

DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN

- La inclusión de derechos económicos y sociales en las constituciones ha sido una tendencia mundial en las últimas décadas, sobre todo en Latinoamérica. Sin embargo, no se han consagrado en forma homogénea, difiriendo en número, estatus formal, naturaleza y ámbito.
- La evidencia muestra que la inclusión de derechos económicos y sociales en la Constitución no se traduce en un mayor acceso a estos. Por el contrario, traducir todas las demandas sociales en lenguaje de derechos, como han propuesto candidatos de diversos sectores, genera expectativas ilusorias. El buen otorgamiento de prestaciones sociales pasa por la implementación de políticas públicas adecuadas para cada tiempo y la decisión política de destinar recursos suficientes para ello, siendo siempre un límite la posibilidad presupuestaria del país.
- La hipertrofia de derechos sociales en la Constitución y el hacerlos justiciables, esto es, reclamables directamente a partir de su consagración en la Carta Fundamental, no garantiza la correcta satisfacción de las necesidades sociales y genera problemas serios entre los poderes del Estado; es más, cuando los derechos sociales se judicializan terminan beneficiando a los grupos más acomodados -sectores medios y altos-, en desmedro de los más pobres.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de los países en el mundo han ido incorporando a sus constituciones derechos económicos y sociales, teniendo la mayoría su inspiración en la Declaración Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y, en particular, en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que Chile ratificó en febrero de 1972. Por cierto, la Constitución actual de Chile ya incorpora algunos derechos económicos y sociales, tales como el derecho a la educación, a la salud, a la sindicación, a la libertad y seguridad del trabajo y a la seguridad social, establecidos en el artículo 19. A diferencia de las libertades clásicas o de los llamados derechos civiles y políticos, que demandan abstención por parte del Estado y que se erigen como límites del poder, los derechos económicos y sociales exigen una actuación positiva por parte de terceros (el Estado y/o privados) para su satisfacción y un diseño adecuado de política pública para estos fines.

Se suele plantear que existiría una suerte de convergencia constitucional en estas materias en el mundo, en la que países como Estados Unidos serían una excepción. Sin embargo, a pesar de existir cierta convergencia, la consagración de los distintos

derechos económicos y sociales (o derechos prestacionales) no ha sido homogénea. Jung et al. (2014)ⁱ estudian la presencia de 16 derechos económicos y sociales en 195 constituciones de distintos países y concluyen que, a pesar de la presencia de algunos de estos derechos, estos se estarían incorporando de manera heterogénea, tanto en número, estatus formal, naturaleza y ámbito. El derecho consagrado más recurrente en ellas sería a la educación, seguido por el derecho a la sindicación, a la salud, la protección de los niños y el medio ambiente. Otros derechos, como a la vivienda, al agua, a alimentos o a una remuneración justa, sólo se encuentran en algunas constituciones, concentrándose en las latinoamericanas.

En el proceso constituyente chileno es importante discutir, primeramente, sobre la pertinencia de incluir estos derechos, como tales, en la Constitución. La Constitución de Estados Unidos no incorpora los derechos económicos y sociales; la alemana incorpora al efecto sólo grandes principios que los jueces constitucionales han usado con gran deferencia hacia los poderes electos; la española distingue entre derechos propiamente tales, que son los civiles y políticos y, en un capítulo aparte reconoce los “principios rectores de la política social y económica”, donde establece el deber de los poderes públicos de asegurar los derechos económicos y sociales cuidándose de agregar, sin embargo, en su artículo 53/3 “que sólo podrán ser alegados ante las jurisdicciones ordinarias de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”. Es decir, establece los derechos, pero la forma en que se aseguran es competencia de los poderes políticos; la Constitución suiza los establece como objetivos estatales y no como derechos reclamables ante la judicatura, precisando que “no pueden deducirse directamente de estos objetivos sociales, derechos subjetivos a prestaciones del Estado”ⁱⁱ.

Si de todas formas la Convención Constitucional estima pertinente incluirlos como derechos propiamente tales, debe analizarse con mucho cuidado la forma en que este tipo de derechos eventualmente se incorporarán en la Constitución, específicamente cuáles se desean incluir, con qué alcance y cómo se espera que estos se materialicen. El mayor riesgo al que se encuentra expuesto el proceso en esta materia es que todas las demandas sociales se intenten plasmar en la forma de derechos constitucionales, lo que no solamente puede terminar por desvalorizarlos, pues su constitucionalización no asegura su goce -lo que generará gran frustración en la población-, sino que puede provocar una serie de conflictos entre poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

El riesgo de la inflación de derechos, expone Soto (2020)ⁱⁱⁱ, se presenta en tres niveles: (i) se produce un empobrecimiento del discurso político, pues “conduce toda discusión a una cuestión de derechos sin que, por lo mismo, puedan evaluarse

cuestiones de conveniencia o justicia”; (ii) de exigirse su tuición a través de una acción constitucional, un catálogo tan detallado extiende excesivamente el poder de los jueces constitucionales al ser ellos quienes analizarán la legislación a la luz de la Constitución (cuando en ella se regula más de lo razonable la ley debe restarse de hacerlo, es decir, muchas discusiones quedan fuera de la política regular al tener que plegarse al mandato constitucional, reduciéndose, en consecuencia, la deliberación propia de la democracia representativa, debilitándola); y, por último, (iii) cuando todos reclaman tener un derecho, la fuerza de estos se reduce, de modo que mientras más sea lo que se establezca en lenguaje de derechos, los conflictos entre los mismos serán cada vez mayores, extendiéndose a todo tipo de circunstancias, lo que termina por debilitar los márgenes no traspasables supuestamente amparados por los derechos.

INCLUSIÓN DE DERECHOS SOCIALES EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Si bien ha habido una tendencia a ir incorporando derechos económicos y sociales a las constituciones de distintos países, sobre todo latinoamericanos, surge la pregunta de si este reconocimiento constitucional se ha traducido en la práctica a un mayor acceso a servicios sociales por parte de la población más vulnerable.

En un primer intento para responder esta pregunta, Ben-Bassat y Dahan (2008)^{iv} construyen un índice de “compromiso constitucional” considerando cinco derechos sociales: seguridad social, educación, salud, vivienda y laborales. El índice toma un valor mayor en la medida que mayor sea el compromiso constitucional con el derecho social correspondiente. Usando una muestra de 68 países, los autores no encuentran un efecto robusto del compromiso constitucional con los derechos sociales y las políticas públicas, excepto en el caso del derecho a la seguridad social. Por su parte, advierten que no identifican el mecanismo mediante el cual se explica esta relación. Por cierto, los países latinoamericanos son los que tienden a aparecer con mayores valores del índice (incluido Chile), mientras que para países como Noruega, Australia, Canadá o Estados Unidos el índice toma el valor mínimo.

En un trabajo más reciente, Chilton y Verteeg (2017)^v estudian el efecto de incorporar los derechos constitucionales a la educación y a la salud en el gasto público. Usando una muestra de 186 países y distintos enfoques estadísticos, los autores no encuentran que la adopción de derechos constitucionales en educación y salud se traduzcan en un mayor gasto público en estas áreas. En el mismo sentido, Edwards y García (2015)^{vi}, en un estudio que relaciona los resultados de los alumnos en la prueba PISA con las constituciones de sus países, concluyen en forma categórica que no hay evidencia que permita concluir que la inclusión del derecho

a la educación y su extensión incidan en mejor calidad de los sistemas educativos, siendo variables más importantes los antecedentes socioeconómicos de las familias y los insumos escolares.

De este modo queda en evidencia que las demandas sociales se resuelven con buenas políticas públicas y no en el texto de la Carta Fundamental. En esta materia, las constituciones sólo deben contener directrices para que el legislador sea capaz, en cada época, de decidir de qué manera el Estado puede contribuir al bien común, resguardando la libertad y responsabilidad de las personas de satisfacer sus necesidades, eligiendo entre alternativas de oferta diversas. La libertad de elección, en este sentido, impide que el Estado se constituya en el único proveedor en la entrega de servicios sociales y genera su obligación de “promover y contribuir a financiar, cuando sea el caso, una amplia oferta de servicios que permitan que las personas ejerzan su libertad de elección al momento de acceder a la educación, a la salud y a la vivienda”^{vii}, resguardando la participación del sector privado en la provisión de bienes públicos. Los derechos económicos y sociales que eventualmente se consagren en el nuevo texto deben admitir, en consecuencia, una provisión mixta, esto es que tanto el Estado, como los particulares puedan participar en la provisión de estos, en todo caso, las regulaciones aplicables al efecto. Sólo así se puede entender al Estado como un ente al servicio de las personas.

MATERIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

La consagración a nivel constitucional de los derechos económicos y sociales no implica necesariamente que puedan ser exigibles directamente ante tribunales por sus titulares. No obstante, esta forma de garantizar los derechos económicos y sociales, a través de acciones constitucionales de protección, es con frecuencia, promovida por ciertos sectores políticos que esgrimen que sólo de esta manera sería posible ampliar el acceso a servicios sociales a las personas más pobres. Sin embargo, la evidencia no apoya esta visión, y en algunos casos sugiere que podría estar causando el efecto contrario al deseado y generar diversos otros problemas.

En primer lugar, resulta compleja la intervención judicial en un área en la que los jueces no son los llamados a resolver (pues se trata de soluciones de política pública, en las que carecen de competencias técnicas). En segundo lugar, porque sus decisiones son particulares, y se limitarán a favorecer a algunos en desmedro de otros, lo que produce un efecto regresivo, injusto (favorece a los más litigantes que típicamente son personas con más poder) y de desorden de la política pública, al alterar las prioridades sin una mirada global a los efectos secundarios o indeseados.

Asimismo, se producen problemas de funcionamiento de la democracia, porque los jueces adoptan decisiones definitivas sin tener responsabilidad política.

En la actualidad la Constitución no incluye a los derechos económicos y sociales -en tanto prestacionales- en la esfera del recurso de protección, justamente para evitar todos los problemas anteriores. Sin embargo, los jueces, a través de la interpretación de otros derechos (como el derecho a la vida), lo han hecho extensivo a otro tipo de demandas, como ha podido evidenciarse en los casos de acceso a medicamentos o tratamientos para pacientes enfermos.

Como señalábamos, al contrario de la creencia extendida, estas acciones judiciales terminan beneficiando a grupos de clase media y media alta, y no a los más pobres, tal como concluye Landau (2012)^{viii} en su estudio sobre los efectos de fallos judiciales para entregar derechos económicos y sociales en países como Brasil, Argentina, Sudáfrica, Hungría, India y particularmente el caso de Colombia. Por su parte Ferraz (2010)^{ix}, que estudia los litigios por el acceso a la salud en Brasil, concluye que la evidencia empírica muestra que estos no han beneficiado a los pobres, sino más bien a una minoría que tiene acceso a abogados y a las cortes para obligar al Estado a financiarles costosos tratamientos que el sistema público no habría entregado bajo ninguna interpretación razonable del derecho a la salud.

Por los motivos expuestos, y sin perjuicio de insistir -por dichas razones- en que no resulta recomendable ni pertinente incluir catálogos de derechos sociales en la Constitución, de ser estos incorporados, no es aconsejable que los derechos sociales sean latamente desarrollados en el texto constitucional ni que puedan ser directamente exigidos a través de acciones judiciales. Más bien, de ser incluidos, deben serlo en la forma de mandatos de acción al legislador, de modo que, a través de la materialización de políticas públicas, sean los gobiernos y los parlamentarios - como representantes de la voluntad soberana de cada época- quienes determinen el mejor camino para su satisfacción, distribuyendo -de acuerdo con los compromisos adquiridos frente a la ciudadanía- los recursos públicos escasos de manera equitativa entre el universo objetivo.

REFLEXIONES AL CIERRE

Muchos países, sobre todo europeos y Estados Unidos, han optado por no consagrar derechos económicos y sociales a nivel constitucional. Ello es acertado a la luz de todas las consideraciones antes expuestas. En nuestro país, sin embargo, la política ha sido riesgosa y desafortunadamente “capturada” por el lenguaje de los derechos^x, y lo que se observa es que se ha prometido afrontar las demandas

sociales desde y a través de la discusión constitucional, cuestión que no corresponde al no ser la Constitución el instrumento para aquello. La hipertrofia de derechos sociales en la Constitución y el hacerlos justiciables no garantiza la correcta satisfacción de las necesidades sociales, como sí lo es la implementación de políticas públicas adecuadas a cargo de las autoridades electas para esta misión.

En el entendido que nuestra Constitución actual contempla determinados derechos sociales que serán sometidos a revisión, y en caso de que la Convención decida por los 2/3 de sus miembros incluir otros derechos económicos y sociales en la nueva Constitución, es pertinente reiterar que ellos suponen prestaciones materiales para su goce y ejercicio, las que han de otorgarse y ser exigibles, de acuerdo con las condiciones fijadas por la ley, la cual dispone en el marco de los recursos disponibles. Así, su configuración corresponde al legislador, respetando su núcleo esencial, ya que la deliberación política es la llamada a articular la multiplicidad de demandas sociales con la disponibilidad de recursos fiscales. Así, es el legislador quien, debido a la necesaria deliberación política que suponen las prestaciones sociales, determina las obligaciones precisas que emanan de ellos. El juez ha de aplicar y hacer exigible estos derechos de acuerdo con la configuración que ha otorgado el legislador y no a través de una acción constitucional directa^{xi}.

Por su parte, y considerando el principio de servicialidad del Estado, resulta fundamental que estos derechos admitan una provisión mixta, esto es, que tanto el Estado como los particulares puedan participar en la provisión de estos bienes respetando las regulaciones aplicables al efecto.

ⁱ Jung, C., Hirschl, R., & Rosevear, E. (2014). Economic and social rights in national constitutions. *The American Journal of Comparative Law*, 62(4), 1043-1094.

ⁱⁱ Texto extraído de la ponencia de Jorge Correa Sutil en el ciclo constitucional realizado por Libertad y Desarrollo en alianza con EmolTV en 2020.

ⁱⁱⁱ Soto, S. (2020). La hora de la Re-Constitución. Ediciones Universidad Católica de Chile, 99-101.

^{iv} Ben-Bassat, A., & Dahan, M. (2008). Social rights in the constitution and in practice. *Journal of Comparative Economics*, 36(1), 103-119.

^v 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.

^{vi} Edwards, S. & García, A. (2015). Educación y derechos constitucionales. *Estudios Públicos*, 139 (invierno 2015). Citado por Soto, S. (2020). La hora de la Re-Constitución. Ediciones Universidad Católica de Chile, 109.

^{vii} Soto, S. (2020). La hora de la Re-Constitución. Ediciones Universidad Católica de Chile, 116 y 117.

^{viii} Landau, D. (2012). The reality of social rights enforcement. *Harv. Int'l LJ*, 53, 189.

^{ix} Ferraz, O. L. M. (2010). Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Tex. L. Rev.*, 89, 1643.

^x S. Soto (2020). La hora de la Re-Constitución. Ediciones Universidad Católica de Chile, 97.

^{xi} En este sentido se manifiesta la propuesta constitucional www.concontroldecambios.cl