



1

• artículo •

Los derechos económicos, sociales y culturales en Chile ¿Asignatura pendiente?

Daniel M. Brinks¹

DOI: 10.53110/BSAY9015

A. Introducción: América Latina está a la vanguardia de los desarrollos globales en la constitucionalización y aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).² Históricamente, Estados Unidos fue considerado el líder mundial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, y a fines de la década de 1990 y principios de la de 2000, los tribunales de India y Sudáfrica, y quizás Hungría, aparecen como pioneros en la aplicación judicial de los DESC. Pero los países latinoamericanos hace mucho tiempo ya incluyen una amplia gama de derechos sociales y económicos en sus constituciones, y en las últimas décadas no sólo han agregado más derechos, sino que también han reforzado los mecanismos de aplicación judicial de los derechos incluidos en sus textos fundamentales. De hecho, hoy, aunque muchas cortes a través del mundo han levantado la bandera de los DESC, los tribunales latinoamericanos están aportando innovación doctrinal y ejemplos concretos de aplicación de los DESC a un ritmo y de una ma-

¹ Profesor de Ciencia Política y Derecho, Universidad de Texas en Austin; Investigador Asociado, Christian Michelsen Institute, Bergen, Noruega. ² Este artículo está basado en gran parte en un capítulo publicado en inglés en Gargarella y Huebner Mendes, 2021.

nera que eclipsa a otras regiones. Estas intervenciones judiciales en cuestiones claves de la política social y económica son a menudo controvertidas y, en ocasiones, criticadas por ineficaces, pero queda claro que han transformado la política de previsión social y las estrategias de los movimientos sociales en muchos países de la región.

Chile, en este sentido, es lo que en inglés se llama un “outlier” – un valor aislado entre los países de América Latina. Su constitución incorpora algunos pero lejos de todos los DESC, y no tiene un tribunal con una trayectoria bien definida de aplicación de los DESC, por razones institucionales y de tradición jurídica. La constitución actual de Chile no reconoce los derechos de los pueblos indígenas, hablando del “pueblo” en singular (Art. 5). Sí reconoce, en el Artículo 19, el derecho a un medio ambiente sano (no. 8°), a la protección de la salud (no. 9°), a la educación (no. 10°), a la negociación colectiva (no. 16°), y a la seguridad social (no. 18°). En efecto, estos son los DESC más comunes en las constituciones del mundo. Pero de éstos, sólo el derecho a la salud (y en su inciso final únicamente), y el derecho al medio ambiente sano (siempre y cuando sea violado por “una autoridad o persona determinada”) están sujetos al recurso de protección (Art. 20). De hecho, con la excepción de algunas decisiones alrededor del derecho a la salud, ni la Corte Suprema ni el Tribunal Constitucional de Chile han tomado grandes pasos hacia la exigibilidad de estos derechos. Y están ausentes del texto otros como el derecho a la vivienda digna, a la alimentación, al agua, al trabajo digno, al desarrollo integral para niños o adolescentes, a la protección de las personas con discapacidad, a la formación profesional y técnica, al acceso a la tierra para los trabajadores rurales y otros que se encuentran en muchas constituciones de la región.

Además, aunque el Tribunal Constitucional y las demás Cortes en Chile tienen la capacidad de proteger contra las violaciones de los derechos; como vimos, el recurso de protección está limitado a ciertos derechos. Más aún, para declarar la inconstitucionalidad de una ley, el Tribunal Constitucional debe actuar por una mayoría de cuatro quintos de los integrantes en ejercicio (Art. 93, 7°). Esta mayoría, ya de por sí prohibitiva, se hace aún más difícil de alcanzar cuando consideramos el tenor conservador que ha tenido el Tribunal desde sus principios. En suma, está claro que el actual texto está escrito para limitar y no para ampliar la intervención de los tribunales en temas tradicionalmente considerados del ámbito de las políticas públicas; temas que, en países vecinos, se han vuelto sujetos de numerosas intervenciones judiciales.

El hecho de que, en contraste, muchos de los tribunales latinoamericanos estén utilizando los DESC para desafiar las decisiones de los gobernantes debería sorprendernos. Según muchos expertos, la aplicación de los DESC estaba más allá de las capacidades incluso de los tribunales robustos del norte global anglosajón. El consenso era que los DESC eran demasiado

policéntricos y complejos,³ demasiado costosos,⁴ demasiado cargados políticamente,⁵ demasiados indeterminados y subjetivos⁶ – en suma, demasiado ajenos al conocimiento y la función del juez para ser objeto del litigio y la exigibilidad judicial. Para peor, otra vez de acuerdo al consenso académico,⁷ se pensaba que los tribunales de América Latina, producto de la tradición del Derecho Civil, a duras penas podían superar sus deficiencias para hacer cumplir la separación de poderes y los derechos políticos y civiles individuales tradicionales.⁸ Eran formalistas, tímidos, dominados por el ejecutivo, expuestos a retaliación y al “court packing”.⁹ Seguramente hacer cumplir los DESC sería una carga demasiado pesada para estos tribunales; seguramente estos derechos se volverían, como tantos otros en la historia constitucional de América Latina, promesas vacías de textos constitucionales más simbólicos que prácticos.

En este breve capítulo, mostraré primero la tendencia hacia el constitucionalismo de los derechos sociales en la región.¹⁰ Demuestro cómo el constitucionalismo latinoamericano hoy ha transformado la relación entre la política ordinaria y la justicia constitucional, como resultado directo de la constitucionalización de los DESC y la judicialización de su aplicación. En este sentido, resalto que los DESC o bien pueden caer dentro de los principios justiciables de una constitución, o pueden servir como meras guías para el desarrollo de la política, sin incorporarlos al ámbito de la justicia constitucional.

En esta primera sección presento un mapa conceptual para ilustrar como los DESC pueden transformar la forma en la cual una constitución estructura la política de un país. Este análisis conceptual nos muestra que los DESC pueden caer dentro de la política cotidiana, donde sólo están expuestos a la exigibilidad política, por medio de elecciones, lobby y demás; o dentro de un espacio que llamo política constitucional, con exigibilidad puramente política pero invitando la retórica y la carga normativa de los derechos y la normativa constitucional; o bien dentro del espacio de la justicia constitucional, con acceso a la retórica de los derechos y plena exi-

³ Horowitz, 1977.

⁴ Sunstein, 1996, p. 225.

⁵ Tushnet, 2004, p. 1895; Tushnet, 2009.

⁶ Waldron, 1993, p. 18–51; Waldron, 2009.

⁷ Véase, por ejemplo, Merryman y Pérez Perdomo, 2007.

⁸ Para una crítica parcial de ese punto de vista, véase Brinks, 2005, pp. 595–622.

⁹ “Court packing” se le llama al proceso de nombrar jueces afines, a menudo tras ampliar el número de escaños en una corte.

¹⁰ La siguiente sección se basa en parte en selecciones de Brinks y Blass, 2018.

gibilidad judicial. La decisión de incluir los DESC en uno u otro espacio va agregando herramientas de exigibilidad, sin quitar las anteriores, a medida que vamos de la política cotidiana, a la política constitucional, a la justicia constitucional. Necesariamente, al hacerlo, limita la libertad de actuación de las coaliciones de gobierno.

B.

Los derechos, la constitucionalización, y la política

Metafóricamente, la constitucionalización de los derechos sociales y económicos, unida a la creación de una justicia más accesible, autónoma y poderosa, amplía el espacio político que ocupa la justicia constitucional en un país. En general, la mayoría de las opciones políticas necesarias para gobernar un país caen en la esfera de la política cotidiana. Estas opciones están confiadas a la actual coalición gobernante, resultante de elecciones periódicas, para la toma de decisiones puramente mayoritarias, con muy poca supervisión por parte de la autoridad constitucional. La decisión de utilizar un sistema tributario más o menos progresivo o regresivo, o de aumentar el salario mínimo o aumentar la pena por ciertos delitos, normalmente está relegada a la política cotidiana, con todas las ventajas e imperfecciones que la democracia puede manifestar en un tiempo y contexto dado.

Otras opciones se someten expresamente al control constitucional y por lo tanto a la esfera de la justicia constitucional. Los ejemplos más clásicos tienen que ver con la protección de la libertad o la propiedad – el proceso que se debe seguir antes de registrar o incautar un inmueble o encarcelar a un acusado, o el grado en que la libre expresión puede ser regulada y limitada. Las discusiones abstractas del constitucionalismo a veces proceden como si lo que es materia de justicia constitucional y lo que es materia de política ordinaria es o debería ser uniforme y universal para cualquier constitución en cualquier contexto. Pero diferentes países enfrentan desafíos fundamentales muy distintos, y diferentes pueblos pueden tener proyectos de justicia constitucional más o menos ambiciosos. Enfrentando la realidad social y económica de sus países, la mayoría de las constituciones del Sur global, en el último medio siglo, han optado por una esfera más amplia de justicia constitucional y han puesto a los tribunales constitucionales al centro de las decisiones que tienen que ver con la justicia social y política de cada país. Si imaginamos estas esferas como un diagrama de Venn concéntrico, la política cotidiana es el círculo externo, más amplio, y la justicia constitucional el círculo interior.

La diferencia entre una esfera y la otra no es, como a veces se imagina, categórica – la diferencia entre “el derecho” y “la política” – sino más bien una de capas sucesivas de estrategias y recursos

políticos e institucionales. Es cierto que en la política cotidiana, la coalición gobernante puede perseguir todos los fines del gobierno que la Cons-

titución no exige o prohíbe sin rendir cuentas a otros que los votantes. Los que definen las opciones y posibilidades son los representantes, los partidos políticos, los lobistas, los activistas, las élites políticas. La rendición de cuentas es episódica y retrospectiva – electoral. Ni el lenguaje constitucional ni los tribunales constitucionales tienen mucho que decir en ese espacio.

El círculo interno, a su vez, define aquellas cuestiones constitucionales que los tribunales están facultados para decidir. Aquí, la coalición gobernante y la mayoría actúan, pero también actúan las minorías con reclamos constitucionales y la sociedad civil organizada; aquí los portavoces son los representantes, pero también los abogados y los jueces; aquí los espacios de decisión claves son las legislaturas, pero también los juzgados. La legislatura y el ejecutivo son, casi siempre, los primeros actores, pero no necesariamente los que tienen la última palabra. La rendición de cuentas electoral no desaparece, por cierto; muchas veces es la intervención judicial la que dispara la dinámica electoral, y la dinámica electoral lo que potencia la respuesta judicial. Tampoco es cierto que los jueces tienen siempre la última palabra, ya que la literatura empírica sobre los tribunales nos enseña que éstos también son producto de y están sujetos a nuestra política cotidiana. Pero sí es cierto que en este espacio las decisiones resultan de un diálogo complejo entre mayorías y minorías, representantes y magistrados, élites legales y políticas, públicos y sociedad civil organizada. Constitucionalizar un tema implica agregar actores, espacios institucionales, discursos y lógicas.

Pero a este esquema tenemos que agregarle una esfera media de temas que son favorecidos por la constitución, pero que no son justiciables, ya que no es cierto que todo lo que se constitucionaliza se vuelve justiciable. Muchas constituciones – especialmente en relación a los DESC – favorecen algunos fines políticos, sin necesariamente hacerlos objeto de justiciabilidad en el sistema de justicia constitucional. A veces la no-justiciabilidad se hace explícita, como con los “principios rectores” de la parte IV de la Constitución de la India, o en el Capítulo II de la Constitución de Nigeria. El derecho a la educación, en la constitución de Chile actual se aproxima a este espacio, ya que está garantizado en el Artículo 19 de la constitución, y expresamente excluido del recurso de protección en el siguiente artículo.

En América Latina, a menudo, la no-justiciabilidad estaba implícita. Por ejemplo, los textos que insistían en que el derecho a la propiedad debía cumplir una función social, implícitamente

“ ”

La legislatura y el ejecutivo son, casi siempre, los primeros actores, pero no necesariamente los que tienen la última palabra. La rendición de cuentas electoral no desaparece, por cierto; muchas veces es la intervención judicial la que dispara la dinámica electoral, y la dinámica electoral lo que potencia la respuesta judicial.

le daban a la coalición gobernante un mandato para expropiar y distribuir la propiedad, pero no necesariamente facultaban a los tribunales para hacerlo. Más bien, limitaban el poder de las minorías de proteger concepciones tradicionales del derecho de propiedad. En este espacio intermedio, la constitución busca transformar la retórica y la concepción política de los fines del gobierno; pero no levanta el estatus de las minorías o de los tribunales del mismo modo en que lo hacen los principios justiciables de la constitución. Un impulso similar para empoderar la política ordinaria sin la superposición judicial se puede ver en las amplias protecciones para trabajadores y ancianos en la Constitución de Argentina de 1949 – la constitución de Perón – las cuales no estaban acompañadas de tribunales fuertes o mecanismos procesales para reclamar los derechos. Estos temas con inflexiones constitucionales se incluyen en la esfera media, la esfera de la política constitucional. Incluir un tema en este espacio implica potenciar a la mayoría, no necesariamente empoderar las minorías. **Cualquier país contemplando la escritura de una nueva constitución, debe decidir donde caben los DESC – ¿en la esfera de la política cotidiana? ¿en la política constitucional? ¿o en el ámbito de la justicia constitucional?**

C. ***El constitucionalismo social en América Latina***

La imagen convencional es que al menos hasta la segunda mitad del siglo pasado, las constituciones de América Latina, y quizás las de la mayoría de los demás países del Sur Global fuera del bloque comunista, siguieron un modelo clásico, liberal, de separación de poderes, con una visión procesal de derechos negativos. El modelo que siguió, entre otros, Chile, con la excepción del intento de inculcar valores católicos a través de la constitución, refleja este modelo. Incluso, la debilidad de los tribunales y de la protección constitucional en muchos países significaba que en la práctica la esfera efectiva de la justicia constitucional era más pequeña aún, hasta prácticamente desaparecer en algunos casos. Esto deja todas las decisiones vinculantes – incluso aquellas sobre temas incluidos en los derechos fundamentales – en manos de quien ejerce el gobierno, sin posibilidad de revisión. **Lo que vemos hoy en América Latina, en contraste, es un nuevo modelo: un constitucionalismo del Sur Global orientado hacia los derechos sociales, con alta justiciabilidad. En efecto, lo podríamos llamar un constitucionalismo social, basado en los DESC.¹¹**

Este constitucionalismo tiene claras raíces históricas y marca una diferencia importante entre el constitucionalismo latinoamericano y lo que he llamado el modelo clásico. Al menos desde 1917, la constitución de México

inaugura una preocupación con el constitucionalismo social. Este constitucionalismo intenta ampliar el ámbito de la política constitucional más allá de los derechos civiles y políticos, para incluir la “cuestión social”, un rubro que incluía las condiciones de trabajo y la preocupación por la distribución de tierras, por ejemplo. Muchas de las constituciones de la región siguieron su ejemplo en la primera mitad del siglo veinte, como muestra GARGARELLA.¹² Si bien es cierto que los documentos recientes han ampliado significativamente el ámbito de la justicia constitucional, a través de la adición de los DESC y el fortalecimiento de la justicia constitucional, las preocupaciones económicas y sociales no son recién llegadas al canon constitucional latinoamericano.



La “sala de máquinas”, en la frase de GARGARELLA, del constitucionalismo social del siglo anterior, refleja la tradicional dependencia del Ejecutivo para realizar los proyectos de gobierno, aún los constitucionales. Estos experimentos en el constitucionalismo social en general fueron breves, a menudo interrumpidos por regímenes militares brutales.

En documentos que abarcan desde 1917 hasta finales o mediados del siglo pasado, estas preocupaciones, aún si se enmarcaban como derechos, en general no iban acompañadas de mecanismos efectivos de aplicación. Los tribunales eran más frágiles y los mecanismos procesales para la protección de los derechos, como el amparo mexicano o el mandado de seguridad brasileño, eran débiles y engorrosos – o no existían aún, como la tutela colombiana. La “sala de máquinas”, en la frase de GARGARELLA, del constitucionalismo social del siglo anterior, refleja la tradicional dependencia del Ejecutivo para realizar los proyectos de gobierno, aún los constitucionales. Estos experimentos en el constitucionalismo social en general fueron breves, a menudo interrumpidos por regímenes militares brutales. La reacción violenta tal vez se deba precisamente al hecho que las élites privilegiadas afectadas negativamente por el impulso redistributivo del constitucionalismo social no contaban con una fuerte protección judicial de sus derechos más tradicionales – los civiles y políticos, y de propiedad. Para la década de 1970 los experimentos originales habían sido reemplazados por documentos más restrictivos en países como Guatemala, Argentina y otros, aunque en muchos casos, como el chileno, algunas protecciones laborales y provisiones sociales básicas – salud, educación, previsión social – quedaron sobre la arena cuando retrocedió la marea del constitucionalismo social.

Las últimas cuatro o cinco décadas, por lo tanto, realmente marcan una expansión de los mandatos justiciables para el gobierno de turno, y los mecanismos asociados de rendición de cuentas. Si medimos por lo que está

¹² Gargarella, 2010; Gargarella, 2013.

en el texto, la mayoría de los países del hemisferio sur han optado por un conjunto mucho más inclusivo de derechos positivos, en relación al pasado y por cierto en relación a las constituciones de los países del Norte.¹³ La constitución de Brasil de 1988, por ejemplo, fue inicialmente muy criticada por su excesiva regulación de la política ordinaria, y las que le siguen no han resultado más cortas o menos detalladas. En este último período, entonces, muchas constituciones de América Latina han sometido explícitamente más de los fines del Estado a la supervisión de los tribunales constitucionales, así como de otras instituciones como los Defensores del Pueblo, y los Ministerios Públicos con amplias agendas constitucionales.

Esta atención a los mecanismos de aplicación torna “exigibles” a los DESC – es decir, los vuelve sujeto propio de demanda más que de la mera solicitud – y pone a los tribunales al centro de las estrategias para su realización. Si hay algo realmente nuevo en el nuevo constitucionalismo del Sur Global es esta preocupación con el marco institucional para reclamar el cumplimiento de los derechos.¹⁴ Ya en 1985 los integrantes del Comité de Redacción de la Asamblea Constituyente guatemalteca dirían, al concretar su tarea:

*El listado de los derechos humanos, yo creo que no tiene mayor importancia porque es un listado, es decir, no vamos a inventar nada nuevo. En cambio, en los mecanismos y en las instituciones que habremos de crear, eso sí tiene una verdadera importancia, y requiere mucho estudio y mucho trabajo porque es algo innovador. Estoy pensando en un tribunal, en una procuraduría del pueblo, como el que está en España, por ejemplo (...).*¹⁵

Como señaló ÁNGEL PARDO, miembro de la Convención Constituyente Argentina de 1994, en relación a la inclusión de los DESC en la reforma constitucional de ese país:

¹³ Véase, por ejemplo Bilchitz, 2013, pp. 41–94; Bilchitz, 2007; Brinks, Gauri y Shen, 2015, pp. 289–308.

¹⁴ Gargarella sostiene que no ha habido mucha atención a la “sala de máquinas” de las constituciones en América Latina (Gargarella, 2013). Si bien esto puede ser cierto con respecto al equilibrio entre el ejecutivo y el legislativo, no describe la atención que le han dedicado los constituyentes a los nuevos tribunales y dispositivos procesales – véase Brinks y Blass, 2018. Tampoco toma en cuenta las nuevas instituciones fiscales y los nuevos mecanismos de responsabilidad horizontal en general desde la década de los ‘80. Ver: Mainwaring y Welna, 2003; O’Donnell, 2003, pp. 34–54.

¹⁵ Transcripciones de los debates en la Comisión de la Treinta (Asamblea Constitucional de Guatemala, 1985, pp. 36–37).

Aquellos que se quejan de esta reforma lo hacen porque se dan cuenta de que ella significará un daño potencial al establishment al que pertenecen, sobre todo a aquellos liberales que defienden la propiedad privada por sobre los derechos de la sociedad. .¹⁶

En otras palabras, no sólo es más probable que ahora encontremos constituciones que establecen una esfera más amplia de política constitucional, sino que también es más probable que encontremos constituciones que fortalecen los mecanismos de aplicación y rendición de cuentas de los DESC.¹⁷ Como mencionábamos antes, expandir las esferas de interés constitucional implica no tanto sustraer temas de la política ordinaria, sino más bien agregar nuevas voces, nuevas instituciones, y un nuevo lenguaje de rendición de cuentas, a un número cada vez más grande de temas.¹⁸ En efecto, en las décadas de 1980 y 1990, los constituyentes latinoamericanos ya no confiaron estos objetivos a las mayorías gobernantes. Se hicieron cargo de la crítica que las meras palabras en el papel eran insuficientes para motivar a los que estaban en el poder, y se centraron en fortalecer los mecanismos institucionales que podrían convertir la letra muerta en acción. Se dirigieron, por tanto, a la expansión del ámbito de la justicia constitucional, convirtiendo a los tribunales constitucionales y otros actores legales en actores centrales en la gobernanza de esos temas. Aunque las coaliciones de gobierno siguen teniendo la primera oportunidad de abordar estos problemas, las nuevas constituciones reducen la gama de resultados posibles al exponer las políticas públicas a los argumentos y procesos de supervisión constitucionales, incluidos los judiciales.

Una forma de visualizar el cambio es ver qué países incorporaron DESC adicionales entre 1975 y 2009, qué países dotaron a sus tribunales de poderes adicionales, y cuáles hicieron ambas cosas. Podemos hacer una identificación aproximada de las constituciones que han incluido más derechos sociales y económicos simplemente contando el número de derechos en las constituciones. Es algo más difícil clasificar los poderes de aplicación de cada corte, ya que las clasificaciones tradicionales como el control abstracto y concreto a menudo dicen muy poco acerca de la capacidad de las cortes

¹⁶ Transcripción de Debates, p. 2907.

¹⁷ Ver, por ejemplo, Brinks et al., 2015.

¹⁸ Gauri y Brinks definen la “legalización de la política” como “la medida en que los tribunales y los abogados (...) se convierten en actores relevantes, y el lenguaje y las categorías del derecho y los derechos se convierten en conceptos relevantes, en el diseño e implementación de las políticas públicas” (Gauri y Brinks, 2008, p. 4). Continúan diciendo (p.5) que: “los tribunales con más frecuencia añaden un actor relevante y consideraciones relevantes, antes que quitarle el poder de toma de decisiones a otros actores”.

para desafiar el statu quo e imponer otra visión de la justicia constitucional. Por lo tanto, utilizo una escala de cinco valores para clasificar los diferentes sistemas en cuanto a la robustez de sus mecanismos de ejecución judicial.

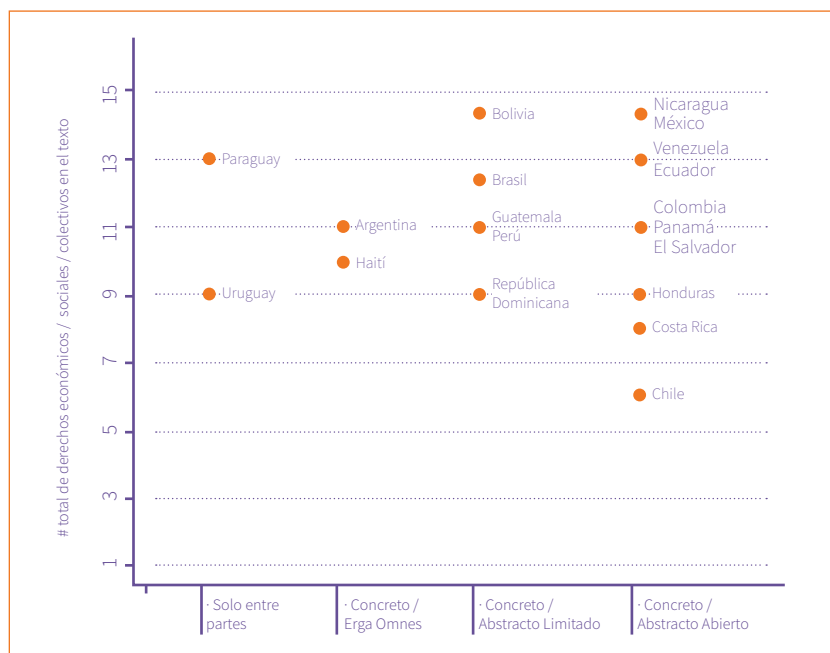
Las últimas décadas han marcado un cambio de un modelo civilista tradicional de decisiones individuales con efectos puramente inter partes, hacia un modelo en el que las decisiones de los tribunales pueden tener efectos más generales, ya sea declarando la inconstitucionalidad de las leyes en abstracto o haciendo que las decisiones en casos individuales sean vinculantes erga omnes (como es la norma en los sistemas de derecho común basados en precedentes o stare decisis). Además, hay un movimiento para abrir la jurisdicción abstracta de los tribunales constitucionales a la ciudadanía en general, en vez de restringirla a las élites políticas. Combinando estos elementos, podemos clasificar los países en una escala como muestra la siguiente tabla:

Tabla 1: Clasificación de los poderes de aplicación de los tribunales constitucionales

Puntaje	Descripción
1	Tribunales con capacidad nula o muy limitada para declarar inconstitucionales leyes o acciones ejecutivas. Ejemplos: Guatemala y Nicaragua, entre otros, durante períodos de excepción. Varias cortes del siglo diecinueve.
2	Tribunales para los cuales: (a) el texto especifica que las decisiones sólo tienen efectos inter partes; o (b) cuando el texto le concede a los tribunales una ‘acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad’ únicamente, sin especificar efectos erga omnes (esta causa tradicionalmente sólo tiene efectos inter partes). Por ejemplo: (a) muchos tribunales del siglo veinte, incluido México; y (b) la Corte Suprema de Chile.
3	Tribunales sin revisión abstracta, pero que tienen: (a) amparo/tutela; o (b) la capacidad general de revisión concreta y no se especifica nada sobre el efecto de una decisión. Por ejemplo: (a) Brasil antes de 1964; y (b) Argentina.
4	Tribunales con alguna versión de revisión abstracta, además del amparo o revisión concreta, pero con limitado acceso a la revisión abstracta (ya sea limitado al presidente para remitir un proyecto de ley por inconstitucionalidad, o a actores enumerados, como un subconjunto de la legislatura y ciertos funcionarios gubernamentales). Ej.: Perú, Panamá hasta 2009; Bolivia 1994; o Brasil antes de 1988.
5	Tribunales para los cuales el texto especifica que las decisiones de inconstitucionalidad tienen efecto vinculante para todos los poderes públicos, o que tienen revisión abstracta o su equivalente (cuando el texto especifica que el resultado de una decisión es la nulidad de la ley declarada inconstitucional); y las acciones que producen estos efectos están abiertas a la población en general. Ej.: Colombia, después de 1945; o Ecuador 2008.

La siguiente figura muestra el número de derechos económicos sociales y culturales incluidos en la constitución de cada país en 2009 en el eje vertical. El eje horizontal presenta la escala que muestra la Tabla 1.

Figura 1: Países clasificados de acuerdo al número de DESC y cualidades de su tribunal superior.



Con la única excepción de El Salvador y Costa Rica,¹⁹ que no han cambiado la letra constitucional desde 1975, todos estos países han agregado derechos o mecanismos para su aplicación, o ambos, para terminar donde están hoy. Todos los países de la región, incluso Chile, tienen algunos derechos sociales y económicos, legado del constitucionalismo social latinoamericano, como se mencionó anteriormente, pero los países del cuadrante superior derecho además han agregado DESC y con especial atención a los derechos culturales. Los países que tienen tanto un conjunto amplio de derechos como mecanismos sólidos de aplicación (Nicaragua, México, Colombia, Guatemala, Ecuador, Bolivia y Venezuela), tienen los elementos procesales y jurídicos para hacer cumplir los DESC – sujeto, por supuesto a la

¹⁹ Como veremos en un momento, Costa Rica ha agregado derechos a través de la interpretación judicial y la incorporación de tratados de derechos humanos a su jurisprudencia interna. También tiene una sala constitucional nueva y muy activa en su Tribunal Supremo. Pero según los criterios muy limitados que utilicé en esta figura, no ha cambiado.



Chile sigue siendo un verdadero outlier, con un número limitado de derechos a pesar de los atributos importantes que tiene su Tribunal Constitucional. De hecho, la Constitución chilena tiene mecanismos que son, en cierta forma, la contracara de los DESC.

realidad política y judicial de cada país. Argentina aparece rezagada en el gráfico, porque no incluye una lista de derechos tan amplia como las otras constituciones, pero si contáramos todos los DESC incluidos en los tratados internacionales que Argentina ha incorporado explícitamente en su Constitución, se elevaría al nivel más alto en el gráfico.

Por otra parte, en 1994 Argentina incluye expresamente el derecho de presentar un amparo colectivo en defensa de los derechos difusos y colectivos. Esto le ha dado a sus tribunales un poderoso mecanismo para abordar amplios temas

de política pública. Si consideráramos la tutela de los derechos difusos y colectivos como una herramienta especial para hacer cumplir los compromisos constitucionales en forma más abstracta, Argentina avanzaría hacia la derecha en el gráfico y terminaría aproximadamente en el mismo espacio que Bolivia.

Por el otro lado, países como Chile, Costa Rica, y Honduras se han mostrado reacios a añadir demasiados derechos sociales y económicos, incluso a medida que iban fortaleciendo los atributos jurisdiccionales de sus cortes. Costa Rica comenzó el período con fuertes mecanismos procesales pero una corte relativamente débil, y después añadió una cámara constitucional, la Sala IV, que encontró maneras de hacer cumplir algunos DESC, como el derecho a la salud, encontrándolos implícitos en el derecho a la vida. Aunque este país ha firmado todos los tratados internacionales, no ha sumado muchos DESC a su Constitución. Chile sigue siendo un verdadero outlier, con un número limitado de derechos a pesar de los atributos importantes que tiene su Tribunal Constitucional. De hecho, la Constitución chilena tiene mecanismos que son, en cierta forma, la contracara de los DESC. Requiere una ley orgánica en temas de política educativa o tributaria, entre otros, imponiendo requisitos cuasi constitucionales y dificultando la formulación y adaptación de políticas democráticas en aquellas áreas sin un lenguaje correspondiente de exigibilidad a través de derechos. Este mecanismo crea actores de veto en estos temas, sin una correspondiente exigibilidad en cuanto a la provisión de educación o la redistribución de ingresos.

Mientras tanto, ni Paraguay ni Uruguay han adoptado el nuevo constitucionalismo de derechos sociales, prefiriendo retener una lista corta de derechos y un tribunal con pocas atribuciones para hacer cumplir los derechos que existen. La Sala Constitucional de Paraguay, por ejemplo, tiene el

derecho y el deber de “decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes (...) declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto, con una sentencia que sólo surtirá efecto en ese caso” (Art. 260 (1), énfasis mío). Del mismo modo, la constitución del Uruguay dice: “La decisión del Tribunal Supremo de Justicia [sobre la inconstitucionalidad de una ley] se referirá exclusivamente al caso concreto, y sólo tendrá efecto en el procedimiento en el que se produce” (Art. 259). En estos países, el rol limitado otorgado a los tribunales para hacer cumplir los DESC sugiere un modelo constitucional más parecido al antiguo constitucionalismo social: una esfera expandida de política constitucional, pero una esfera limitada de justicia constitucional.

Como se señaló anteriormente, **algunos países han complementado la enumeración de derechos con la incorporación de los tratados internacionales.** La Constitución de Perú de 1979 disponía que “los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional” (Art. 105). Argentina, de hecho, incorporó una lista extensa de tratados en el Artículo 75, en 1994, incluyendo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nicaragua también incorporó este pacto en 1987, en el Artículo 46. Bolivia en 2002 añadió una cláusula al artículo 6 de la Constitución que dispone que los derechos fundamentales deben ser interpretados y aplicados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros acuerdos internacionales sobre derechos humanos. El artículo 27 de la constitución de Venezuela de 1999 extiende la protección del amparo a las violaciones de tratados internacionales de derechos humanos. Del mismo modo, el artículo 19 de la Constitución de Haití de 1987 establece que “El Estado tiene la obligación absoluta de garantizar el derecho a la vida, la salud, y el respeto de la persona humana a todos los ciudadanos sin distinción, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”. Incluso aquellos países que no han incorporado estos documentos en su constitución han firmado los diversos acuerdos.

D. **Conclusión**

Es obvio que no todos los países que aparecen en el párrafo anterior han promovido vigorosamente los DESC, ya sea por la vía política o la judicial. Las constituciones son cartográficas – mapas de un futuro posible – y no garantías de resultados. En algunos países, la debilidad de los DESC en el esquema político y jurídico es el resultado de claras decisiones plasmadas en el diseño constitucional. En otros, el problema no es institucional sino político. Y en todavía otros, los jueces no han aceptado la clara invitación de los constituyentes, otra vez por razones políticas e institucionales. La realización de la normativa constitucional se apoya en un armazón institucional y político apropiado para el desarrollo de una cultura constitucional que realmente pone los DESC al centro de la agenda judicial, pública y política. La inclusión de los DESC en la constitución habilita a las mayorías a perseguir su realización y empodera a las minorías a exigir pasos concretos en ese sentido. Pero el trabajo de construir un entorno social, económico y político acorde con los DESC sigue siendo el trabajo de la política.

En todo caso, es evidente que la mayoría de los países de América Latina han decidido construir un fundamento constitucional para priorizar los DESC en la política y en los procesos judiciales. Esto fue acompañado por un esfuerzo consciente en muchos casos por fortalecer los mecanismos jurídicos, aunque no necesariamente es cierto que los constituyentes anticipaban la atención judicial a los DESC que hemos visto en las últimas décadas. En algunos casos, en efecto, los DESC están destinados al espacio que he denominado de política constitucional, y no el de la justicia constitucional. En otros, los tribunales han aceptado el desafío de ser más relevantes en relación a estos temas. A medida que crece su experiencia con estos derechos, están diseñando mecanismos procesales y jurídicos cada vez más innovadores para buscar la realización de los DESC. Su trabajo ha generado desafíos y rechazos por parte de los políticos, y muchas veces un apoyo popular importante. Queda por ver si continuarán o no con esta tendencia, si encontrarán o no nuevas formas de hacer efectivas sus intervenciones, y si encontrarán formas de superar las tormentas de la oposición política.

• BIBLIOGRAFIA

- Asamblea Constitucional de Guatemala (1985)
Transcripciones Comisión de la Treinta, I(4):36-37.
- Bilchitz, D. (2007)
Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights.
Oxford: Oxford University Press.
- Bilchitz, D. (2013)
'Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice' en Bonilla Maldonado, D. (ed.) Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia. New York: Cambridge University Press.
- Brinks, D. (2005)
'Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina: The Beginning of a New Millennium?', Texas International Law Journal, 40(3):595–622.
- Brinks, D. y Blass, A. (2018)
The DNA of Constitutional Justice in Latin America: Politics, Governance and Judicial Design. New York: Cambridge University Press, 2018.
- Brinks, D., Gauri, V. y Shen, K. (2015)
'Social Rights Constitutionalism: Negotiating the Tension between the Universal and the Particular', Annual Review of Law and Social Science, 11:289–308.
- Gargarella, R. (2010)
The legal foundations of inequality: constitutionalism in the Americas, 1776-1860. Cambridge;
New York: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (2013)
Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution.
New York: Oxford University Press.
- Gargarella, R. y Huebner Mendes, C. (eds.) (2021)
The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America.
Oxford University Press.
- Gauri, V. y Brinks, D. (2008)
Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World.
New York: Cambridge University Press.

- Horowitz, D. (1977)
The Courts and Social Policy. Washington: Brookings Institution.
- Mainwaring, S. y Welna, C. (2003)
Democratic Accountability in Latin America.
Oxford: Oxford University Press.
- Merryman, J.H. y Pérez Perdomo, R. (2007)
The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of
Western Europe and Latin America.
Stanford: Stanford University Press.
- O'Donnell, G. (2003)
'Horizontal Accountability: The Legal Institutionalization of
Mistrust' en Mainwaring, S. y Welna, C. (eds.), Democratic
Accountability in Latin America.
Oxford: Oxford University Press, pp. 34–54.
- Sunstein, C. (1996)
'Against Positive Rights' en Sajó, A. (ed.) Western Rights?
Post-Communist Application. Kluwer Law International.
- Tushnet, M. (2004)
'Social Welfare Rights and Forms of Judicial Review',
Texas Law Review, 82:1895.
- Tushnet, M. (2009)
Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare
Rights in Comparative Constitutional Law.
Princeton University Press.
- Waldron, J. (1993)
'A Rights-Based Critique of Constitutional Rights',
Oxford Journal of Legal Studies, 13(1):18–51.
- Waldron, J. (2009)
'Socio-Economic Rights and Theories of Justice' en Pogge,
T. (ed.), Freedom from Poverty as a Human Right.
Paris: UNESCO Vol. 2.