

Artículo

Los derechos sociales y la reforma constitucional en Chile: hacia una implementación híbrida, legislativa y judicial

Rosalind Dixon^a y Sergio Verdugo^b

^a University of New South Wales, Australia

^b Universidad del Desarrollo, Chile

RESUMEN: Este artículo sugiere que el proceso constituyente chileno no debe predeterminar las políticas sociales que las instituciones políticas han de implementar para responder a las demandas sociales existentes. En cambio, los autores argumentan que los constituyentes debieran tener por objetivo diseñar una constitución que guíe y facilite la aprobación de dichas políticas. La propuesta de los autores entrega una alternativa a la idea de adoptar un modelo de derechos sociales justiciables robusto al sugerir un modelo de derechos sociales 'débil-fuerte'. Dicho modelo incluye la existencia de cláusulas obliga-

ROSALIND DIXON es Doctora (JSD) y Máster (LL.M) en derecho por la Universidad de Harvard, y Licenciada (B.A. y LL.B) por la University of New South Wales, Australia. Profesora de derecho en la University of New South Wales, Australia. Dirección: The Law Building, UNSW Law & Justice, Building F8, Union Road, UNSW Kensington Campus, UNSW Sydney NSW 2052, Australia. Email: rosalind.dixon@unsw.edu.au.

SERGIO VERDUGO es Doctor en derecho (JSD) por la Universidad de Nueva York; Máster en derecho por la Universidad de California, Berkeley; Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile, y Licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad del Desarrollo, Chile. Profesor Asociado de derecho en la Universidad del Desarrollo, Chile. Dirección: Avenida Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes, Santiago, Chile, CP 7610658. Email: sverdugor@udd.cl.

Agradecemos al editor y a los revisores anónimos de *Estudios Públicos* por sus útiles y detallados comentarios a una versión previa de este artículo. Esta es una versión traducida del artículo original escrito en inglés, también disponible online en www.estudiospublicos.cl. Agradecemos a Adelaida Neira, Felipe Padilla y al Centro de Estudios Públicos por la traducción.

torias para que el legislador regule; un sistema de plazos específicos para aprobar la legislación respectiva; el reconocimiento de principios constitucionales que orienten las reformas políticas sociales, y el establecimiento de un mecanismo específico de revisión judicial.

PALABRAS CLAVE: derechos sociales, proceso constituyente, constitucionalismo débil, reforma constitucional, Chile

RECIBIDO: diciembre 2020 / Aceptado: abril 2021

Social Rights and Constitutional Reform in Chile: Towards Hybrid Legislative and Judicial Enforcement

ABSTRACT: This article suggests that the Chilean constitution-making process should not pre-determine the social policies that political institutions should implement to respond to existing social demands. Instead, the authors argue that constitutional designers should aim to guide and facilitate those policies' approval. The authors' proposal provides an alternative to adopting a strong model of social rights enforcement by suggesting a 'weak-strong' social rights model. The model includes a mandatory 'by law' clause, a specific timeframe for adopting legislation, constitutional principles guiding the social policy reforms, and providing for the possibility of a particular form of judicial review.

KEYWORDS: social rights, constitution-making process, weak judicial review, constitutional reform, Chile

RECEIVED: December 2020 / ACCEPTED: April 2021

Art X. Nueva Cláusula de los Derechos Sociales

(1) Todos deben tener el derecho a la dignidad, incluyendo el derecho a la alimentación, la vivienda, la salud y a los beneficios de la seguridad social necesarios para una vida digna.

(2) El Estado, por medio del poder legislativo y el poder ejecutivo, deberá tomar, dentro de sus capacidades, las medidas legislativas necesarias y razonables a fin de alcanzar la consecución progresiva de estos derechos.

(3) El Congreso deberá, en un plazo de tres años desde la adopción de esta Constitución, aprobar legislación que proteja y promueva cada uno de estos derechos. Y, al hacerlo, deberá guiarse por un compromiso con:

- a. la libertad individual, la dignidad y la igualdad;
- b. la naturaleza indivisible e interdependiente de todos los derechos;
- c. la protección de todos los derechos al nivel de un 'mínimo vital';
- d. la razonabilidad, la realización progresiva y el principio de no regresividad;
- e. los principios de igualdad sustantiva y de la no discriminación, incluida la no discriminación sobre la base del género;
- f. las necesidades y desafíos distintivos que enfrentan los pueblos indígenas en el disfrute de estos derechos, y con su derecho a la cultura y la autodeterminación
- g. el compromiso con la transformación social y económica; y
- h. la necesidad de asegurar políticas gubernamentales fiscalmente sustentables.

Durante el periodo de revisión, un comité parlamentario especializado supervisará la implementación de toda la legislación correspondiente y de las políticas adoptadas por el gobierno, y podrá proponer modificaciones para llenar los vacíos que pueda identificar.

(4) Si, después de doce meses, el Congreso no ha aprobado las leyes respectivas en conformidad con la sección 2 de este artículo, y el poder ejecutivo no ha tomado las medidas para implementar estos derechos de modo efectivo por medio de las políticas pertinentes, la Corte puede hacer cumplir la sección 1 de este artículo mediante las acciones judiciales individuales apropiadas. Si el Congreso aprueba la legislación correspondiente previo a la fecha en que esta Constitución entre en vigencia o antes del plazo límite de doce meses, los tribunales limitarán su jurisdicción al cumplimiento de dichos estatutos.

(5) El congreso deberá, cada diez años con posterioridad a la adopción de esta Constitución, revisar toda la legislación que proteja y promueva cada uno de estos derechos. Al hacerlo, deberá guiarse por el compromiso con los mismos principios expresados en la sección 3.

(6) Si después de transcurridos doce meses del periodo de revisión pertinente, el Congreso no ha aprobado legislación en conformidad con la sección 4, o legislación que no cumpla con los principios establecidos en la subsección (3), la Corte puede hacer cumplir la subsección (1) mediante las acciones judiciales individuales apropiadas.

La hipotética nueva Constitución chilena, 2022

Chile se encuentra en un importante punto de inflexión. Posee un mandato claro y democrático para reemplazar su Constitución. El 25 de octubre del 2020, un 78,3% de los votantes aprobó la convocatoria a un cambio constitucional y el 79% estuvo de acuerdo en que la nueva constitución debería ser dictada por una Convención Constitucional totalmente elegida.¹ Hay también un deseo claro entre los votantes de generar un gran cambio en la política económica y social, incluyendo áreas como la salud y las pensiones. Como sugería una encuesta, el 69% de las personas que votaron en favor del 'Apruebo' justificaba su posición a fin de garantizar los derechos a salud, seguridad social y educación (Cadem 2020). La tentación por seguir un modelo constitucional transformador, que incluya fuertes derechos sociales judicialmente exigibles para responder a las demandas que inspiraron las masivas protestas de octubre de 2019, ya está presente en los debates públicos de Chile. Existe también una tendencia transformadora en América Latina y el Sur Global que puede influenciar el modo en que va a operar la Convención (von Bogdandy et al. 2017; Vilhena, Baxi y Viljoen 2013).

¹ Ver los resultados oficiales en el Servicio Electoral de Chile. Disponible en: www.servelecciones.cl.

El presente artículo, sin embargo, plantea que el proceso constituyente debiera buscar facilitar y empujar o incentivar [*nudge*], en vez de predeterminedar, el curso de la futura reforma de la política económica en Chile. Propone, asimismo, que tanto el Congreso como la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional u otros tribunales,² deberían ser alentados a jugar un rol central en la creación de esta reforma de mayor alcance. Nosotros sugerimos que, para conseguir esto, los constituyentes deberían tener en consideración dos tipos de reformas, en lugar de la adopción de garantías justiciables ‘fuertes’ para los derechos sociales: primero, reformas estructurales a los mecanismos de elección del presidente y del Congreso, que alineen más estrechamente la agenda de las dos ramas del gobierno —incluida una reforma que pueda alcanzar arreglos institucionales significativos en tres dimensiones: el régimen electoral, el sistema de partidos y el régimen presidencial—, y reformas al modelo de financiamiento nacional vs. local de servicios clave, a fin de promover una aproximación más reactiva al diseño democrático de políticas públicas. Segundo, un conjunto específico de garantías ‘débiles-fuertes’ de derechos sociales que consista en (a) mandatos al legislador [*by law clause*]; (b) un marco temporal específico para la adopción de la legislación relevante; (c) principios constitucionales que dirijan el alcance de las reformas a las políticas sociales y económicas; y (d) la posibilidad de revisión judicial de fallas legislativas en la implementación de los mandatos constitucionales. Si bien reconocemos la importancia de ambos conjuntos de reformas, el presente artículo se enfocará en el segundo grupo.

El reconocimiento de un rango específico de derechos sociales en una nueva Constitución para Chile posee varias ventajas: puede servir

² Muchos académicos y políticos chilenos han criticado las designaciones y sentencias del Tribunal Constitucional, y es probable que la Convención decida reformarlo, reemplazarlo por uno nuevo o, tal vez, eliminarlo y empoderar a la Corte Suprema. Incluso el programa del presidente Piñera había propuesto modificaciones específicas al Tribunal. Este artículo no discute las opciones disponibles en lo que respecta al diseño institucional del tribunal, aunque somos conscientes de que nuestra propuesta podrá operar correctamente en la medida en que legisladores de diversos partidos rivales pueden confiar en el Tribunal y el Tribunal actúe cumpliendo una función de ‘doble seguro’ [*double-sided insurance*]. Con respecto a la idea de un doble seguro, véase Dixon y Ginsburg (2018). Un par de ejemplos en referencia a las críticas en contra del Tribunal Constitucional chileno se pueden ver en Bassa (2015); Atria, Salgado y Wilenmann (2017). Véase también la propuesta firmada por un conjunto de académicos constitucionalistas de diversos partidos en Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional (2019).

para expresar la demanda popular de transformación social y económica y, con ello, ayudar a crear una constitución que apele al conjunto de aspiraciones colectivas y acuerdos del pueblo chileno. Junto a las reformas estructurales, también puede ser una herramienta valiosa para ayudar a superar el actual ‘peso de la inercia legislativa’ en la consecución de derechos sociales y económicos (cfr. Dixon 2007, 2017). Esto, sin embargo, no significa que la decisión de constitucionalizar derechos sociales debiera necesariamente establecer un modelo de garantía judicial ‘fuerte’ (Tushnet 2008; Dixon 2019a; Landau 2012; Bilchitz 2002). Las constituciones también pueden reconocer derechos sociales de variadas otras formas, incluyendo la adopción de deberes legislativos, principios rectores de la política estatal o garantías justiciables débiles (Tushnet 2008; Weis 2017; Khaitan 2019).

Existen claras ventajas al involucrar las legislaturas en los procesos de reforma de las políticas sociales y económicas, especialmente debido a la naturaleza de los debates sobre la reforma a la salud y las pensiones en Chile; al hacerlo, se puede reconocer la complejidad y el alcance del desacuerdo por sobre el direccionamiento preciso de la reforma y la necesidad de ingresos fiscales adicionales o de fuentes alternativas de ingresos para financiar tales cambios. Evita, además, el peligro de que formas fuertes de protección judicial de los derechos sociales favorezcan solamente a los chilenos de clase alta o media, cuando las necesidades más acuciantes de reforma deben apuntar a abordar la posición de los pobres, los marginalizados y las clases medias bajas.

Por ello, este artículo propone un modelo distintivo de protección judicial débil a los derechos, incluyendo el deber legislativo de implementar los derechos sociales y económicos mediante reformas sociales relevantes, y un enfoque ‘fuerte-débil’ o de ‘barrera’ [*backstop*] para su cumplimiento judicial. Un enfoque de este tipo, sugerimos, reconoce los derechos sociales como derechos constitucionales, y entrega a las cortes un importante rol de respaldo al ‘catalizar’ la concretización de derechos sociales que pueden tratar el persistente problema de la inercia legislativa.³ Pero este también reconoce los objetivos redistributivos y de reforma, así como la inherente complejidad y alcance del desacuerdo respecto de la naturaleza de una reforma de este tipo.

³ Sobre la función catalizadora de la revisión judicial, ver Young (2012).

El artículo se enfoca de modo específico en los debates chilenos actuales y en las posibilidades de reforma. Pero también se basa, en gran medida, en la experiencia comparada —incluyendo los casos de Brasil, Colombia y Sudáfrica en la adopción e implementación de garantías de derechos sociales, y en un grupo más extenso de países, como Estados Unidos y Australia, en el diseño de diferentes políticas económicas.

El resto del artículo se divide en cuatro secciones. La sección 1 da cuenta del estado actual y reciente de la opinión pública en Chile en relación a la necesidad de una reforma constitucional y social, y respecto de los problemas específicos que se encuentran en el centro de las demandas sociales. Explica también cómo surgen estas demandas, en parte, a partir de las persistentes *cargas de inercia* [*burdens of inertia*] de Chile al abordar las brechas en los principales ámbitos de la política económica, como la salud y la reforma a las pensiones. La sección 2 bosqueja el argumento para una reforma basada en derechos y las ventajas de la revisión judicial como medio de promoción de esta reforma. Pero también destaca los potenciales peligros del modelo de derechos sociales justiciables fuerte en atención a los cambios que Chile necesita realizar al nivel de las políticas públicas. La sección 3 sugiere una nueva propuesta para un tipo de mandato constitucional al legislador, respaldada por la posibilidad de intervención judicial [*judicial enforcement*] como una respuesta de derechos débil-fuerte distintiva para los desafíos de las reformas constitucionales y económicas en Chile. Finalmente, extraemos las conclusiones (sección 4) de nuestro análisis.

I. La opinión democrática chilena y la demanda por reformas

El cambio constitucional y la opinión pública

Aunque no ha sido siempre medido por las encuestas, los chilenos han abogado durante mucho tiempo por reformas constitucionales. De acuerdo a CERC, desde 1995 hasta 2011 el apoyo a una reforma constitucional subió desde 63% a un 75% (PNUD 2015); esto, a pesar de que en 2005 tuvo lugar una importante reforma constitucional. El apoyo por una nueva constitución se mantuvo alto desde 2011 hasta 2015,⁴ y fue fluctuando entre el 70% y el 80% de la aprobación ciudadana, según la

⁴ Ver una revisión de las encuestas realizadas en este período en PNUD (2015).

encuesta Cadem.⁵ Esta tendencia no varió incluso después de que Chile, a fines de 2017, eligiera a un presidente que se oponía al cambio constitucional. En octubre de 2020, el 78% de los votantes acordó abrir un proceso constituyente. Sin embargo, aun cuando los chilenos estaban de acuerdo con el cambio constitucional, las encuestas del CEP no evaluaron si ellos priorizaban esta demanda por sobre otras.⁶ A pesar de ello, y como se planteó en la introducción, hoy en día una gran mayoría de los chilenos conecta la demanda por una nueva constitución con la necesidad de fortalecer derechos sociales, los que se relacionan con áreas de especial preocupación para los chilenos, como lo son la salud, la educación y la seguridad social. Las protestas estudiantiles de 2011, junto con la campaña y programa presidencial de Bachelet, así como el proceso de elaboración de una constitución podrían haber tenido un rol en la conexión de ambos problemas. También hubo otros movimientos que contribuyeron a hacer más visibles las demandas sociales en conexión con otras áreas, como las protestas en contra del sistema de seguridad social promovido por el movimiento No Más AFP, que comenzaron en 2016 (Rozas y Maillet 2019).

Tanto la demanda por un fortalecimiento de los derechos sociales como la demanda por un reemplazo constitucional, no son algo nuevo en Chile. Por ejemplo, la demanda por el reconocimiento de los pueblos indígenas ha sido una promesa de larga data —al menos desde las campañas presidenciales de 2005—, pero los políticos han sido consistentemente incapaces de cumplir estas promesas (Navia y Verdugo s/f). En 2009, y a pesar de la reforma de 2005, al menos dos candidatos presidenciales abogaron por una nueva constitución. En 2011, el movimiento estudiantil vinculó su demanda por el fortalecimiento del sistema educativo con la necesidad de un cambio constitucional.⁷ En 2012, los reportes del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) se comenzaron a vincular con la necesidad de un cambio constitucional e identificaron las

⁵ Comparar con las encuestas CADEM. Disponibles en: <https://www.cadem.cl/encuestas/>.

⁶ Según los resultados de la encuesta CEP, entre 1996 y 2005, menos del 7% de los chilenos mencionó las reformas constitucionales cuando se les pidió que ordenaran distintas prioridades políticas. Ver las encuestas disponibles en: <https://www.cepchile.cl/cep/site/edic/base/port/encuestasCEP.html>.

⁷ Las protestas estudiantiles politizaron los debates chilenos en torno a la democracia, los derechos y la ciudadanía (Grugel y Singh 2015). Respecto de la forma en que las protestas estudiantiles ayudaron a provocar la discusión sobre las reformas políticas, ver Donoso (2016).

oportunidades de expansión de los derechos humanos. En 2013, el programa de la candidata presidencial Michelle Bachelet, ofreció la opción de una nueva constitución basada, en parte, en derechos sociales, y fue electa por una gran mayoría de los chilenos. Si bien su proceso de elaboración constitucional falló al no ser capaz de movilizar a su coalición y a los partidos políticos (Verdugo y Contesse 2018), la naturaleza participativa del proceso probablemente contribuyó a consolidar una narrativa constituyente en la opinión pública, la que, según las encuestas, consistentemente se mostró a favor de un cambio constitucional. Entre 2014 y 2017, todos los discursos presidenciales frente al Congreso mencionaron la necesidad de una nueva constitución —entre 1990 y 2013 solo se mencionaron agendas de reforma constitucional. Posteriormente, otros movimientos, como aquellos que rechazan un sistema de pensiones manejado por privados y que abogan por la igualdad de género, también se expresaron a favor de la expansión de derechos.

Se podría argumentar que la demanda por una nueva constitución no estaba suficientemente justificada, en tanto los enclaves autoritarios creados por la Constitución de Pinochet habían sido gradualmente removidos a partir de las significativas reformas de 1989 y 2005, y que la reforma de 2015 al régimen electoral puso fin a las dinámicas consensuales que la dictadura había planificado para el sistema político. Sin embargo, es probable que la conexión entre derechos sociales y la demanda de reemplazo constitucional explique cómo la eliminación de los enclaves autoritarios fue incapaz de satisfacer a la opinión pública. Aunque todavía se mantienen algunas reglas controvertidas, como las reglas supra-mayoritarias para la aprobación de las leyes orgánicas constitucionales, y a pesar de que el Tribunal Constitucional ha sido duramente criticado por su rol al limitar la agenda reformista de Bachelet —incluyendo las sentencias sobre reforma laboral, parte de la agenda de reforma educativa y la modificación al Servicio Nacional del Consumidor—, muchos ven la actual Constitución como un obstáculo para el avance de importantes políticas en el ámbito de los derechos sociales.

El problema de la inercia legislativa

En el pasado, los legisladores han acordado mejorar algunos aspectos de las regulaciones sociales. Por ejemplo, el financiamiento para el sistema de salud público fue elevado en 2005, durante la administración de

Lagos,⁸ y Bachelet negoció una reforma que fortaleció el financiamiento público para una parte del sistema de seguridad social. Sin embargo, a pesar de que se han conseguido algunos logros —por ejemplo, la disminución en las tasas de mortalidad—, aún se necesita hacer mucho más para promover soluciones estructurales. Los tiempos de espera en el sistema público de salud son demasiado altos, los costos farmacéuticos son muy elevados⁹ y la desigualdad en el acceso a servicios de salud es profunda. Las pensiones de jubilación siguen siendo exiguas y dependen sobremanera de ahorros individuales en cuentas obligatorias administradas por las Administradoras de Fondos de Pensiones. En la medida en que el mercado laboral está lejos de ser perfecto, el trabajo informal abunda —el sistema omite a aquellos que se mantienen en empleos informales— y las personas no pueden ahorrar lo suficiente antes de su jubilación,¹⁰ por lo que muchos reciben pensiones bajo el salario mínimo —en la actualidad, el salario mínimo en Chile se encuentra en torno a los 400 USD. El Estado contribuye con una pensión básica y con una pensión solidaria suplementaria que tiene un objetivo redistributivo, pero el gasto público no es suficiente. Tal como establece un reporte de la OCDE, el gasto público de Chile en pensiones es equivalente al 2,9% de PIB —el promedio de los países de la OCDE es de 8% (OECD 2019). El sistema de salud es altamente desigual. El 75% de la población tiene acceso a un seguro público de salud llamado Fonasa (Fondo Nacional de Salud), mientras que el 18% puede permitirse seguros privados en el sistema de isapres (Institución de Salud Previsional) —el cual cubre a las personas con

⁸ Se podría decir que la reforma del presidente Lagos fue posible porque se realizó en un contexto distinto, el que incluía un período presidencial de seis años y la posible continuación de una administración socialista con la presidenta Bachelet. Estas condiciones difieren del contexto actual, en el que los presidentes tienen un período de cuatro años sin renovación y la posibilidad de alteración en poder es alta. La primera administración de Bachelet fue el fin de los años de la coalición de la Concertación, la que gobernó el país desde 1990 hasta 2010, aunque la coalición de derecha tuvo un importante poder de veto. En la actualidad, resulta difícil conseguir reformas de gran escala debido a la fragmentación de la legislatura producto de la reforma electoral de 2015, la corta duración de los mandatos presidenciales y la frecuente rotación en el poder, lo que disminuye las posibilidades de que las administraciones en ejercicio alcancen acuerdos con los gobiernos que vendrán.

⁹ Ver, por ejemplo, un artículo en el que se explica cómo el mercado chileno ha sido incapaz de proporcionar medicamentos y se hace una propuesta para reinterpretar el derecho social a la atención en salud, en Alvear (2013).

¹⁰ La falta de consistencia de las contribuciones hechas al sistema de pensiones y el empleo informal han afectado, particularmente, a las personas con menos estudios y a las mujeres (Madero-Cabib et al. 2019).

mayores ingresos—, mientras que el resto se encuentra sin seguro o cubierto por esquemas alternativos. Asimismo, el sistema de salud requiere de mayor financiamiento. En 2019, el Estado chileno gastó 1.281 USD per cápita, ubicándose en los puestos más bajos de los países de la OCDE (OECD 2020). Por ejemplo, solo por mencionar algunos de los países con los cuales los chilenos habitualmente se comparan, Nueva Zelanda gastó 3.343 USD, Irlanda 3.919 USD y España 2.560 USD. Los tribunales han abierto la puerta a la litigación de derechos sociales en el ámbito privado en contra del alza unilateral en los costos de los seguros de salud que realizan las isapres. Estos litigios han beneficiado, principalmente, al 18% de la población afiliada a las isapres, provocando un impacto económico regresivo —los costos del sistema judicial, que en este ámbito beneficia a los ricos, son financiados por todos los contribuyentes.¹¹

Soluciones estructurales a estos problemas requieren de legislación, pero la aprobación de proyectos de ley en estos temas ha sido difícil debido a que el proceso político chileno ha estado sujeto a una clara inercia.¹² Por ejemplo, las mesas técnicas de 2010 y de 2014 entregaron recomendaciones respecto del sistema de salud que se mantienen, en su mayor parte, ignoradas, y se pueden observar importantes desacuerdos entre los expertos en áreas cruciales (Villalobos 2019). Entre las elites políticas también existen estos desacuerdos. Mientras que muchos parlamentarios de izquierda generalmente abogan por soluciones universales que fortalezcan el rol del Estado, varios parlamentarios de derecha promueven soluciones focalizadas. La discusión de una reforma al sistema de pensiones también se ha mantenido detenida por algunos años, aunque las protestas de 2019 convirtieron el tema en una prioridad de la agenda pública.¹³ El sistema de seguridad social también es

¹¹ Alejandra Zúñiga (2014), no obstante, ha planteado que la litigación en salud aún puede ser de utilidad para promover las reformas en Chile al poner presión sobre el Congreso para que apruebe un seguro nacional de salud. Desafortunadamente, esta presión no ha sido suficiente para interrumpir la inercia legislativa.

¹² Peter Siavelis (2016), por ejemplo, ha planteado que las instituciones políticas chilenas no han podido responder a los problemas de desigualdad de Chile. Varios académicos constitucionalistas sostienen que los estancamientos se han convertido en uno de los mayores problemas del esquema constitucional actual (e.g. Heiss 2017; Marshall y Charney 2021; Madariaga y Rovira 2019).

¹³ Como han dicho algunos académicos que han estudiado las reformas fallidas: “es justo decir que había un consenso sobre la necesidad de una reforma; desafortunadamente, no hubo acuerdo sobre el por qué se necesitaba, qué debía hacerse, o cómo debiera implementarse” (Bossert y Villalobos 2020, 142).

un ejemplo importante. Mientras muchos parlamentarios parecen creer que los ahorros individuales administrados por las AFP (Administradoras de Fondos de Pensiones) son fundamentales para la mantención del dinamismo de la economía chilena —después de todo, estas administran e invierten los fondos acumulados, los que representan un equivalente al 80% del producto interno bruto— y se preocupan por el hecho de que ahorros obligatorios no son suficientes, en la actualidad el sistema tiene una tasa del 10% por sobre los salarios —otros promueven aumentos impositivos para elevar el financiamiento público y algunos incluso abogan por la eliminación de las AFP.¹⁴

Los académicos parecen disentir respecto de las causas precisas que explican la inercia legislativa. Una explicación evidente es el fin de la democracia de los consensos en Chile, y la creciente polarización política entre las elites (Fábrega, González y Lindh 2018; Cruz y Varetto 2019). Es probable que la estructura del sistema de partidos, modificada después de la reforma electoral del año 2015, haya exacerbado o sea causa del problema.

Mientras que el sistema electoral anterior incentivaba la formación de coaliciones estables (Siavelis 1997), el nuevo sistema electoral ha venido acompañado de importantes niveles de polarización política y de la fragmentación del sistema de partidos (Bunker 2018; Cruz y Varetto 2019). Las últimas elecciones han mostrado que la combinación de los arreglos que organizan el sistema de partidos, el régimen electoral y el corto mandato presidencial de cuatro años sin posibilidad de reelección inmediata,¹⁵ así como el modelo presidencialista, combinado con una alternancia frecuente en el poder, pudo haber estimulado pactos electorales de corto plazo y reducido las posibilidades de generar coaliciones gobernantes mayoritarias que cuenten con programas compar-

¹⁴ Las propuestas más frecuentes van desde la creación de una AFP estatal, elevar el porcentaje del salario que cada empleado paga para financiar sus cuentas individuales o para financiar un fondo solidario, hasta la impopular idea de elevar la edad de retiro, que hoy en día es de 65 años para los hombres y 60 para las mujeres, y regular los beneficios que obtienen las empresas.

¹⁵ “[E]l proceso de reforma del 2014 muestra la necesidad de acuerdo, particularmente a nivel político, a fin de asegurar la adopción de una reforma que para su realización requiere de más de una administración. Un proceso que pretenda producir cambios estructurales en el sistema de salud requiere del suficiente soporte como para sobrevivir al ciclo político” (Villalobos 2019, 142).

tidos.¹⁶ Combinado esto con la existencia de reglas de supramayorías legislativas en algunas áreas y con el modo en que el Tribunal Constitucional ha comprendido sus poderes en algunos casos,¹⁷ las dinámicas políticas creadas por estos distintos arreglos institucionales probablemente han contribuido a la falta de respuesta política y legislativa ante las demandas sociales de cambio.¹⁸

Es en parte debido a esto, creemos, que los ciudadanos parecen estar demandando la protección constitucional explícita de derechos sociales. El uso del lenguaje de los derechos puede ser útil para el tratamiento de este problema. Aun así, debiésemos también ser conscientes de los peligros de concentrarnos exclusivamente en el reconocimiento de derechos sociales, sin prestar la atención necesaria al modo en que el proceso y la nueva estructura de poder organiza las instituciones. Además, como uno de nosotros ha planteado en el pasado, los derechos pueden ser usados como ‘soborno’ a cambio de la erosión de acuerdos democráticos clave (Dixon 2018), y los chilenos debieran evitar ese riesgo, de entre otros que identificamos más abajo. Más importante todavía es que el reconocimiento de derechos puede crear expectativas que

¹⁶ Claramente, somos conscientes de que hay aspectos sociológicos que resultan relevantes para explicar la inercia legislativa, pero examinar ese tipo de trabajos es algo que está por fuera del alcance de este artículo. Véase un interesante ejemplo en el trabajo de Madariaga y Rovira (2019), quienes plantean que la colusión entre las coaliciones de derecha e izquierda es un factor relevante al respecto. Para una explicación enfocada en la resiliencia producida por las dinámicas neoliberales, ver Madariaga (2020).

¹⁷ De acuerdo al Artículo 19, N° 18 de la Constitución de Chile, las reformas al sistema de seguridad social requieren, por lo general, la mayoría absoluta de todos los legisladores. El umbral de la mayoría legislativa es más bajo en relación a la reforma al sistema de salud, ya que no se requieren mayorías especiales. Reformas a importantes partes del sistema educativo requieren de supramayorías de 4/7 en el Congreso, según el Artículo 19, N° 10 de la Constitución. En todas estas áreas, una minoría legislativa puede también desafiar la constitucionalidad de los proyectos al someterlas al Tribunal Constitucional, tal como ha ocurrido en ocasiones en relación a la reforma de Bachelet al sistema educativo. Por cierto, el eventual poder de veto del Tribunal dependerá, finalmente, de la interpretación que el mismo hace de sus propios poderes y del contenido de los derechos. En materia de derechos sociales, existen desacuerdos académicos en torno a su contenido. Por ejemplo, el derecho constitucional a la salud puede entenderse como la protección de la existencia de un sector privado, pero existen también otras interpretaciones que no riñen, en principio con la Constitución. Ver, por ejemplo, Salgado (2015).

¹⁸ Para un argumento que explique la crisis política chilena como una conexión entre el modelo macroeconómico y la Constitución, véase Cardoso (2020); comparar con Peña (2020).

serán difíciles de cumplir en el corto plazo.¹⁹ Las constituciones debieran ser proyectos de largo plazo planificados cuidadosamente para permitir a la política ordinaria hacerse cargo de los problemas sociales más importantes. Por esta razón, mientras la Convención discute la nueva constitución, el Congreso debiera seguir intentando avanzar en una agenda social multipartidista que permita responder a las principales demandas que provocaron que los chilenos salieran a las calles en el último año.

2. Inercia legislativa y reforma basada en derechos

Por qué constitucionalizar derechos sociales

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales, incluidos el acceso a la alimentación, a la vivienda, a la salud y a la seguridad social. Al firmar y ratificar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR, por su sigla en inglés), Chile se ha comprometido a asegurar estos derechos.²⁰ Y como observábamos más arriba, parte de la presión por una reforma constitucional proviene de la demanda de ver estos derechos satisfechos en la práctica —por ejemplo, que estén protegidos de un modo tal que den lugar a la aparición de nuevas reformas en la política económica, incluso en áreas clave como pensiones y salud.

Además, una de las percepciones de la Constitución era que esta había sido impuesta por una dictadura y que solo podría ser enmendada por los acuerdos alcanzados por una elite gobernante que incluía el poder de veto de los herederos del régimen de Pinochet (Fuentes 2015; Tsebelis 2018). Cuando en 2005, el presidente Lagos removió la firma de Pinochet de la Constitución y presentó la reforma de ese año como ‘una nueva Constitución’, la mayor parte de los políticos no aceptó el simbolismo del acto. Incluso el expresidente Lagos ha afirmado que la agenda de democratización, que siguió una estrategia de enmiendas

¹⁹ Como plantea Lisa Hilbink (2020, 101): “la Constitución en sí misma es incapaz de resolver los problemas estructurales que generaron el levantamiento. Solo puede proveer un marco legal que haga posibles las políticas públicas deseadas en el mediano plazo. Si los políticos no reconocen y actúan prontamente para incorporar las preocupaciones de la población con respecto a pensiones, salud, educación, transporte, etc., es probable que la agitación continúe y la paciencia hacia el proceso constituyente se vea afectada”.

²⁰ Chile ratificó en ICESCR en 1972.

parciales por treinta años, fue insuficiente para legitimar la Constitución de Pinochet. Así, el llamado a un cambio constitucional es, en parte, un llamado a *democratizar* el constitucionalismo en Chile y a hacerlo un proyecto más inclusivo. El reconocimiento de derechos sociales en una nueva constitución, por tanto, permitiría mejorar tanto su legitimidad actual como la percepción que los chilenos tienen de esta. Ello enviaría la señal de que la constitución es capaz de responder a las preocupaciones y aspiraciones políticas, y de que responde de forma específica a las preocupaciones de aquellos que han quedado fuera de los arreglos de la elite gobernante y que fueron dejados atrás por las políticas económicas del período de Pinochet.

Un argumento similar se planteó en Sudáfrica en la década de 1990, en el contexto de las discusiones en torno a la inclusión de garantías a los derechos sociales y económicos en la Constitución de 1996. Un conjunto de reconocidos académicos sudafricanos presentó sus reparos a la inclusión de derechos sociales en una nueva constitución democrática (Davis 1992, 2008). Temían que estos derechos no pudieran ser efectivamente garantizados por las cortes, que generaran sobreexpectativas sobre el cambio constitucional, y, con ello, se pudieran socavar el valor y la seriedad de otros compromisos democráticos contenidos en la constitución (cfr. Davis 1992). Pero algunos académicos como Etienne Mureinik (1992) argumentaron a favor de la inclusión de estos derechos en la Constitución sudafricana de 1996, en parte con el objeto de contrarrestar una percepción de la nueva constitución democrática como un conjunto de 'lujos y no de derechos'. Parte del desafío de una transición desde el *Apartheid* a una Sudáfrica totalmente democrática era político: implicaba dar derecho a voto a la mayoría negra y crear elecciones multipartidarias verdaderamente libres. Pero parte del desafío transformador era también económico: el *Apartheid* era tan económico como político, y dejó a grandes grupos de sudafricanos sin trabajos o viviendas seguras, o sin acceso a servicios básicos como la salud. Por ello, planteaba Mureinik, la inclusión de derechos sociales en una nueva y democrática constitución sudafricana era una forma de asegurar tanto la legitimidad actual como la legitimidad percibida de los nuevos arreglos constitucionales de Sudáfrica (Mureinik 1992). Este argumento prevaleció por sobre los argumentos contrarios de modos que en la actualidad se reflejan en las secciones 25-27 de la Constitución sudafricana (cfr. Davis 1992).

Sin embargo, plantear que los derechos sociales deberían constitucionalizarse no es lo mismo que sugerir la forma específica o contenido que debieran tener. Las constituciones pueden reconocer derechos sociales de al menos tres maneras (Tushnet 2008).

Primero, una constitución puede imponer deberes sobre los *poderes políticos* a fin de hacer cumplir los derechos sociales. Este es un enfoque que habitualmente se asocia con las Constituciones de Irlanda e India.²¹ La parte IV de la Constitución india contiene un conjunto de principios rectores para la política estatal [*directive principles*]. Algunos son particularmente específicos al contexto indio, pero hay otros que reflejan compromisos más universales, como el deber del Estado por “elevar el nivel de nutrición y el estándar de vida de su pueblo” y mejorar “la salud pública” (Art. 47). La Corte Suprema india ha dotado de un amplio efecto indirecto a estos principios en su interpretación del derecho a la vida en el Art. 21 de la Constitución,²² aunque en la literatura se sigue entendiendo que un enfoque de principios rectores proporciona, principalmente, una alternativa no justiciable a la protección de derechos sociales (Tushnet 2008).

Un segundo modelo de protección constitucional de derechos socioeconómicos es que la constitución adopte derechos sociales justiciables, los que contienen un rango de limitaciones o calificaciones internas que restringen el alcance de su aplicación inmediata e individual. Por ejemplo, las secciones 26 (1) y (2) de la Constitución sudafricana establecen que “Toda persona tiene el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada”, pero también que el contenido de este derecho debiera entenderse en el sentido de que “El Estado debe tomar las medidas legislativas y de otro tipo razonables, dentro de sus recursos disponibles, para

²¹ Ver, por ejemplo, el Artículo 45 de la Constitución de Irlanda de 1937 y la Constitución de India de 1949. Khaitan (2019, 604) consigna los siguientes ejemplos adicionales: “La constitución provisional de Qatar (1970), Bangladesh (1972), Panamá (1972), Pakistán (1973), Papúa Nueva Guinea (1975), Portugal (1976), España (1978), Sri Lanka (1978), Nigeria (1979), Tanzania (agregada en 1984 por la enmienda a la Constitución de 1977), Zanzibar (1984), Nepal (1990), Namibia (1990), Sierra Leona (1991), Zambia (1991), Tíbet (constitución del gobierno en el exilio, 1991), Ghana (1992), Andorra (1993), Lesoto (1993), Uganda (1995), Etiopía (1995), Gambia (1996), Eritrea (1997), Tailandia (1997), Sudán (1998), Nigeria (1999), Swazilandia (2005), Tailandia (2007), Nepal (constitución provisional, 2007), Bután (2008), Angola (2010), Sudán del Sur (2011), Nepal (2015) y Tailandia (2017)”.

²² Comparar con *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* (1986 AIR 180, 1985 SCR Supl. (2) 51).

conseguir la realización progresiva de este derecho”.²³ De igual forma, las secciones 27 (1) y (2) establecen que “toda persona tiene el derecho a tener acceso a: (a) servicios de salud, incluyendo servicios de salud reproductiva; (b) suficiente comida y agua; y (c) seguridad social, incluida, si ellos no son capaces de mantenerse a sí mismos y a quienes de ellos dependen, una asistencia social apropiada”, pero que esto significa que “el Estado debe tomar las medidas legislativas y de otro tipo razonables, dentro de sus recursos disponibles, para conseguir la realización progresiva de cada uno de estos derechos”. Este lenguaje también sugiere que los tribunales *no* harán cumplir inmediatamente los derechos individuales, sociales y económicos, sino que más bien revisarán la razonabilidad de las políticas gubernamentales, de modo de alentar a los gobiernos a mejorar y actualizar sus políticas para abordar las necesidades de sus ciudadanos.²⁴

En contraste, el tercer modelo de protección de derechos sociales implica la exigibilidad de garantías más fuertes e inmediatas de acceso a derechos sociales para los individuos. En Brasil y Colombia, por ejemplo, las constituciones establecen el derecho a la salud.²⁵ También, tanto la Corte Suprema de Brasil como la Corte Constitucional de Colombia han sostenido que, en determinadas circunstancias, estas provisiones dan lugar al derecho *individual* de acceso a la salud, exigible mediante el procedimiento de amparo o tutela.²⁶

Hay también significativos argumentos, tanto a favor como en contra, respecto de una protección judicial fuerte a derechos sociales de este tipo, algunos de los cuales ya han sido utilizados por algunos de los académicos constitucionalistas chilenos.²⁷

²³ Algunos académicos chilenos ya han prestado atención al modelo sudafricano e, incluso, han defendido la idea de utilizar test judiciales parecidos en Chile. Ver, por ejemplo, Figueroa (2009).

²⁴ Ver, por ejemplo, *Soobramoney v. Minister of Health, Kwazulu-Natal* 1998 (1) SA 765 (CC) (S. Afr.); *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* 2000 (11) BCLR 1169 (CC) (S. Afr.).

²⁵ Ver los Artículos 6, 169-168 de la Constitución brasileña de 1988 y el Artículo 49 de la Constitución colombiana de 1991.

²⁶ Para una revisión general de los modelos de exigibilidad [*enforcement*] de América Latina, ver Bernal (2017) y Couso (2017).

²⁷ Para una visión escéptica de un enfoque de exigibilidad judicial de los derechos sociales en Chile, ver, por ejemplo, Martínez (2010), Alvear (2014), Soto (2014). Para una defensa de derechos sociales exigibles, ver, por ejemplo, Bustos (2015), Bassa (2008), Lovera (2010).

¿Por qué la revisión judicial?

¿Por qué dar poderes a los tribunales para interpretar y aplicar las garantías de derechos sociales? Chile cuenta con una tradición relativamente contenida de revisión judicial, en especial en el contexto de derechos económicos y sociales (Couso y Hilbink 2011). Pero, tanto a nivel del Tribunal Constitucional²⁸ como de la Corte Suprema,²⁹ esta tradición ha comenzado a cambiar durante las últimas décadas, particularmente en relación al derecho a la salud³⁰ y también, en cierto grado, al derecho al trabajo.³¹ Sin embargo, durante el período de Bachelet, el Tribunal Constitucional adoptó un enfoque cada vez más activo en la revisión de legislación en importantes reformas sociales promovidas por ese gobierno.³² Por ejemplo, el Tribunal previno la aprobación de elementos centrales de la reforma laboral, por medio del uso de una especie de enfoque libertario sobre el derecho a la sindicalización,³³ y la modificación del Servicio Nacional del Consumidor.³⁴ El Tribunal limitó también la forma en que Bachelet podría proporcionar un sistema de educación superior gratuito, al forzar a su administración a dar financiamiento a estudiantes que asistían a instituciones que no estaban inicialmente cubiertas por el

²⁸ Hay varias decisiones que podrían citarse. Quizás la más importante de ellas es el hito STC 1710 de 2010.

²⁹ Por ejemplo, Miriam Henríquez (2010) observa que algunos tribunales han desarrollado una especie de 'activismo moderado' para obligar a las aseguradoras privadas a pagar por los costos de enfermedades catastróficas utilizando la cláusula de propiedad e, indirectamente, la protección constitucional a la salud.

³⁰ Por ejemplo, Alejandra Zúñiga (2011) plantea que con posterioridad a la implementación a la reforma del AUGE por el expresidente Lagos, algunas decisiones judiciales conllevaron un enfoque más igualitario.

³¹ Algunos académicos plantean que el modo en que las decisiones judiciales han tratado el derecho a la salud y el derecho al trabajo han modificado la comprensión original de la Constitución, al punto de que se ha invertido la dimensión económica del principio de subsidiariedad. En parte, gracias a disposiciones de textura abierta [*open-textured provisions*], un conjunto de decisiones ha privilegiado la protección de derechos sociales por sobre principios como la libertad contractual (Bassa y Aste 2015). Ellos afirman que una 'mutación' ha cambiado el significado de estos derechos en la Constitución chilena. La 'mutación' es un tipo de cambio constitucional informal. Sobre la idea de mutación, ver, entre otros, Sánchez (2000), Bernal (2016).

³² Muchos académicos han criticado este tipo de decisiones judiciales. Es probable que las críticas de Fernando Atria (2020a, 2020b) y Atria, Salgado y Wilenmann (2017) sean las más famosas.

³³ STC 3016 y 3026 de 2016.

³⁴ STC 4012 de 2018.

plan.³⁵ Otro ejemplo es la decisión del Tribunal de expandir el derecho de los objetores de conciencia en los casos de aborto, de modo que instituciones como las clínicas católicas —y no solo los individuos— pudieran objetar la práctica de abortos.³⁶ Nuestra propuesta no toma partido en el debate respecto del futuro del Tribunal Constitucional, pero, como planteamos más arriba —véase la nota 2—, estamos conscientes de que este es un debate relevante para la propuesta, ya que esta incorpora la creación de un rol judicial débil-fuerte que podría beneficiarse de tener un Tribunal que pueda generar confianza entre los actores políticos.

El sendero a futuro de la revisión judicial en Chile se mantiene abierto: sus énfasis sobre distintos derechos sociales y económicos podría ser limitado o robusto, progresista o conservador; y ser practicado ya sea por el actual Tribunal Constitucional, o bien, mediante un nuevo enfoque, en el cual la Corte Suprema sea la única o principal entidad responsable de la interpretación y de hacer cumplir la nueva constitución. En cualquier caso, la reforma constitucional ofrece una oportunidad para ‘transformar’ o dar nueva forma a los patrones de revisión judicial en Chile de un modo que sea democráticamente productivo. La pregunta que esto plantea es cómo debiera lucir este sendero democráticamente productivo.

Tal como uno de nosotros ha planteado previamente (Dixon, en prensa), habitualmente los procesos democráticos se encuentran sujetos a una serie de ‘bloqueos’. Pueden estar sujetos a *monopolios electorales* o *institucionales*, los que erosionan la verdadera competitividad de un sistema democrático y constitucional y su demanda básica por legitimidad (Dixon, en prensa). De modo aún más frecuente, estos pueden estar sujetos a *puntos ciegos* [*blind spots*] y a *cargas de inercia* [*burdens of inertia*] que causan que las garantías constitucionales sean rutinariamente pasadas por alto, o sean sencillamente ignoradas debido a que la legislatura no presta atención a un problema, no considera opciones relevantes para la protección de garantías constitucionales, o no actúa para actualizar la ley a la luz de entendimientos cambiantes.³⁷

³⁵ STC 2935 de 2015.

³⁶ STC 3729 de 2017.

³⁷ En ocasiones, estos tipos de falta de respuesta pueden estar conectados a ciclos políticos de polarización y descomposición constitucional. Nosotros no adoptamos este enfoque aquí, aunque estos pueden tener cierto poder explicativo en el caso de Chile. Respecto del modo en que la polarización y la descomposición constitucional podrían derivar en entrapamiento y la inercia legislativa, ver Balkin (2020).

Podría decirse que Chile también ha experimentado poderosas cargas de inercia en una serie de áreas clave de la política pública, incluso en el contexto de los llamados a responder y actualizar la política en salud y pensiones. Como indicábamos más arriba, estas políticas resultan subinclusivas y no logran abordar adecuadamente las necesidades de los pobres y parte de la clase media. Ha habido múltiples llamados a actualizar y mejorar estas políticas. Y, aun así, los legisladores, consistentemente, no han podido llegar a los acuerdos legislativos necesarios de modo de cerrar esta brecha. Esta es una clásica instancia de cargas de inercia legislativa.

Al hacer cumplir derechos constitucionales, incluidos los derechos sociales, los tribunales también pueden avanzar sustantivamente en la tarea de hacer frente a esta forma de inercia. Al emitir órdenes coercitivas, y por medio de su autoridad y capacidad persuasiva, los tribunales pueden hacer más visibles los problemas, de manera de llamar la atención de la opinión pública y legislativa o, en su defecto, crear una nueva solución de política legislativa que pueda operar por defecto. Por supuesto, esto no significa decir que los tribunales son la única solución para hacer frente a la inercia legislativa en el caso chileno. Como se explicó más arriba, la combinación de presidentes con mandatos de cuatro años sin renovación, de un Congreso fragmentado producto del sistema electoral, y de elecciones parlamentarias simultáneas a la primera vuelta presidencial, no ayuda a estimular la creación de coaliciones gubernamentales que pudiesen construir acuerdos legislativos amplios. La reforma del régimen político podría ser una condición significativa, aunque tal vez insuficiente, para detener la inercia legislativa. En cualquier caso, los tribunales aún pueden jugar un rol significativo.

Los tribunales también pueden imponer parámetros relevantes sobre los procesos de reforma en la política social y económica. Pueden, por ejemplo, insistir en que las nuevas políticas respeten compromisos básicos con la dignidad y la igualdad, o que estas adopten enfoques de alcance no discriminatorio.³⁸ Pueden insistir, también, en que las políticas sean razonables y diseñadas de un modo que consiga sus objetivos. En Sudáfrica, por ejemplo, la Corte Constitucional ha

³⁸ Comparar con *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* 2000 (11) BCLR 1169 (CC) (S. Afr.); *Khosa v. Minister of Social Development*, 2004 (6) BCLR 569 (CC); *Minister of Health v. Treatment Action Campaign (TAC)* (2002) 5 SA 721 (CC).

implementado un test de 'razonabilidad' para la revisión de demandas de derechos sociales. Y la Corte ha aplicado este test de un modo que promueve políticas de vivienda más inclusivas, las que cubren necesidades de corto plazo para los sin casa y, también, la escasez de viviendas en un mediano y largo plazo, así como políticas de salud más inclusivas, las que permiten que mujeres de todas las zonas del país puedan acceder a antirretrovirales que previenen la transmisión de VIH entre madres e hijos.³⁹

En algunos casos, los tribunales pueden hacer esto mediante acciones basadas en un modelo judicial 'débil' —no coercitivas e insensibles al tiempo (Dixon 2019a). Pero en otros, ellos también necesitarán de poderes correctivos fuertes, los que les permitan, dentro de un marco de tiempo determinado, direccionar ciertas acciones por parte del gobierno. En *Grootboom*, por ejemplo, el Tribunal Constitucional sudafricano implementó una orden débil, declaratoria, en la que exigía al gobierno actualizar sus planes de vivienda y hacerlos más inclusivos. Al hacerlo, contribuía a contrarrestar la inercia de largo plazo en el desarrollo de un plan nacional de vivienda más comprensivo (Dixon 2007). Pero tomó al menos tres años para que el gobierno lo hiciera y, entretanto, el demandante murió sin conseguir un adecuado acceso a la vivienda (Dixon 2007; Sunstein 2000; Pillay 2002). Esto, a su vez, contrasta con los cambios más inmediatos que se produjeron con posterioridad al caso TAC, en donde la Corte instruyó un recurso fuerte al ordenar al gobierno levantar las restricciones al acceso a nevirapina en los lugares en donde ya existía el apoyo para la realización de pruebas y el suministro del fármaco (Dixon 2007).

Tal como sugerimos más arriba, en el caso chileno la litigación en torno a derechos sociales no ha contribuido con el avance de soluciones estructurales. Sin embargo, algunas medidas individuales han sido útiles para expandir derechos sociales individuales en algunos casos específicos referentes al ámbito de la salud y del trabajo. La litigación con respecto al sistema de pensiones aún se encuentra en proceso. Hasta el momento, los casos más significativos en este ámbito muestran que tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional han sostenido que no le está permitido a los individuos retirar la totalidad de sus ahorros

³⁹ Ver *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* 2000 (11) BCLR 1169 (CC) (S. Afr.); *Minister of Health v. Treatment Action Campaign (TAC)* (2002) 5 SA 721 (CC).

de retiro, aun cuando ellos tienen derechos de propiedad sobre los mismos, debido a que estos ahorros tienen un propósito exclusivo: financiar las pensiones de retiro que se entregan periódicamente.⁴⁰ Estos casos podrían ser relevantes, ya que fortalecen los principios del sistema —el que es financiado principalmente por ahorros individuales tomados de los salarios de los trabajadores—, aunque no ha habido más desafíos significativos en contra de estos principios. Si bien es posible aducir que la litigación en los ámbitos de los derechos sociales puede presionar la legislación sobre problemas específicos (Zúñiga 2014), la litigación no ha provocado las reformas estructurales que los chilenos demandan. Al contrario, los ejemplos disponibles —como los litigios en contra de las isapres— parecen sugerir que los legisladores tendrían menos incentivos para legislar en las áreas que han sido tratadas por los tribunales, lo cual confirma lo que uno de nosotros ha planteado de modo más general (Dixon, en prensa).

¿Por qué una revisión judicial débil?

Hay una serie de argumentos en contra de modelos de revisión judicial fuertes y a favor de un enfoque más débil en la exigibilidad judicial de los derechos sociales.

El razonable desacuerdo respecto de la dirección de la reforma económica

Primero, es importante reconocer que existe un espacio razonable de desacuerdo con respecto a la dirección más deseable para la reforma en áreas clave de la política social y económica en Chile. Es probable que sean pocos los chilenos que dudan de que la reforma sea necesaria en áreas como la salud y las pensiones. Pero existe un debate legítimo en relación a cómo exactamente se debiera proceder con esta reforma.

Un enfoque sería reemplazar los sistemas de salud y pensiones actuales con un modelo totalmente estatal de provisión de salud y pensiones. Se han realizado propuestas similares en Estados Unidos de parte de ‘socialistas democráticos’ como Bernie Sanders y Alexandria Ocasio-Cortez (Modhin 2016), y por mucho tiempo este tipo de ideas ha tenido

⁴⁰ Decisión de la Corte Suprema, rol 31,789-2019; STC 7442/7548 de 2020.

el apoyo de sectores de la izquierda chilena.⁴¹ Estas propuestas podrían también implicar la eliminación de los seguros privados de salud, y algunos pueden temer que los fondos de pensiones sean nacionalizados, lo que genera importantes preocupaciones entre los inversores, como ocurrió en 2008 en Argentina, cuando la presidenta Cristina Fernández promulgó una ley que eliminaba las compañías privadas que administraban los ahorros de retiro.⁴²

Un segundo enfoque, no obstante, sería remediar las brechas y deficiencias actuales en el modelo actual de provisión pública y privada de estos bienes clave, o derechos sociales. Un enfoque de este tipo podría denominarse enfoque ‘democrático liberal’ o de ‘mercado justo’, en oposición a un enfoque de ‘libre mercado’.

A diferencia de las ideas neoliberales habitualmente asociadas a los economistas formados en la tradición de Chicago (como los conocidos ‘Chicago boys’), un enfoque democrático liberal plantea que los mercados deben ser apoyados y regulados para que estén a la altura de las verdaderas ideas liberales —las de libertad, dignidad e igualdad para todos los ciudadanos. Así, un enfoque democrático liberal propone que el Estado juegue un rol clave en (i) la provisión de acceso universal a un ‘generoso mínimo social’, incluyendo el acceso a derechos sociales y económicos relevantes; (ii) la regulación de mercados a fin de proteger a los consumidores ante la amenaza del poder monopólico o el abuso de poder del mercado; y (iii) la regulación y la respuesta a los costos sociales o externalidades que, de otro modo, amenazan con socavar la eficiencia y justicia [*fairness*] (Holden y Dixon 2018) de los procesos de mercado. Pero un enfoque democrático liberal es también profundamente liberal,

⁴¹ Por ejemplo, el programa presidencial de 2017 de Beatriz Sánchez, del Frente Amplio, proponía terminar con las AFP. Ella también propuso la creación de un seguro de salud universal y exclusivo, terminando con el aseguramiento individual que las personas pueden obtener de parte de los aseguradores privados. El programa presidencial de 2017 del excandidato presidencial Alejandro Guillier, apoyado por los expartidos de la Concertación, proponía un enfoque más moderado: cobrar un impuesto adicional del 5% para crear un fondo administrado por una institución estatal para ayudar a mejorar las jubilaciones. Sin embargo, el programa de Guillier también ofrecía, por ejemplo, la creación de farmacias estatales. Existían propuestas similares en el programa de Marco Enríquez-Ominami. Los programas presidenciales citados en esta nota se pueden encontrar en el sitio del Servicio Electoral. Disponible en: <https://www.servei.cl/programas-de-candidaturas-a-presidente-de-la-republica/>.

⁴² Para un análisis de los riesgos políticos involucrados en esta reforma, ver Arza (2012) y Kay (2009).

en el sentido de que enfatiza el valioso rol que formas de ordenamiento basadas en el *mercado* pueden jugar en la promoción de la elección individual y el bienestar, y en la eficiencia y sustentabilidad general del sistema económico.

Por tanto, en un enfoque democrático liberal resulta esencial que todos los ciudadanos tengan acceso a la salud y a un nivel de ingresos en sus retiros que les permita vivir una vida digna. Pero esto no significa que un modelo de provisión estatal completa sea, necesariamente, el modo óptimo de alcanzar este objetivo. Comúnmente, sugiere un enfoque democrático liberal: el modo más efectivo de alcanzar este objetivo será adoptar un enfoque público-privado de dos vías, en el que se incentive a los individuos de mayores ingresos a contribuir con sus propias atenciones médicas y jubilaciones a cambio de acceso a estándares de vida más elevados en el retiro y, potencialmente, un sistema de salud más confortable, más allá de las áreas centrales de acceso al tratamiento médico básico.

Este tipo de enfoque de dos vías resulta complejo de conseguir por medios que resulten eficientes, justos y que logren sus objetivos. Sin embargo, tenemos confianza en que un modelo de este tipo es alcanzable, en parte porque uno de nosotros ha estudiado por largos períodos el funcionamiento de los modelos de provisión privada en Estados Unidos y Australia, y ha visto las diferencias en su funcionamiento (Dixon y Holden 2020). En Estados Unidos, la atención médica y las pensiones son en gran medida neoliberales en su diseño: estas se diseñan sobre la base de seguros y contribuciones privadas, con niveles muy modestos de protección para los pobres vía Medicaid. La *Affordable Care Act* expandió la cobertura de Medicaid y de los subsidios para que quienes recibían los ingresos más bajos pudieran acceder a aseguradores privados de salud. Y el seguro social siempre ha tenido incorporado algún grado de redistribución económica. Pero ambos esquemas dejan brechas sustantivas en el acceso a salud y a los ahorros para los seguros de jubilación de los estadounidenses de bajos ingresos.

En contraste, en Australia el Estado garantiza el acceso universal a la atención médica y las pensiones públicas para todos los ciudadanos: la atención en salud de emergencia y preventiva es gratuita y de alta calidad, y toda persona con activos bajo un determinado nivel puede acceder a una pensión adecuada para un estándar de vida básico. Pero

también incentiva a los individuos de altos ingresos a pagar y adquirir prestaciones de salud y a contribuir con los planes de pensión privados de formas que reducen sustancialmente los costos para el Estado (y el contribuyente) de la opción pública de base. Esto también lo hace por medio de un esquema de ‘zanahorias y garrotes’ [*carrots and sticks*]. El garrote produce que quienes tienen altos ingresos se ven forzados a contribuir con un porcentaje determinado de los salarios a sus cuentas de jubilación privadas, y enfrentan importantes sanciones tributarias si no obtienen un seguro privado. La zanahoria es que, al hacerlo, ellos por lo general obtienen acceso a mayores ingresos en su jubilación y a una mayor conveniencia y comodidad en la atención médica (aunque no a un mejor acceso a los tratamientos que puedan salvarles la vida) (Dixon y Holden 2020).

Este tipo de propuestas podría ser útil para identificar un punto de encuentro entre aquellos que defienden la provisión estatal de soluciones universales y aquellos que prefieren que el Estado priorice programas focalizados y de mayor espacio para las iniciativas privadas. Sin embargo, el modo en que se podrían combinar las iniciativas manejadas por el Estado y las privadas podría cambiar entre un sector y otro. Las soluciones en salud, educación y pensiones pueden —y debieran— ser distintas, y la Constitución debiera permitir estos tipos de diferencias. En los ejemplos que damos, tomados del sistema australiano, las soluciones universales y las focalizadas difieren.

Cuál de estos dos enfoques debiera buscar Chile es algo que también está abierto a un razonable desacuerdo. Algunos en la izquierda podrían insistir en que solo un modelo totalmente público será el adecuado para asegurar un compromiso político genuino con un mínimo social decente o una línea de base generosa para todos los ciudadanos. Otros, en la derecha, podrán enfatizar el daño que implicaría para la economía chilena la nacionalización de las compañías privadas o de los fondos existentes. Esta, por ejemplo, es una lectura legítima que la experiencia argentina, que siguió esfuerzos similares por nacionalizar, podría dejar como lección. Nuestra propia visión es que el mejor camino es uno que evita ese resultado, pero insiste en un financiamiento público mucho mayor para un modelo democrático liberal —por ejemplo, una combinación pública y privada de provisiones en salud y pensiones que asegure un verdadero acceso universal a un mínimo social generoso.

En última instancia, sin embargo, estas son preguntas que, en una democracia, debieran ser resueltas por los ciudadanos y sus representantes electos. No son preguntas que nosotros debamos resolver aquí, ni definitivamente tampoco las deben responder los redactores de la nueva Constitución. La abrumante votación a favor de una nueva constitución no es un voto por un modelo o reforma económica específica. Fue una mayoría negativa en contra de un sistema que ha fallado en proveer acceso a necesidades sociales básicas, pero no necesariamente una mayoría positiva a favor de un modo específico de satisfacer tales necesidades. Y los expertos en derecho constitucional no son necesariamente expertos en política económica. Ni tampoco los encargados de redactar una constitución —o incluso los mismos tribunales— tienen la capacidad de calcular y establecer los impuestos necesarios para alcanzar una reforma democrática significativa, sea socialista o liberal democrática.

Cualquier cambio significativo en los sistemas de salud o de pensiones chileno probablemente requerirá de más financiamiento estatal, respaldado por ingresos tributarios adicionales, o por el aumento de los ahorros o seguros individuales obligatorios. Mejorar la opción pública de base, en ambos casos, no es simplemente una cuestión de redireccionar los recursos existentes; necesariamente involucrará también un mayor financiamiento en salud y jubilaciones para los ciudadanos de bajos ingresos.

En esta sección hemos mostrado que existe un razonable desacuerdo respecto de cómo avanzar en reformas sociales para áreas como la salud o la seguridad social, y hemos planteado que los constituyentes no debieran predeterminar los detalles específicos de estas políticas, sino que deben guiar el debate para los futuros legisladores de estas políticas. Además de ofrecer un conjunto de principios que pueden guiar la discusión, quienes elaboren la constitución también deberían considerar que otras partes de la nueva constitución pueden ser utilizadas para limitar las posibilidades de dar forma e implementar la legislación. Por tanto, los redactores deberían evitar utilizar un lenguaje robusto que pudiera, en el futuro, ser usado para impedir la aprobación de reformas razonables y bien diseñadas que respeten los márgenes e implementen los principios directivos correspondientes. Por ejemplo, al elaborar la cláusula sobre la propiedad, el lenguaje utilizado para esa

provisión debiera ser lo suficientemente abierto como para dar cabida a las reformas sociales mencionadas.⁴³

Redistribución económica

Una segunda razón para evitar constitucionalizar la revisión judicial fuerte, es que esta tiene el potencial de conducir a una redistribución económica de características totalmente opuestas a la que es demandada por quienes apoyan la reforma constitucional y económica. Uno de los impulsores centrales de las demandas actuales por reforma constitucional y económica en Chile, es un deseo por ver un mayor acceso a derechos sociales como la salud y las jubilaciones para los pobres, para las clases medias bajas y para los socialmente excluidos.

Aun así, pareciera no haber una conexión causal entre el reconocimiento de derechos sociales y su satisfacción. Por ejemplo, investigaciones han mostrado que los países que reconocen el derecho a salud y a educación no necesariamente incrementan el gasto público en estas áreas (Chilton y Versteeg 2017, 2020; Ben-Bassat y Dahan 2008). Además, los derechos fuertes y judicialmente exigibles habitualmente son hechos valer por quienes son más privilegiados económicamente. En Brasil, por ejemplo, la litigación de derechos sociales ha sido utilizada para reafirmar derechos individuales de acceso a la salud en modos que han redistribuido recursos estatales alejándolos del cuidado preventivo de los pobres y destinándolos en costosos tratamientos de preservación o prolongación de la vida para las clases medias (Hoffman y Bentes 2008; Ferraz 2011; Brinks y Gauri 2014). En Colombia, la historia de la litigación de derechos sociales ha sido más variada.⁴⁴ La Corte colombiana ha instruido un grupo de medidas estructurales que buscan incrementar la igualdad de acceso para los pobres en el contexto general del sistema nacional de salud, y en el contexto específico del acceso de personas internamente desplazadas a variados servicios —incluyendo tratamien-

⁴³ Los ejemplos abundan. Ver, por ejemplo, el Artículo 25 de la Constitución sudafricana.

⁴⁴ Para una visión más matizada de la regresiva historia sobre cómo han sido judicializados los derechos sociales en Colombia, ver Uprimny y Durán (2014). Algunos académicos han planteado que la litigación en Colombia no ha sido exitosa en relación a la construcción de movimientos que puedan beneficiar a aquellos que no tienen acceso al sistema jurídico: “En general, el caso colombiano muestra que la combinación de activismo judicial con la movilización social puede hacer una diferencia —pero incluso bajo esas circunstancias, el progreso es lento” (Chilton y Versteeg 2020, 206).

tos de salud, pero también vivienda y educación.⁴⁵ Pero los individuos también han recurrido a la tutela para conseguir acceso directo a determinados servicios médicos de una forma tal que se puede decir que ha promovido los intereses de la clase media por sobre los pobres (Cepeda-Espinosa 2004; Landau 2012). En general, la evidencia proveniente de distintos países es mixta⁴⁶ y, aun cuando muchos de estos trabajos enfrentan desafíos metodológicos y problemas de diseño de investigación (Andia y Lampera 2019), el riesgo de terminar por no beneficiar —o incluso dañar— a los más pobres es algo que los constituyentes debieran considerar.

Debido a la presencia de garantías de derechos sociales fuertes y justiciables en una constitución, a menudo resulta difícil para los tribunales rechazar demandas de acceso individual a tratamientos de preservación de la vida, aun cuando estos son extremadamente caros. Los casos individuales de este tipo son tremendamente desgarradores.⁴⁷ Y habitualmente es difícil para un tribunal rechazar a las personas el acceso a tratamientos de salud que podrían prolongar sus vidas y, a la vez, continuar reafirmando la dignidad fundamental del demandante. Sin embargo, el efecto de decisiones judiciales de este tipo, tal como muchos científicos sociales lo han descrito, inevitablemente desvía la distribución de recursos dentro del sistema de salud, alejándola de los cuidados preventivos y de los pobres, y acercándola a las necesidades de las clases medias y de quienes reciben los ingresos más altos (Brinks y Gauri 2014; Ferraz 2011).

Si bien un resultado de este tipo sería entendible y tendría claras ventajas al salvar algunas vidas, sería profundamente problemático en términos generales en el contexto chileno. La principal queja respecto de la atención en salud en Chile no es que el sistema falle en entregar acceso a tratamientos vitales para los chilenos más ricos. Más bien es que la atención de base que se ofrece a los chilenos más pobres y de clase media resulta claramente inadecuada. Todo enfoque que promueva

⁴⁵ Ver, por ejemplo, C.C. 22 de enero, 2004, M.P.: M. Espinosa, Sentencia T-025/04, y C.C., 31 de julio, 2008, M.P.: M. Espinosa, Sentencia T-760/08. Ver la discusión en Landau (2012, 2014) y Bilchitz (2002).

⁴⁶ Por ejemplo, ver un trabajo en donde se discute la evidencia de Brasil, Sudáfrica, Indonesia e India (Brinks y Gauri 2014).

⁴⁷ Comparar con *Soobramoney v. Minister of Health, Kwazulu-Natal* 1998 (1) SA 765 (CC) (S. Afr.).

un *mayor* acceso a costosas atenciones vitales en salud a ciudadanos privilegiados resultaría, por tanto, directamente contraproducente a las demandas democráticas actuales. En vez de ello, lo que se requiere es un marco constitucional que pueda tanto facilitar como empujar cambios estructurales diseñados para proteger los derechos e intereses de los pobres y de la clase media.

Reforzando la capacidad legislativa en vez de debilitarla

Tercero, todo intento por constitucionalizar derechos sociales debe ser consciente del deseo por reforzar el rol de la legislatura en la respuesta a las legítimas demandas de los ciudadanos. Uno de los objetivos de la reforma constitucional es alcanzar una reforma constitucional que incite y empodere a los legisladores a actuar. Resultaría perverso que las garantías de derechos sociales *socavasen* estas reformas de mayor alcance.

Stephen Holmes tuvo un razonamiento similar en Europa del Este durante las décadas de 1980 y 1990 (Holmes 1993; Sunstein 1993; Holmes y Sunstein 2002). Holmes y otros plantearon que una tradición de gobernanza legislativa relativamente débil en los antiguos sistemas socialistas hacía que fuera acuciante e importante para estos sistemas construir una cultura de responsabilidad y respuesta legislativa. Esto, aducían, significaba también el dotar a las legislaturas de un mayor alcance y responsabilidad para dar respuesta a variados problemas constitucionales, incluyendo la satisfacción de los derechos. Y esto implicaba evitar la adopción de un modelo de revisión judicial que diera a los tribunales un rol demasiado central en el aseguramiento de los derechos, de modo que pudiera socavar tanto el incentivo como la oportunidad de la intervención legislativa sobre estos problemas. David Landau (2019) ha hecho observaciones similares en el contexto colombiano, las que también podrían hacerse en Chile. Si parte del objetivo del proceso constituyente es estimular procesos legislativos eficaces, sería contraproducente debilitar el rejuvenecimiento estructural en el diseño de garantías de derechos sociales.

En conexión con estas visiones, también resulta importante tomar en cuenta que se ha planteado que modelos de derechos sociales judicialmente exigibles podrían desincentivar protestas sociales en contra de los gobiernos y reemplazarlas por litigios organizados. De ser esto cierto, entonces los modelos de derechos sociales podrían reducir la *accountability* electoral (Chilton y Versteeg 2018).

3. Hacia un modelo de protección débil-fuerte para los derechos sociales

Teniendo en mente estas consideraciones, sugerimos que el modo más prometedor para Chile sería desarrollar un nuevo y distintivo modelo de protección de derechos sociales, el que deberá basarse en una perspectiva híbrida que considere mandatos legislativos y protecciones judiciales débiles. Este modelo solo debiera incluir el tipo de derechos sociales que han servido para justificar importantes demandas, las que (1) no han sido satisfechas debido a la inercia legislativa y (2) permiten explicar el elevado apoyo popular al reemplazo constitucional. La salud y la seguridad social son candidatos obvios. La lista también puede incluir otros derechos como el acceso a alimentación, vivienda y educación. El modelo no debiera contar con derechos individuales que pueden ser protegidos en otra parte de la constitución, como una declaración de derechos más clásica que reconozca los derechos de libertad de expresión y de propiedad. Sin embargo, al diseñar este tipo de derechos individuales —particularmente la propiedad y la libertad económica—, los constituyentes deberían utilizar un lenguaje que no sea demasiado fuerte como para que limite el modo en que los futuros legisladores y diseñadores de políticas públicas puedan diseñar políticas razonables para satisfacer derechos sociales.

Un modelo híbrido de este tipo podría adoptar variadas formas. Sin embargo, en esta sección proponemos un modelo nuevo y distintivo, el que cuenta de cuatro partes: (a) un mandato obligatorio al legislador; (b) un marco de tiempo específico para la adopción de las leyes relevantes; (c) principios constitucionales que guíen las reformas sociales y económicas; y (d) la posibilidad de revisión judicial de las fallas legislativas en la implementación de los mandatos que la constitución le ha dirigido al legislador.

Mandatos constitucionales al legislador [by-law clause]

Para comprender el modelo es útil analizar cada uno de sus cuatro elementos clave. El primer elemento es la adopción de un mandato constitucional dirigido al legislador. Estos mandatos son cláusulas constitucionales que ordenan o empoderan al legislador a implementar un

principio específico, a establecer políticas dirigidas a un objetivo, o a detallar el contenido de una norma constitucional. Este tipo de mandatos al legislador pueden ser implícitos, por ejemplo, cuando la constitución establece, de modo general, que una materia será regulada por ley; o explícitas, cuando la cláusula se refiere a una ley particular que necesita ser promulgada para complementar o detallar la norma constitucional. Cláusulas de este tipo, como observan Dixon y Ginsburg (2011; también Weiss 2017), son cada vez más comunes en las constituciones a lo largo del mundo.

Los mandatos al legislador también se encuentran en múltiples formas: ellas pueden proporcionar principios guía o pueden mantener las cosas abiertas para que sea el legislador quien decida. Pueden proveer estándares específicos que necesitan alcanzarse o pueden ser de contenido abierto (o incluso vagas o ambiguas) en el lenguaje que utilizan, dando lugar a una serie de alternativas que el legislador puede luego elegir.

Ellas pueden también tener una forma débil o permisiva, o fuerte u obligatoria. Un mandato permisivo simplemente admite que las legislaturas adopten una determinada acción, pero al hacerlo sugieren que esa legislación pueda ser deseable y esté justificada o protegida constitucionalmente. Por ejemplo, el Artículo 13 de la Constitución chilena reconoce los derechos políticos clásicos (el derecho a sufragio y a postular a cargos públicos) y establece que la ley puede crear otros. En este caso, la Constitución empodera al legislador a crear más derechos políticos, pero no lo obliga a hacerlo.

Los mandatos fuertes u obligatorios, en contraste, ordenan a que el legislador adopte determinadas acciones a fin de implementar objetivos constitucionales más precisos. El Artículo 19, numeral 11, de la Constitución de Chile, por ejemplo, señala que la ley orgánica debe establecer los requerimientos para el reconocimiento oficial de las instituciones educacionales en todos los niveles.

Nosotros proponemos un mandato constitucional obligatorio para el legislador en la regulación de los derechos sociales. Dicho mandato debe incluir estándares específicos que puedan guiar al legislador para que las políticas aprobadas puedan estar respaldadas por principios razonables y ampliamente compartidos. De hecho, esto significaría que la constitución establecería que la legislatura debe tomar cursos de acción para la

implementación de los derechos a la salud, la vivienda, la alimentación y la seguridad social, mientras que, al mismo tiempo, reduciría el grado de discreción que poseen los legisladores para elegir el modo de implementarlos. Estos aún tendrían opciones a escoger y detalles que agregar, pero tendrían que descartar las opciones que puedan violar los principios clave.

Límites de tiempo precisos

Segundo, nosotros proponemos que el mandato al legislador contenga un marco de tiempo específico. En principio, los mandatos al legislador no necesitan entregar plazos límite para la aprobación e implementación de la legislación requerida. En ninguno de los ejemplos que dimos antes respecto de la posibilidad de entregar derechos políticos adicionales o sobre la obligación de regular los requerimientos para el reconocimiento de las instituciones educacionales, la Constitución chilena actual entregó marcos de tiempo específicos. Sin embargo, nuestro modelo propone límites de tiempo precisos.

Tal como ha mostrado Dixon en otro trabajo, los mandatos al legislador a menudo pueden conducir a una implementación legislativa oportuna, pero existen varios ejemplos en que ello no ocurre así (Dixon y Ginsburg 2018; Lerner 2011). Incluir un marco de tiempo específico y explícito ayuda a hacer visible la infracción del mandato y a prevenir dicha infracción.

Esto es algo que nos parece especialmente importante en el contexto chileno, tanto a fin de contrarrestar una inercia significativa como para mostrar a los ciudadanos un compromiso serio con la reforma económica. Así, por ejemplo, el mandato al legislador podría incluir un marco de tiempo (dos o cuatro años con posterioridad a la adopción de la nueva constitución) para la promulgación de reformas legislativas clave en el ámbito económico. El número exacto de años para el límite de tiempo dependerá de variados factores, los que deben ser sopesados por los constituyentes, incluyendo consideraciones como los tiempos de procesamiento legislativo previstos para el Congreso y los ciclos electorales respectivos.

Ellos tendrán que decidir el marco de tiempo exacto, sopesando la necesidad de señalar que la aprobación de reformas en estas áreas —por ejemplo, la salud y la seguridad social— es urgente —por lo que

es deseable plazos más cortos—, y que esto permita a los futuros legisladores tener el tiempo suficiente para negociar y acordar una reforma técnicamente apropiada y políticamente sustentable —la que podría demandar un tiempo adicional. Como explicamos antes, una de las razones asociadas a la inercia legislativa en Chile, en parte tiene que ver con los incentivos institucionales provenientes del régimen político, los cuales previenen la construcción de coaliciones y la cooperación. Debido a que la nueva constitución debería abordar este problema, y a que ello podría provocar una reforma considerable del régimen político, los distintos actores del nuevo sistema constitucional van a requerir de algo de tiempo para acomodar y, tal vez, adaptar el sistema de partidos. Por esta razón, el marco de tiempo también debería ser diseñado teniendo en consideración el nuevo ciclo electoral.

Principios rectores explícitos

Tercero, en el contexto chileno, el mandato al legislador debería contener principios rectores que guíen el trabajo legislativo. No se debería simplemente dejar que la legislatura determine cómo y en qué grado se implementan los derechos sociales. Los constituyentes podrían aportar valiosa orientación sobre aspectos como la razonabilidad y la inclusividad de las políticas que persigan satisfacer los derechos sociales.

Por ejemplo, un mandato al legislador podría determinar expresamente que las reformas económicas deben asegurar el acceso universal a los derechos sociales para los ciudadanos, incluyendo a aquellos marginalizados, en consonancia con un compromiso con la dignidad humana universal. Esto también podría ser detallado en el texto de la constitución o indicado por un compromiso con 'la inclusión' como el que es enfatizado por el Tribunal Constitucional sudafricano en *Grootboom*.⁴⁸ De igual forma, los redactores podrían exigir que todas las políticas sean razonables y estén diseñadas de un modo idóneo para conseguir sus objetivos.

De igual forma, aquellos redactores preocupados por preservar la actual combinación entre provisión pública y privada de Chile, los mercados y la regulación gubernamental de la economía, podrían insistir en que los principios de este tipo enfatizan la importancia actual de la liber-

⁴⁸ *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, 2000 (11) BCLR 1169 (CC) (S. Afr.).

tad (de elección) individual y los principios generales de sustentabilidad fiscal.

España y Colombia han experimentado con principios de esta índole.⁴⁹ En Colombia, por ejemplo, por medio de la adopción de la reforma de 2011, la que exigía que la consecución de los derechos sociales sea consistente con un principio de sustentabilidad fiscal, incluye una medida tendiente a controlar el impacto financiero que podrían provocar las decisiones judiciales.⁵⁰ Aunque los resultados de ese experimento son variados (Roa 2017) y no han estado exentos de críticas (se ha dicho, por ejemplo, que el mismo puede dañar la independencia judicial) los chilenos podrían aprender de la experiencia colombiana y diseñar una medida eficaz y equilibrada. Y los conservadores en Chile podrían proponer principios similares como parte de un acuerdo para apoyar la constitucionalización de un modelo híbrido —legislativo-judicial— de implementación de derechos sociales.

Los principios exactos que se adopten deberán ser negociados por los constituyentes. Solo enfatizamos que sería perfectamente posible que los redactores constitucionales exijan a los legisladores una orientación clara, *en base a principios*, al implementar el deber de promulgar una legislación económica reformadora. Ejemplos de principios adicionales que podrían adoptarse son los mencionados en nuestra propuesta al inicio de este trabajo. Estos incluyen el establecimiento de un nivel ‘mínimo vital’ que debe ser garantizado. La idea de un mínimo central o vital podría ser útil para determinar un contenido para el nivel de satisfacción exigido, de otro modo indeterminado, de los derechos sociales. Al establecer contenidos mínimos, esta idea podría ayudar a evitar interpretaciones judiciales maximalistas y a entregar certeza sobre las protecciones, aunque ello también implica algunos riesgos (ver Young 2008). Podría existir desacuerdo respecto de qué es lo que implica un mínimo vital o básico, y cuál es el lenguaje más apropiado. Los debates al respecto en México y Colombia pueden ser tan iluminadores como confusos. En Chile, a pesar de que el concepto ha sido utilizado para criticar el sistema de seguridad social (Monteiro 2019), algunos autores

⁴⁹ Ver la enmienda constitucional española del 27 de septiembre de 2011, la que modificó el Artículo 135 de la Constitución española.

⁵⁰ Ver el Acto Legislativo 3 de 2011, el cual modifica el artículo 334 de la Constitución colombiana. La ley 1695, de 2013, estableció un procedimiento específico y la decisión de la Corte Constitucional limitó la aplicación de la medida.

se mantienen escépticos. Por ejemplo, algunos podrían oponerse a este lenguaje aduciendo que los derechos sociales deben conectarse con una idea de ciudadanía democrática e igualitaria (Atria 2020c).

Otros ejemplos de principios rectores que pueden ser incluidos son un criterio de no-discriminación, la necesidad de tomar en consideración las necesidades particulares de los pueblos indígenas, la idea de un test de razonabilidad —el que también podría ser útil para conducir la revisión administrativa de las políticas adoptadas— y un principio de realización progresiva —que podría ayudar a asegurar que Chile no infrinja el ICESCR. Si bien podría haber desacuerdo respecto de cómo exactamente debiera ocurrir esto, existe un amplio acuerdo respecto de que toda nueva constitución democrática debería hacerse cargo de la historia y de las demandas particulares de los pueblos indígenas. Precedentes comparados, particularmente en Sudáfrica, señalan el valor y la viabilidad de requerir que los gobiernos adopten políticas que ellos pueden justificar como razonables de acuerdo, en lo general, a principios o estándares políticos, y en lo particular, a principios constitucionales.⁵¹ El derecho internacional rechaza la regresión, reconoce el principio de realización progresiva en la protección de derechos sociales, aunque el mismo principio no debe ser entendido como un absoluto.⁵²

La revisión judicial débil-fuerte (o la revisión judicial como respaldo/barrera, backstop)

Cuarto, nos parece que un mandato al legislador debería combinarse con un mandato explícito de revisión judicial. En algunos contextos se entiende que los mandatos al legislador tienen una aplicabilidad puramente política, o que son ‘principios rectores’ de la política estatal aplicados únicamente por la vía de medios políticos en lugar de legales (Tushnet 2008). Pero incluso en India, en donde este es nominalmente el caso, la Corte Suprema ha participado en una amplia variedad de formas

⁵¹ Comparar con *South Africa v. Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (Constitutional Court of South Africa). Para una discusión, ver, por ejemplo, Dixon (2007).

⁵² Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment 3*, Note by the Secretariat, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, May 27, 2008, UN Doc HRI/GEN/1/Rev9 (Vol. 1), para 9. Ver, por ejemplo, la discusión en Nolan, Lusiani y Courts (2014).

de aplicación indirecta de estos principios.⁵³ Y hay varios otros países en los que las cortes han jugado un rol aún más directo en la aplicación de estas cláusulas. En Kenia, por ejemplo, ha habido casos recientes en los que el Parlamento no ha logrado legislar a fin de conseguir la paridad de género en el poder legislativo dentro del marco de tiempo específico que entrega la Constitución. Y esto ha conducido a litigios ante la Corte Suprema de Kenia y a producir órdenes de la misma para que la legislatura adopte acciones que remedien la situación.⁵⁴

Sin embargo, del establecimiento de una revisión judicial de este tipo puede ser más o menos explícita en el texto de una constitución. Nuestra sugerencia es que, en el contexto chileno, la posibilidad de revisión judicial como un respaldo debiera estar señalada de forma explícita. Esto parece fundamental para asegurar un modelo verdaderamente híbrido de protección de derechos sociales, en el que los derechos se hagan cumplir por medio de una combinación de mecanismos legislativos y judiciales.

Además, proponemos que el texto de toda garantía de derechos sociales vuelva explícita la naturaleza del respaldo de cualquier poder de revisión judicial de este tipo. En este sentido, la nueva constitución permitiría una forma de lo que uno de nosotros (Dixon) ha denominado revisión débil-fuerte. Se trata de una revisión judicial que parte débil, pero que, frente a la persistente inercia legislativa en curso, se va haciendo más robusta con el tiempo, y de otro modo se mantendría débil o deferente (Dixon 2019b, en prensa). En otras palabras, es importante distinguir entre diferentes tipos de poderes judiciales. Primero, antes del plazo que tienen quienes diseñan las políticas públicas para implementar las políticas correspondientes, los jueces tendrán una función modesta: no se les permitirá invalidar la legislación y solo podrían ordenar medidas individuales para el cumplimiento de las leyes y políticas existentes, de existir estas. Segundo, suponiendo que los legisladores aprueben las po-

⁵³ Ver, por ejemplo, *Olga Tellis v. Bomba Municipal Corporation*, 1985 SCC (3) 545.

⁵⁴ Advisory Opinion No 2 of 2012, [2012]. Ver Kenyan Women Organisations to Petition Courts Over the 2/3 Gender Rule, CONSTITUTIONNET, Sep. 5, 2016. Disponible en: <http://www.constitutionnet.org/news/kenyanwomen-organisations-petition-courts-over-23-gender-rule>. Ver también, National Women's Steering Committee, *Implementing the Constitutional Two-Thirds Principles: The Cost of Representation* 12 (May 2015); As Kenya Election Approaches, Two-Thirds Gender Rule Hangs over Parliament, THE EAST AFRICAN, Abr. 28, 2017. Disponible en: <http://www.theeastafrican.co.ke/news/Two-thirds-gender-rule-hangs-over-Kenya-parliament--/2558-3907756-1t1dumz/index.html>.

Tabla 1. COMPONENTES DEL MODELO PROPUESTO

Componente	Función constitucional	Efectos legales	Efectos políticos esperados
Mandatos al legislador	Exige al legislador la implementación de derechos sociales	Obligación legal positiva sobre el legislador	Crea un argumento con el que presionar a los legisladores para alcanzar un acuerdo
Límites de tiempo	Asigna plazos a la obligación impuesta por la cláusula por ley	Entrega certeza respecto de cuándo se debe ejercer la obligación legal	Vuelve visible una posible infracción, asignando un costo a la inercia legislativa; y/o crea un punto focal de cooperación, diseñado para generar una respuesta legislativa.
Principios rectores	Exigen la consideración de compromisos sustantivos	Entrega estándares para evaluar la legislación estatutaria creada a tal efecto	Incentiva a los legisladores a abogar por políticas basadas en principios comunes y razonables
Atribuciones judiciales antes del plazo	Instruye medidas individuales, hace cumplir las políticas existentes, identifica los puntos de inercia	Hace efectivos los principios rectores en casos específicos, haciendo visibles las brechas y abordándolas a medida que estas afectan a individuos	Guía a los legisladores, protege a los individuos, denuncia los puntos sensibles
Revisión judicial si se promulga el estatuto	Vela por la aplicación de la legislación de acuerdo a principios constitucionales, sentencias interpretativas	Identifica y llena los vacíos y puntos ciegos en la legislación, explica los principios rectores	Completa la legislación, incentiva a los legisladores a perfeccionar las leyes, y/o a suplementar actos legislativos
Atribuciones judiciales si las leyes no son aprobadas después del plazo dado	Instruye medidas individuales y estructurales	Efectos temporales hasta que se dicta la legislación	Incentiva a los legisladores a aprobar leyes.

Fuente: Elaboración propia.

líticas correspondientes, los jueces no podrán invalidar las leyes ni ordenar medidas estructurales, aunque podrán dictar sentencias interpretativas para llenar los vacíos o los puntos ciegos que identifiquen, además de hacer cumplir las políticas establecidas. Finalmente, si se mantiene la inercia legislativa con posterioridad a que se haya alcanzado el plazo

—es decir, los legisladores no han aprobado las leyes correspondientes dentro del plazo establecido— se le permitirá a la corte ordenar medidas individuales y estructurales.

El propósito de este modelo es proporcionar incentivos a los legisladores para que detengan la inercia legislativa. Idealmente, el paso final, aquel que permite a los jueces instruir medidas estructurales, nunca debería ser utilizado aunque su existencia es útil para promover la adopción de las leyes correspondientes. Para que este modelo tenga éxito, los políticos necesitan incentivos para cooperar y legislar, y es por ello que, como ya planteamos, la estrategia que acompaña esta propuesta, de revisión del régimen político, podría resultar de utilidad. La Tabla 1 sintetiza los componentes del modelo que proponemos.

4. Conclusiones

Una de las preguntas a las que se enfrentan quienes elaborarán la constitución en Chile es cómo llegar a nuevas y creativas formas de acuerdos políticos en materia de derechos sociales. Existen experiencias en otros países que muestran cómo técnicas, por ejemplo los principios rectores, pueden ser útiles para acomodar visiones divergentes (Khaitan 2018), y Chile debiera encontrar su propio camino. Una abrumadora mayoría de chilenos estuvo a favor de reemplazar la Constitución vigente. El proceso mismo deja en claro que cada norma constitucional nueva debe obtener un apoyo supramayoritario a fin de que sea aprobada en la convención constitucional. Esta estructura procedimental crea un claro imperativo por los acuerdos políticos transversales y multipartidistas. Lo que nosotros proponemos en este artículo es cómo se podría conseguir una forma de acuerdo mediante una combinación creativa de la revisión judicial débil y fuerte, y de un constitucionalismo político-legislativo en el diseño y aprobación de reformas sociales.

Con todo, un modelo de este tipo resulta bastante complejo. No proporciona derechos individuales inmediatamente exigibles y tiene variados componentes, los que pueden ser difíciles de comprender para algunos votantes. Sin embargo, el modelo tiene claros precedentes en otros sistemas constitucionales: toma rasgos de su diseño de varios sistemas constitucionales en el mundo, incluidos Alemania y Kenia (Dixon 2019b). Incluimos en este artículo, con la misma eficacia, un modelo que combina la aplicación legislativa con la aplicación judicial débil-fuerte como respaldo.

En este modelo, se demanda que los tribunales y las legislaturas colaboren para la consecución de los objetivos constitucionales, incluyendo la realización de los derechos sociales constitucionales (Kavanagh 2021). Pero también deja en claro que, en el contexto de reforma económica, la responsabilidad principal sobre la misma recae en la legislatura, aunque los tribunales pueden intervenir si la legislatura no toma las medidas requeridas por la constitución dentro del plazo pertinente y de conformidad con las orientaciones del caso.

Este es un enfoque nuevo que requiere de acuerdos pragmáticos que reconozcan los argumentos de peso tanto a favor de la constitucionalización de derechos sociales y de una revisión judicial fuerte como los de importantes argumentos en Chile contrarios a este enfoque, junto con una revisión de los acuerdos del régimen político que estimulan la inercia en áreas clave que se conectan directamente con las demandas sociales que estuvieron presentes en las masivas protestas de octubre de 2019. Como ya dijimos, nuestra propuesta es útil, en parte, porque puede hacer que los constituyentes señalicen un compromiso con la promoción de soluciones a largo plazo sin por ello utilizar la Constitución para regular los detalles de las políticas públicas. También es importante que el compromiso de los constituyentes con la promoción de reformas sociales no dañe los esfuerzos de los actuales legisladores por continuar negociando y, de ser posible, aprobar reformas relevantes en importantes áreas. Más aún, es deseable que el Congreso continúe haciendo progresos en la agenda social mientras avanza el proceso de elaboración constitucional, aun cuando se podría decir que es poco probable que tengan éxito en el logro de acuerdos en todas las áreas sensitivas. Por ello, es posible que existan brechas y puntos ciegos incluso si los legisladores han conseguido avances en las reformas sociales.

Traducción desde el inglés de Felipe Padilla

Bibliografía

- Alvear, J. 2013. Protección de la salud, acceso a los medicamentos y deficiencias del mercado. Hacia un derecho social plurivalente en el marco de una economía social de mercado. *Ius et Praxis* 19, 123-178.
- Alvear, J. 2014. Los derechos sociales: develando el mito. Justificación y búsqueda de coherencia (273-308). En García, J. (ed.), *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta: Evolución constitucional*. Santiago: Legal Publishing, Thomson Reuters.

- Andia, T. y Lamprea, E. 2019. Is the Judicialization of Health Care Bad for Equity? A Scoping Review. *International Journal for Equity in Health* 18, 61-72.
- Arza, C. 2012. The Politics of Counter-Reform in the Argentine Pension System: Actors, Political Discourse, and Policy Performance. *International Journal of Social Welfare* 21, 46-60.
- Atria, F. 2020a. Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (i): el conceptualismo constitucional. *Derecho y Crítica Social* 6(114), 114-160.
- Atria, F. 2020b. Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (ii): propuestas finales. *Derecho y Crítica Social* 6(161), 161-215.
- Atria, F. 2020c. La nueva Constitución que Chile necesita. *Mensaje* 695. Disponible en: <https://www.mensaje.cl/revista-mensaje-n-695-la-nueva-constitucion-que-chile-necesita/> [25 de octubre 2020].
- Atria, F., Salgado, C. y Wilenmann, J. 2017. *Constitución y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. Santiago: Lom Ediciones.
- Balkin, J. 2020. *The Cycles of Constitutional Time*. Oxford: Oxford University Press.
- Bassa, J. 2008. *El Estado constitucional de derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*. Santiago: Lexis Nexis.
- Bassa, J. 2015. El Tribunal Constitucional en la Constitución chilena vigente (253-284). En Bassa, J., Bórquez, J. y Viera, C. (eds.), *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. Santiago: Lom Ediciones.
- Bassa, J. y Aste, B. 2015. Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile. *Revista Chilena de Derecho* 42, 215-244.
- Ben-Bassat, A. y Dahan, M. 2008. Social Rights in the Constitution and in Practice. *Journal of Comparative Economics* 36, 103-119.
- Bernal, C. 2016. Prefacio. Cambio constitucional informal: una introducción crítica (9-50). En Albert, R. y Bernal, C. (eds.), *Cambio constitucional informal*. Bogotá: Universidad del Externado.
- Bernal, C. 2017. The Constitutional Protection of Economic and Social Rights in Latin America (325-342). En Dixon, R. y Ginsburg, T. (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*. Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Bilchitz, D. 2002. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance. *South African Journal on Human Rights* 119, 484-501.
- Bossert, T. y Villalobos, P. 2020. Health Reform in the Midst of a Social and Political Crisis in Chile, 2019-2020. *Health Systems & Reform* 6, e1789031.
- Brinks, D. y Gauri, V. 2014. The Law's Majestic Equality? The Distribution Impact of Judicializing Social and Economic Rights. *Perspectives on Politics* 12, 375-393.
- Bustos, R. 2015. Nueva constitución y derechos sociales. Hacia un nuevo paradigma (227-249). En Chia, E. y Quezada, F. (eds.), *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*. Santiago: Instituto Igualdad, Universidad de Chile, Friedrich Ebert-Stiftung.
- Bunker, K. 2018. La elección de 2017 y el fraccionamiento del sistema de partidos en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 9(2), 202-225.
- Cadem 2020. Estudio Monitoreo Post Plebiscito 2020. Disponible en: <https://www.cadem.cl/wp-content/uploads/2020/10/Post-Plebiscito-VF.pdf> [25 de octubre 2020].
- Cardoso, J. 2020. Cambios socioeconómicos y legitimación constitucional: camino hacia una nueva constitución en Chile. *Derecho y Crítica Social* 6, 68-95.
- Cepeda-Espinosa, J. 2004. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review* 3, 529-700.

- Couso, J. 2017. The 'Economic Constitutions' of Latin America: Between Free Markets and Socioeconomic Rights (343-359). En Dixon, R. y Ginsburg, T. (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*. Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Couso, J. y Hilbink, L. 2011. From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile (99-127). En Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (eds.), *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cruz, F. y Varetto, C. 2019. Crónica de un cambio anunciado. Las elecciones de 2017 en Chile frente al cambio de sistema electoral. *Estudios Políticos* 54, 233-258.
- Chilton, A. y Versteeg, M. 2017. Rights Without Resources: The Impact on Constitutional Social Rights on Social Spending. *The Journal of Law and Economics* 60(4), 713-748.
- Chilton, A. y Versteeg, M. 2018. Courts' Limited Ability to Protect Constitutional Rights. *The University of Chicago Law Review* 85, 293-336.
- Chilton, A. y Versteeg, M. 2020. *How Constitutional Rights Matter*. Oxford: Oxford University Press.
- Davis, D. 1992. The Case against the Inclusion of Socioeconomic Demands in a Bill of Rights Except as Directive Principles. *South African Journal on Human Rights* 8, 475-490.
- Davis, D. 2008. Socioeconomic Rights: Do They Deliver the Goods? *International Journal of Constitutional Law* 6, 687-711.
- Dixon, R. 2007. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited. *International Journal of Constitutional Law* 5, 391-418.
- Dixon, R. 2017. The Core Case for Weak-Form Judicial Review. *Cardozo Law Review* 38, 2193-2232.
- Dixon, R. 2018. Constitutional Rights as Bribes. *Connecticut Law Review* 50, 767-818.
- Dixon, R. 2019a. The Forms, Functions, and Varieties of Weak(ened) Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law* 17, 904-930.
- Dixon, R. 2019b. Constitutional Design Deferred (165-185). En Landau, D. y Lerner, H. (eds.), *Comparative Constitution Making*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Dixon, R., en prensa. Democracy and Dysfunction: Towards a Responsive Theory of Judicial Review. Manuscrito.
- Dixon, R. y Ginsburg, T. 2011. Deciding Not to Decide. Deferral in Constitutional Design. *International Journal of Constitutional Law* 9, 636-672.
- Dixon, R. y Ginsburg, T. 2018. The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance. *International Journal of Constitutional Law* 15, 988-1012.
- Dixon, R. y Holden, R. 2020. A Public Baseline: The Australian Health Care Model. *American Affairs*. Disponible en: <https://americanaffairsjournal.org/2020/02/a-public-baseline-the-australian-health-care-model/> [25 de octubre 2020].
- Donoso, S. 2016. Democratizing Force: The Political Impact of the Student Movement in Chile. *New Perspectives* 39, 167-196.
- Fábrega, J., González, J. y Lindh, J. 2018. Polarization and Electoral Incentives: The End of the Chilean Consensus Democracy, 1990-2014. *Latin American Politics and Society* 60, 49-68.
- Ferraz, O. 2011. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review* 89(7), 1643-1668.

- Figueroa, R. 2009. Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica. *Revista Chilena de Derecho* 36(3), 587-620.
- Fuentes, C. 2015. Shifting the Statu Quo: Constitutional Reforms in Chile. *Latin American Politics and Society* 57(1), 99-112.
- Grugel, J. y Singh, J. 2015. Protest, Citizenship and Democratic Renewal: The Student Movement in Chile. *Citizenship Studies* 19(3-4), 353-366. DOI: 10.1080/13621025.2015.1006172.
- Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional 2019. 25 propuestas para un Tribunal Constitucional del siglo XXI. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/documentos/Informe-Final-Grupo-Estudio-Reforma-al-TC.pdf> [25 de octubre 2020].
- Henríquez, M. 2010. ¿Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas? Análisis jurisprudencial 2006-2009. *Estudios Constitucionales* 8, 401-424.
- Heiss, C. 2017. Legitimacy Crisis and the Constitutional Problem in Chile: A Legacy of Authoritarianism. *Constellations* 24, 470-479.
- Hilbink, L. 2019. New Constitution or Nothing! The Promise and Pitfalls of Chile's Constitutional Moment. *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, November 24. Disponible en: <http://www.iconnectblog.com/2019/11/new-constitution-or-nothing-the-promise-and-pitfalls-of-chiles-constitutional-moment/> [25 de octubre 2020].
- Hilbink, L. 2020. ¡Nueva constitución o nada! Promesas y trampas del momento constitucional chileno. *Derecho y Crítica Social* 6, 96-102.
- Hoffman, F. y Bentes, F. 2008. Accountability for Social and Economic Rights in Brazil (100-145). En Gauri, V. y Brinks, D. (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Holden, R. y Dixon, R. 2018. Partially Right: Rejecting Neoliberalism Shouldn't Mean Giving Up On Social Liberalism. *The Conversation*, June 19. Disponible en: <https://theconversation.com/partially-right-rejecting-neoliberalism-shouldnt-mean-giving-up-on-social-liberalism-98386> [25 de octubre 2020].
- Holmes, S. 1993. Back to the Drawing Board: An Argument for Constitutional Postponement in Eastern Europe. *East European Constitutional Review* 1, 21-26.
- Holmes, S. y Sunstein, C. 2002. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: WW Norton & Company.
- Kay, S. 2009. Political Risk and Pension Privatization: The Case of Argentina (1994-2008). *International Social Security Review* 62, 1-21.
- Kavanagh, A. 2021. *The Collaborative Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Khaitan, T. 2018. Directive Principles and the Expressive Accommodation of Ideological Dissenters. *International Journal of Constitutional Law* 16(2), 389-420.
- Khaitan, T. 2019. Constitutional Directives: Morally-Committed Political Constitutionalism. *Modern Law Review* 82, 603-632.
- Landau, D. 2012. The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal* 53, 190-248.
- Landau, D. 2014. A Dynamic Theory of Judicial Role. *Boston College Law Review* 55, 1501-1562.
- Landau, D. y Dixon, R. 2019. Constitutional Non-Transformation? (110-134). En Young, K. (ed.), *The Future of Economic and Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Lerner, H. 2011. *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lovera, D. 2010. Derechos sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005) (217-243). En Fuentes, C. (ed.), *En el nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Santiago: Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales (ICSO), Fundación Boll.
- Madariaga, A. 2020. *Neoliberal Resilience: Lessons in Democracy and Development from Latin America and Eastern Europe*. Princeton: Princeton University Press.
- Madariaga, A. y Rovira Kaltwasser, C. 2019. Right-Wing Moderation, Left-Wing Inertia and Political Cartelisation in Post-Transition Chile. *Journal of Latin American Studies* 52, 343-371.
- Madero-Cabib, I., Biehl, A., Sehnbruch, K., Calvo, E. y Bertranou, F. 2019. Private Pension Systems Built on Precarious Foundations: A Cohort Study of Labor-Force Trajectories in Chile. *Research on Aging* 41, 961-987.
- Marshall, P. y Charney, J. 2021. Crisis and Constitution Making in Neoliberal Chile. *Social & Legal Studies* XX(X), 13-22. DOI: 10.1177/0964663920986432.
- Martínez, J. 2010. Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena. *Estudios Constitucionales* 8(2), 125-166.
- Mohdin, A. 2016. This Is Bernie Sanders's Universal Healthcare Plan for Every American. *Quartz*, January 18. Disponible en: <https://qz.com/596811/this-is-bernie-sanderss-universal-healthcare-plan-for-every-american/> [25 de octubre 2020].
- Monteiro, R. 2019. La vulneración al mínimo vital en el sistema de seguridad social chileno. *Revista Latinoamericana de Derecho Social* 29, 219-238.
- Mureinik, E. 1992. Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution. *South African Journal on Human Rights* 8, 464-474.
- Navia, P. y Verdugo, S. s/f. From Institutional Design to Expanding Rights: The Growing Support for a New Constitution in Chile, 1990-2018. Manuscrito no publicado.
- Nolan, A., Lusiani, N. y Courts, C. 2014. Two Steps Forward, No Steps Back? Evolving Criteria on the Prohibition of Retrogression in Economic and Social Rights (121-145). En Nolan, A. (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*. Cambridge: Cambridge University Press.
- OECD 2019. Pensions at a Glance 2019: Country Profiles — Chile. Disponible en: <https://www.oecd.org/els/public-pensions/PAG2019-country-profile-Chile.pdf> [25 de octubre 2020].
- OECD 2020. Health Spending (Indicator). Disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/health-spending/indicator/english_8643de7e-en [25 de octubre 2020].
- Peña, C. 2020. *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*. Madrid: Taurus.
- Pillay, K. 2002. Implementing *Grootboom*: Supervision Needed. *ESR Review* 3, 13-14.
- PNUD 2015. *Opinión ciudadana y cambio constitucional. Análisis desde la opinión pública*. Santiago: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Roa, J. 2017. Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 23, 453-480.
- Rozas, J. y Maillet, A. 2019. Entre marchas, plebiscitos e iniciativas de ley: innovación en el repertorio de estrategias del movimiento No Más AFP en Chile (2014-2018). *Izquierdas* 14, 1-21.

- Salgado, C. 2015. Derechos sociales, protección de la salud e interpretación constitucional. *Revista de Derecho* 22, 401-432.
- Sánchez, A. 2000. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional* 58, 105-135.
- Siavelis, P. 1997. Continuity and Change in the Chilean Party System: On the Transformational Effects of Electoral Reform. *Comparative Political Studies* 30, 651-674.
- Siavelis, P. 2016. Crisis of Representation in Chile? The Institutional Connection. *Journal of Politics in Latin America* 8, 61-93.
- Soto, S. 2014. Derechos sociales y la eficacia de su constitucionalización: un análisis aplicado (243-272). En García, J. (ed.), *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta: evolución constitucional*. Santiago: Legal Publishing, Thomson Reuters.
- Sunstein, C. 1993. Why Social and Economic Rights Don't Belong in the New Constitutions of Post-Communist Europe. Against Positive Rights. *East European Constitutional Review* 2, 35-38.
- Sunstein, C. 2000. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. *Constitutional Forum* 11, 123-132.
- Tsebelis, G. 2018. Veto Players and Constitutional Change. Can Pinochet's Constitution Be Unlocked? *Política y Gobierno* 25, 3-30.
- Tushnet, M. 2008. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Uprimny, R. y Durán, J. 2014. *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*. Santiago: CEPAL, Naciones Unidas.
- Verdugo, S. y Contesse, J. 2018. Auge y caída de un proceso constituyente: lecciones del experimento chileno y del fracaso del proyecto de Bachelet. *Derecho y Crítica Social* 4, 139-148.
- Vilhena Vieira, O., Baxi, U. y Viljoen, F. (eds.) 2013. *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*. Pretoria: Pretoria University Law Press.
- Villalobos, P. 2019. Why Health Reforms Fail: Lessons from the 2014 Chilean Attempt to Reform. *Health Systems & Reform* 5, 134-144.
- von Bogdandy, A., Ferrer, E., Morales, M., Piovesan, F. y Soley, X. (eds.) 2017. *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New *Ius Commune**. Oxford: Oxford University Press.
- Young, K. 2008. The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content. *The Yale Journal of International Law* 33, 114-174.
- Young, K. 2012. *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Weis, L. 2017. Constitutional Directive Principles. *Oxford Journal of Legal Studies* 37, 916-945.
- Zúñiga, A. 2011. El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria. *Estudios Constitucionales* 9, 37-64.
- Zúñiga, A. 2014. When Constitutional Justice Has the Last Word on Health Care: The Case of Chile. *International Journal of Health Services* 44, 373-381. *EP*