latinoamericano y del constitucionalismo transformador.

Trabajos como el del profesor Chilton que hoy examinamos nos permiten repensar este debate. ¿Cómo le damos racionalidad a un debate de cara a una nueva constitución? Por ello, el análisis de la evidencia empírica que nos ha ofrecido esta tarde es importante. Pero también las prácticas constitucionales comparadas nos entregan buenas ideas acerca de cómo consagrar y hacer exigibles los derechos sociales. Cuáles de esos bienes e intereses valiosos para una comunidad son aquellos a los que queremos dar rango constitucional, ya que no todo interés, demanda o aspiración puede tener el carácter de derecho fundamental, para no depreciar la carta de derechos o la constitución en su totalidad. También, cómo hacer exigibles esos derechos.

En el debate al interior de la Convención Constitucional se discutieron distintos modelos de consagración de derechos sociales. Se tuvieron a la vista los modelos de directivas, de objetivos sociales o de principios orientadores. Con todo, la Convención básicamente propuso el modelo latinoamericano de derechos públicos subjetivos con tutela judicial. También en la Convención se discutieron cuáles eran los mecanismos de exigibilidad. Es cierto que se propuso la acción de tutela como el gran esquema de exigibilidad o de eficacia de los derechos sociales —los derechos fundamentales en general—. Pero hubo varias alternativas sobre la mesa, y quiero indicar y tratar de hacer un listado de todos los mecanismos de exigibilidad y eficacia de los derechos fundamentales que fueron discutidos ante la Convención y en el debate público y académico (Gómez y García, 2021), muchos de los que están tratados en el trabajo del profesor Chilton. Quiero destacar que muchas de estas son técnicas que no descansan en modelos de justiciabilidad, o al menos, no de justiciabilidad directa. En efecto, entre estos mecanismos encontramos:

1. La consagración constitucional explícita de los derechos sociales más relevantes, reconociendo su carácter de derecho fundamental en sentido estricto en la constitución, amparados bajo la

- idea de constituciones o sus atributos fundamentales: supremacía constitucional, rigidez constitucional, eficacia directa, etc.
2. La regulación detallada de la estructura normativa de estos derechos fundamentales, su contenido esencial, ámbito de protección, límites o restricciones, sujetos a un estándar de razonabilidad o proporcionalidad, etc.
 3. En tercer lugar, una cláusula de derechos fundamentales que obligue a todos los poderes públicos que, en sus actuaciones y cada vez que se dicta una ley o un acto regulatorio de carácter general de la administración, no se pueden infringir o menoscabar esos contenidos esenciales. Se tiene que propender a la máxima realización posible del contenido esencial de tales derechos.
 4. Cuarto, que se generen obligaciones al Estado, que son primarias, secundarias y terciarias, estos, de respeto, protección y garantía, respecto de cada uno de estos derechos.
 5. Que existan un conjunto de garantías institucionales para dar eficacia a estos derechos. Instituciones como el Defensor del Pueblo, el Instituto de Derechos Humanos o reglas específicas, por ejemplo, como lo son las reglas de responsabilidad del Estado administrador o por infracción o lesión de derechos fundamentales.
 6. La revisión judicial de las leyes y de algunos actos administrativos de regulación general, como los reglamentos, por parte del Tribunal Constitucional.
 7. Diversos mecanismos de control de constitucionalidad preventivos, de naturaleza técnico-política, por parte de la Administración y el legislativo, de *compliance* de actos administrativos y legislativos con la carta de derechos, conocidos en la literatura como *pre-enactment review*, y desarrollado en Australia, Nueva Zelanda, Canadá o Japón.
 8. El conjunto de principios interpretativos que deben orientar la implementación de los derechos sociales. Insisto, sin antes hablar nada sobre jueces. Así, por ejemplo, la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho con el cual se construyó el Estado de Bienestar en Alemania, o en España, que son decisivas para la concreción legislativa de los derechos sociales. También, me refiero a los principios de progresividad y no regresividad, del contenido esencial y no discriminación, que hemos tomado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular del PIDESC¹¹, para orientar la materialización incremental sobre la base de los recursos disponibles y en caso de crisis económica, buscando fórmulas flexibles que aumentan la carga argumentativa del Estado para retroceder en prestaciones sociales en casos limitados y buscando salvaguardar el contenido esencial o los mínimos esenciales.
 9. En fin, el resto de las normas del Derecho Internacional, de los Derechos Internacionales de los Derechos Humanos que son directamente aplicables.
 10. Finalmente, y, por supuesto, el necesario equilibrio con las cláusulas de responsabilidad y sostenibilidad fiscal, que es un principio general que estaba contenido en la propuesta de la Constitución Constitucional.

¹¹ Nota del Editor: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

He nombrado diez mecanismos o técnicas que buscan dar orientaciones y eficacia a los derechos sociales. Esto implica tratarlos como derechos fundamentales, en sentido estricto, buscar su exigibilidad y darle racionalidad a la implementación gradual de estos derechos, con una cierta supervisión de tribunales. Pero no he mencionado nada sobre la tutela judicial directa, individual de cada persona para pedir, una ‘porción’ del bienestar social, que apartamos a un individuo en particular respecto del resto.

Sólo una vez que hemos desarrollado este conjunto de garantías (normativas, institucionales, etc.) para los derechos sociales, se abre el debate sobre las garantías jurisdiccionales. En otras palabras, debemos examinar cuidadosamente la mejor tecnología en exigibilidad de derechos sociales que hoy día tenemos a nivel comparado. ¿Por qué, entonces, nosotros vamos a seguir insistiendo en el modelo de justiciabilidad directa? No era racional el modelo de exigibilidad de derechos fundamentales propuesto por la Convención.

La literatura especializada en esta materia es contundente y persuasiva, no solamente la del profesor Chilton, sino que autores como Dixon (2007) y (2017), Landau (2012), Chilton y Versteeg (2020), o antes Holmes y Sunstein (2000) o Tushnet (2008), nos han mostrado las tensiones asociadas al modelo de justiciabilidad de derechos sociales. La litigación de derechos sociales es problemática, no solamente por la dimensión de los costos económicos, sino también por otras razones: los costos democráticos de este modelo, los déficits de la capacidad institucional y la toma de decisiones de los jueces, los problemas de regresividad y acceso a defensa legal, la efectividad de la sentencia, el debilitamiento del Estado administrador y del principio de legalidad, entre tantos otros.

El profesor Chilton, en su trabajo, nos ilustra con importante evidencia sobre los efectos limitados de este enfoque. La justiciabilidad, en el caso colombiano, y más aún las tensiones y distorsiones que generan estos modelos. Pensemos, por ejemplo, en el caso de estudio de Colombia. La litigación permite el acceso a medicamentos que no se encontraban en el Plan Base de Salud disponibles a todos en su día (en el caso chileno hablaríamos del GES o el Auge), lo que generó en algunos momentos entregas excesivas de medicamentos. No tuvo impacto en la política pública de salud y su financiamiento, generando solo el efecto de ‘saltarse la fila’ a los beneficiarios en perjuicio del resto de los colombianos. Dio cuenta del efecto regresivo de esta litigación: los beneficiarios que tenían más recursos para hacerlo, para contratar un abogado y litigar en perjuicio de los más pobres y de políticas públicas generales.

El profesor Chilton también destaca que las tutelas han tenido algunos impactos positivos, esto es, que la judicialización puede tener elementos rescatables para considerar. Pueden, a veces, solucionar los problemas de los grupos desaventajados. Por ejemplo, del lado del sistema político, pueden ser útil para identificar inercias legislativas o de política pública. Pero también el paso desde considerar la salud desde un beneficio social a un derecho constitucional parece forzar al gobierno a priorizar esta área. Así, el profesor Chilton nos invita a pensar los modelos de consagración y eficacia de los derechos sociales desde una perspectiva comparada, mirando la evidencia empírica y en algún sentido la ‘mejor tecnología’ disponible en el derecho comparado para abordar esta difícil misión. Por lo demás, algu-

nas de estas cuestiones las habíamos discutido hace algunos meses en esta misma mesa analizando un trabajo del profesor David Landau sobre el caso colombiano.¹²

Concluyo. De cara a un nuevo proceso constituyente, hoy no está sobre la mesa cuestionar el carácter de derecho fundamental en sentido estricto de los derechos sociales, como lo hizo la Constitución de 1980 original. El originalismo y alguna academia perdió este debate; lo perdió en el mundo. Pero sí necesitamos flexibilidad y racionalidad para mirar otros modelos, por ejemplo, los de directivas y objetivos sociales y, sobre todo, racionalizar al máximo el uso de la justiciabilidad directa. Así, a diferencia de la propuesta de la Convención, parece sensato alejarnos del modelo de Colombia, del paradigma del constitucionalismo latinoamericano, del constitucionalismo transformador. Y hacerlo por ineficaz, por ineficiente, pero especialmente por inequitativo. Trabajos como los del profesor Chilton nos entregan evidencia y aprendizajes valiosos de cara a nuestros desafíos futuros en materia de consagración y exigibilidad de derechos sociales: un ámbito en la que la actual constitución y nuestro constitucionalismo está en deuda, pero que, requiere de dosis mayores de rigor técnico, racionalidad y reflexividad a la hora de afrontarlo.

Referencias

Bentancor, A., Larraín, G., Martínez, C., Ugarte, G., Vergara, R. y Valdés, R. (2022). Estimaciones del Costo Fiscal Directo de la Propuesta de Nueva Constitución. *Puntos de Referencia* N° 613. <https://www.cep-chile.cl/investigacion/estimaciones-del-costo-fiscal-directo-de-la-propuesta-de-nueva-constitucion/>.

Chilton, A. (2014). The influence of international human rights agreements on public opinion: An experimental study. *Chicago Journal of International Law*, 15:110, 110-137.

Chilton, A. & Versteeg, M. (2020). *How Constitutional Rights Matter*. Oxford Academic.

Chilton, A. & Versteeg, M. (2017). Rights without resources: The impact of constitutional social rights on social spending. *The Journal of Law and Economics*, 60:4, 713-748.

Chilton, A. & Versteeg, M. (2016). Do constitutional rights make a difference? *American Journal of Political Science*, 60(3), 575-589.

Chilton, A. & Versteeg, M. (2015). The Failure of Constitutional Torture Prohibitions. *Journal of Legal Studies*, 44, 417-452.

Dixon, R. (2007). Creating dialogue about socioeconomic rights. Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 5 (3): 391-418.

¹² Nota del Editor: La referencia se hace al seminario *Los nuevos Derechos Sociales desde el Derecho Comparado*, que tuvo lugar el 16 de junio de 2022 en el Centro de Estudios Públicos y en el que participaron David Landau, José Francisco García, Luis Eugenio García-Huidobro y Claudia Sarmiento. Éste puede ser revisado en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=PHVxDjWXPVs>

- Dixon, R.** (2017). The Core Case for Weak-Form Judicial Review. *Cardozo Law Review*, 38(6): 2193-2232.
- Fariss, C., Kenwick, M., & Reuning, K.** (2020). Latent Human Rights Protection Scores Version 4. Harvard Dataverse, V2, <https://doi.org/10.7910/DVN/RQ85GK>.
- Gómez, G. y García J.F.** (2021). Los derechos sociales y la nueva constitución: tensiones y desafíos técnicos. *Actualidad Jurídica*, 44: 229-278.
- Holmes, S. & Sunstein, C.** (2000). *The costs of rights. Why liberty depends on taxes*. W.W. Norton.
- Landau, D.** (2012). The reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*, 53 (1): 100-247.
- Landau, D.** (2015). *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*. Universidad Externado.
- Tushnet, M.** (2008). *Weak Courts, Strong Rights. Judicial review and Social Welfare in comparative perspective*. Princeton University Press.



CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

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

Director: Leonidas Montes L.
Editor: Luis Eugenio García-Huidobro
Diagramación: Pedro Sepúlveda V.

VER EDICIONES ANTERIORES

